

Jonatan de Jesus Oliveira Alves

A Punição da Pobreza Sob o Discurso da Defesa Social:

Brasil X Espanha (1920 -1940)

Tese submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina e ao Programa de Pós-Graduação em Sustentabilidade e Paz na Era Pós Global, da Universidade de Valência, em regime de cotutela, para a obtenção do título de Doutor em Direito.

Orientadores: Prof. Dr. Aniceto Masferrer (UV) e Prof. Dr. Diego Nunes (UFSC).

Valência

2023

Jonatan de Jesus Oliveira Alves

El Castigo de la Pobreza Bajo el Discurso de la Defensa Social:

Brasil X España (1920 -1940)

Tesis presentada al Programa de Posgrado en Derecho de la Universidad Federal de Santa Catalina y por la Universidad de Valencia al Programa de Doctorado en Sostenibilidad y Paz en la Era Post Global, en cocutelle, para la obtención del título de doctor.

Directores de tesis: Prof. Doctor Aniceto Masferrer (UV) y Prof. Doctor Diego Nunes (UFSC).

Valência

2023

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

de Jesus Oliveira Alves, Jonatan
A PUNIÇÃO DA POBREZA SOB O DISCURSO DA DEFESA SOCIAL:
BRASIL X ESPANHA (1920 -1940) / Jonatan de Jesus Oliveira
Alves ; orientador, Diego Nunes, orientador, Aniceto
Masferrer, 2023.
250 p.

Tese (doutorado) - Universidade Federal de Santa
Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós
Graduação em Direito, Florianópolis, 2023.

Inclui referências.

Trabalho elaborado em regime de co-tutela.

1. Direito. 2. Direito Penal. 3. Teoria do Direito. 4.
História do Direito. 5. Direito comparado . I. Nunes,
Diego. II. Masferrer, Aniceto III. Universidade Federal de
Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. IV.
Título.

BANCA EXAMINADORA DA TESE

Presidente(a) Diego Nunes, Dr.

Co-orientador: Aniceto Masferrer, Dr.

Membro: Caetano Dias Correa – UFSC, Dr.

Gabriela Cristina Cobo Del Rosal Pérez – URJC – ES, Dra.

Juan Benito Cañizares Navarro – UV- ES, Dr.

Certificamos que esta é a versão original e final do trabalho de conclusão que foi julgado adequado para obtenção do título de **Doutor em Direito**.

Prof. Cláudio Macedo de Souza, Dr.
Coordenação do Programa de Pós-Graduação

Orientador
Diego Nunes, Dr.

*Aos meus pais, José e Selma, à minha esposa,
Ana Carolina e ao meu filho Leonardo de
Jesus, que minha ausência em razão da tese, um
dia ainda possa ser suprida.*

AGRADECIMENTOS

À Ana Carolina, minha esposa, pelo incentivo e pelo suporte nos momentos de angústia, dando-me o apoio necessário.

À minha avó, Diva Aparecida Santos Oliveira, que estudou até a terceira série primária, criou-me por boa parte da infância em seu pequeno sítio, ensinou-me valores morais, incutiu em minha mente a ideia do trabalho e a valorização do estudo.

Ao meu orientador, Diego Nunes, que me acolheu no Mestrado, auxiliou-me nas pesquisas para ingresso no Doutorado, torceu por mim em cada fase, após aprovado na Universidade de Valência, aceitou-me como orientado no regime de cotutela na Universidade Federal de Santa Catarina e continuou tendo paciência comigo, em todo esse tempo, apesar da pequena diferença de idade, como digo a todos os seus orientandos, sou seu filho mais velho, tenho imenso orgulho disso.

Ao meu orientador espanhol, Aniceto Masferrer, com quem aprendi a dar graças a Deus por tudo, juntamente com ele me prostrei-me por várias vezes na Igreja da Virgem em Valência, pedindo por forças para continuar minha caminhada nessa pesquisa, acompanhou-me pessoalmente em minha coleta de material na Biblioteca da Universidade de Valência (ES), um homem firme, sempre me foi esteio, sempre me foi defensor, aprendi muito contigo, espero um dia retribuir.

A Ricardo Sontag, agradeço muito, talvez ele não saiba o quanto pequenos gestos podem fazer toda a diferença, ao ter me franqueado alguns materiais para pesquisa, me poupou tempo que e recursos financeiros, os quais no momento eu não contava nem com um, nem com outro, sempre mostrou disposição para me auxiliar.

Aos meus professores de todos os ciclos, agradeço e coloco como símbolo a Professora Marta Batalini, a quem conheci há muitos anos; ela pode ter-se esquecido, mas eu não, que ela pessoalmente me cedeu vários livros de sua biblioteca particular, para que eu pudesse elaborar minha dissertação de Mestrado, quando eu, sem a conhecer, bati à sua porta, sabendo que ela teria obras importantes e ela me acolheu e, posteriormente me franqueou novamente a pesquisa em seus livros, para esta tese.

Aos meus alunos, tanto de quando ainda lecionava no Ensino Fundamental e no Médio, como os da Universidade; a compreensão de vocês foi importante, espero ser um dia para vocês o exemplo que meus professores foram para mim.

Aos meus companheiros de orientação, com quem sempre que falava, diziam-me que no final daria certo, e que estávamos no mesmo barco. Vocês fizeram a diferença sempre com

uma palavra de consolo, em especial José Franco, meu irmão de orientação na Espanha, a quem eu sempre confundia mais do explicava sobre tudo o que eu necessitava, foi ele que me ensinou um pouco sobre a cultura espanhola, sobre como abordar as pessoas, sobre como amar a cidade de Valência.

Agradeço, imensamente, a todas as pessoas que se sacrificam, para que alguém como eu pudesse estudar em universidades públicas, pagando seus impostos; as pessoas que trabalham nesses locais, tenho consciência de que tenho um dever social, recebi muito, tanto da sociedade brasileira como da espanhola. Sei que a Educação não deveria ser um privilégio, mas, em um país como o Brasil, sendo um cidadão do interior do Estado de Minas Gerais, sinto-me privilegiado.

Se um dia eu vier a ter leitores, desde logo agradeço, e digo, não foi fácil; a pesquisa não é fácil, mas eu venci, e milhares de outras pessoas também podem vencer, e dar sua contribuição. Fui trabalhador rural, vendedor de picolé e de ovos, recepcionista, professor de Ensino Fundamental e do Ensino Médio, professor universitário, advogado, e você pode ser muito mais do que isso, não será moleza, mas pode conseguir, literalmente tive que lutar, mas sempre tive boas batalhas e vários companheiros que lutaram comigo.

Por fim, agradeço a Deus o dom da vida, e por me dar sabedoria e sustentar minha saúde, pois ser estudante, ter dois orientadores, ser pai, ser filho, orientando, amigo, professor, não é fácil, sei que falhei em muitos momentos, mesmo querendo sempre acertar, resta consignar que a saúde deu sinais de fraqueza, mas fiz o melhor que pude, e por isso sou grato.

RESUMO

A presente tese tem como tema a punição dos pobres e dos marginalizados sob o discurso da defesa social, em perspectiva comparada entre Brasil e Espanha, tendo como marco temporal as décadas de 1920 a 1940. Inicialmente se propõe a análise do que se convencionou chamar de Positivismo criminológico e a teoria da defesa social em meio a tal pensamento, trazendo ao trabalho ideias de autores clássicos sobre o tema: Enrico Ferri (1856-1929), Césare Lombroso (1835-1909) e Raffaele Garofalo (1851-1934), dos quais se demonstra haver uma forte influência no cenário do Direito Penal de ambos os países em estudo, apresentando também os principais debates das Escolas Penais entre as décadas de 1920 e 1930, evidenciando o contexto histórico e a utilização do discurso da defesa social no Brasil e na Espanha no período e a relação com a punição da pobreza e dos marginalizados. Em um segundo momento, foram chamadas ao debate as Escolas Penais de ambos os países, na década e 1930 e 1940, também apresentando brevemente o contexto histórico e o estudo analítico sobre quatro doutrinadores de renome, a saber, no Brasil: Roberto Lyra e Nelson Hungria, e na Espanha: Jimenez de Asúa e Quintiliano Saldaña. A apresentação das ideias desses quatro autores e de seus escritos serviu para demonstrar a materialização dos debates das escolas penais existentes em ambos os países e, em especial, no que tange à questão das tratativas sobre a teoria da defesa social encampadas pelos penalistas. Da análise dos renomados penalistas eleitos para este trabalho, e de demais doutrinas e trabalhos científicos, em primeiro, pode-se apresentar acerca do processo sobre a criação da lei de vagabundos e meliantes na Espanha no contexto da Segunda República Espanhola, sendo manifestamente clara a propagação da defesa social naquele país, assim como por intermédio dos penalistas brasileiros, foi possível compreender parte do contexto da criação do Código Penal de 1940 assim como a Lei de Contravenções Penais do mesmo período. Ao final, foram tratados os usos da lei de Vagabundos e Meliantes na Espanha, analisando seus desdobramentos durante o período inicial do franquismo, demonstrando tais legislações serem instrumentos de defesa social e, de forma comparada trouxe-se a Lei de Contravenções Penais no Brasil, e através de um recorte em razão da amplitude da legislação, apresentou-se suas principais características e sua sanha pela punição de mendicância e da vadiagem. Mesmo tendo uma maior ênfase nas legislações penais apartadas não foi negligenciado a questão da defesa social no Código Penal de 1940 no Brasil com a adoção de medidas de segurança e sentenças indeterminadas, assim como no Código Penal Espanhol de 1944. Em conclusão, pode-se informar que, no transcorrer todo esse caminho, evidente ficou que o discurso da defesa social, em muito foi utilizado, para punir os pobres e marginalizados ou aqueles que, de alguma forma, não representavam o desejo dos que, de uma forma ou de outra controlavam o sistema econômico ou social vigente. Pode-se, ainda, afirmar que, por vezes, as teorias relativas à punição carregam um forte conteúdo político, econômico, social e filosófico, são um produto do meio em que estão inseridas, e podem ocasionar a seletividade de quem se pretende punir, e a forma de punição que se pretende.

Palavras-chave: Defesa social. Direito penal. História do Direito.

ABSTRACT

The present thesis has as its theme the punishment of the poor and the marginalized under the discourse of social defense, in a comparative perspective between Brazil and Spain, taking as a time frame the decades from 1920 to 1940. Initially, it proposes the analysis of what is conventionally called Criminological positivism and the theory of social defense in the midst of such thinking, bringing to the work ideas from classic authors on the subject: Enrico Ferri (1856-1929), Césare Lombroso (1835-1909) and Raffaele Garofalo (1851-1934), from which demonstrates a strong influence on the Criminal Law scenario of both countries under study, also presenting the main debates of the Penal Schools between the 1920s and 1930s, highlighting the historical context and the use of the discourse of social defense in Brazil and in Spain during the period and the relationship with the punishment of poverty and the marginalized. In a second moment, the Penal Schools of both countries were called to the debate, in the 1930s and 1940s, also briefly presenting the historical context and the analytical study on four renowned doctrinators, namely, in Brazil: Roberto Lyra and Nelson Hungary, and in Spain: Jimenez de Asúa and Quintiliano Saldaña. The presentation of the ideas of these four authors and their writings served to demonstrate the materialization of debates in existing penal schools in both countries and, in particular, with regard to the issue of discussions on the theory of social defense undertaken by criminalists. From the analysis of the renowned criminal experts elected for this work, and other doctrines and scientific works, firstly, it can be presented about the process of creating the law on vagrants and miscreants in Spain in the context of the Second Spanish Republic, with the propagation of social defense in that country, as well as through Brazilian criminal lawyers, it was possible to understand part of the context of the creation of the 1940 Penal Code as well as the Criminal Misdemeanor Law of the same period. In the end, the uses of the Vagabonds and Miscreants law in Spain were treated, analyzing their developments during the initial period of Francoism, demonstrating such legislations to be instruments of social defense and, in a comparative way, the Criminal Misdemeanors Law in Brazil was brought up, and through an overview due to the breadth of the legislation, its main characteristics and its desire for the punishment of begging and vagrancy were presented. Even with a greater emphasis on separate criminal legislation, the issue of social defense was not neglected in the 1940 Penal Code in Brazil with the adoption of security measures and indeterminate sentences, as well as in the Spanish Penal Code of 1944. In conclusion, one can inform that, throughout this journey, it became clear that the discourse of social defense was largely used to punish the poor and marginalized or those who, in some way, did not represent the desire of those who, in one way or another controlled the current economic or social system. It can also be stated that, sometimes, theories relating to punishment carry a strong political, economic, social and philosophical content, are a product of the environment in which they are inserted, and can cause selectivity in those who are intended to be punished, and the form of punishment intended.

Keywords: Social defense. Criminal law. History of Law.

LISTA DE ABREVIATURAS E DE SIGLAS

CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CP	Código Penal
DIP	Departamento de Imprensa e Propaganda
LCP	Lei de Controle Penal
PSOE	Partido Socialista Obrero Espanhol
STF	Supremo Tribunal Federal
TERMC	Tribunal Especial sobre a Repressão da Maçonaria e do Comunismo
UE	Universidade espanhola
UFRJ	Universidade Federal do Rio de Janeiro
UFSC	Universidade Federal de Santa Catarina
UFU	Universidade Federal de Uberlândia
USP	Universidade de São Paulo
UV	Universidade de Valência

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS	6
RESUMO	8
LISTA DE ABREVIATURAS E DE SIGLAS	10
SUMÁRIO	11
1 INTRODUÇÃO	13
2 A DEFESA SOCIAL E A PUNIÇÃO DA POBREZA NA CULTURA JURÍDICO- PENAL ENTRE AS DÉCADAS DE 1920 E 1930	28
2.1 REVISITANDO OS FUNDAMENTOS TEÓRICOS DA ESCOLA CRIMINOLÓGICA DE DEFESA SOCIAL.....	30
2.1.1 A teoria da defesa social: busca de definição de um conceito.	30
2.1.2 Abordagem higienista da pobreza e dos marginalizados: a caracterização das classes perigosas	36
2.1.3 A abordagem científico-positivista do crime e do criminoso nos pioneiros Enrico Ferri (1856-1929), Césare Lombroso (1835-1909) e Raffaele Garofalo (1851- 1934)	53
2.2 OS DEBATES ENCAMPADOS PELAS ESCOLAS PENAIS NO BRASIL E NA ESPANHA NAS DÉCADAS DE 1920 E 1930	58
2.2.1 Breves apontamentos históricos sobre o contexto histórico do Brasil da década de 1920 e 1930 e a questão da pobreza	59
2.2.2 Breves apontamentos históricos sobre o contexto histórico da Espanha da década de 1920 e 1930 e a questão da pobreza	66
2.2.3 Os debates das escolas penais brasileiras e espanhola no contexto dos anos 1920 e 1930.....	73
2.2.4 O discurso da defesa social nas décadas de 1920 e 1930 no Brasil e na Espanha a partir da Escola Positiva.....	89
3 A DEFESA SOCIAL E A PUNIÇÃO DA POBREZA NA CULTURA JURÍDICO- PENAL ENTRE AS DÉCADAS DE 1930 E 1940	97
3.1 O DISCURSO DA DEFESA SOCIAL EM MEIO AO ESTADO NOVO BRASILEIRO E AO FRANQUISMO ESPANHOL	97
3.1.1 O Positivismo criminológico: Jiménez de Asúa (Espanha) e Roberto Lira (Brasil)	111

3.1.2 O Positivismo em Roberto Lyra (Brasil): o aspecto social como análise do crime e do criminoso	129
<i>3.1.2.1 Roberto Lyra entre o Direito Penal normativo e Direito Penal científico.....</i>	<i>130</i>
3.2 O PRAGMATISMO JURÍDICO DE QUINTILIANO SALDAÑA: A NOVA CRIMINOLOGIA	143
3.2.1 Quintiliano Saldaña (1878-1938): biografia	144
3.2.2 Pragmatismo Jurídico, Crítica ao Positivismo e defesa social	145
3.2.3 O tecnicismo jurídico em Nelson Hungria.....	158
<i>3.2.3.1 Alguns apontamentos sobre a obra de Nelson Hungria e sua teoria sobre o Direito Penal</i>	<i>159</i>
3.3 A LEY DE LOS VAGOS O MALEANTES NA ESPANHA: O DIREITO PENAL COMO INSTRUMENTO DE DEFESA SOCIAL.....	168
3.4 DAS CRÍTICAS, CRIAÇÃO E APLICAÇÃO DA LEY DE VAGOS Y MALEANTES	169
4 A DEFESA SOCIAL E A PUNIÇÃO DA POBREZA NAS REFORMAS PENAIAS DE BRASIL E ESPANHA NA DÉCADA DE 1940	186
4.1 AS APROXIMAÇÕES DO DISCURSO DE PUNIÇÃO DA POBREZA E DOS MARGINALIZADOS NOS CÓDIGOS PENAIAS DO BRASIL DE 1940 E DA ESPANHA DE 1944.....	186
4.2 A LEI DE CONTRAVENÇÕES PENAIAS NO BRASIL E A PUNIÇÃO DA MENDICÂNCIA E A VADIAGEM (1941) E A LEY DE LOS VAGOS O MALEANTES NA ESPANHA: O DIREITO PENAL COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE.....	195
CONCLUSÃO.....	215
REFERÊNCIAS.....	225
ANEXOS	236
ANEXO 1 DECRETO-LEI Nº 3.688, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941 - LEI DAS CONTRAVENÇÕES PENAIAS	236
ANEXO 2 LEY DE VAGOS Y MELIANTES, DE 5 DE AGOSTO DE 1933.....	247

1 INTRODUÇÃO

Na História do Direito, a punição daqueles que, de uma forma ou de outra, desrespeitavam as regras impostas por um grupo, uma coletividade ou um Estado, tem raízes bastante antigas. Pode-se falar em períodos até muito anteriores às codificações tais como as conhecemos e, do mesmo modo que a caracterização do que seja crime é também questão que muda bastante a depender da cultura, da política, da Economia e das correntes filosóficas que estão em relevo em determinada sociedade em determinado tempo¹.

Nesse sentido, acompanhando o pensamento de Arno Dal Ri Júnior (2006), o processo de construção dos elementos que compõem um delito não ocorre de um momento para o outro, em regra. De forma alguma é obra de um legislador iluminado pela razão, que revela ao povo os delitos que merecem compor o Código, mas frutos de um processo:

[...] Os numerosos atos e omissões que os ordenamentos penais da atualidade pontualmente indicam como “delitos” forma construídos em séculos de uma paciente elaboração, em que, não raramente, os elementos que em primeiro momento os compunham passaram por modificações profundas, cortes e inserções, ou até mesmo contradições, no interior da própria noção do delito. Noções que se encontram no âmago de alguns crimes e que podemos indicar como exemplos clássicos da História do Direito Penal, tais como o furto, a lesão corporal e o homicídio, trilharam um longo e sinuoso percurso até chegar aos nossos dias. Basta um rápido e superficial olhar para os elementos que caracterizam os delitos de homicídio e a respectiva sanção nas experiências babilônica, romana e brasileira para notar, sem grandes esforços, que as variações não são de pouca monta².

Vale ressaltar que a cultura jurídica detém fatores que a condicionam, ela não está despreendida do todo, mas pertence a ele, de modo que reflete o conflito entre as mentalidades, as questões, sejam elas vinculadas a política mais palaciana, ou até mesmo aos reclames sociais que podem ser materializadas pelos legisladores. A análise dessas e de outras questões é elemento-chave para buscar pensar as razões que conduziram à criminalização de determinada conduta e o que se busca atingir com ela³.

Como a História tem seu processo, de rupturas e de continuidades, assim é o mundo jurídico, nas palavras de Arno Dal Ri Júnior: É deste modo que, de explosão em explosão, de

¹ Para uma síntese da tradição penal, tem-se importante obra de: MASFERRER, Aniceto. “*History of (Western) Criminal Law*”, *Elgar Encyclopaedia of Criminal Law and Criminal Justice* (Valsamis Mitsilegas, Pedro Caeiro and Sabine Gless (eds.), 4th volume, Edward Elgar Publishing, 2022. O texto está disponível em: <https://www.elgaronline.com/view/book/9781789902990/b9781789902990.making.western.criminal.law.xml>.

² DAL RI JÚNIOR, Arno. **O Estado e seus inimigos**: A repressão política na História do Código Penal. Rio de Janeiro: Editora Renavan, 2006, p. 24-25.

³ DAL RI JÚNIOR, Arno. **O Estado e seus inimigos**: A repressão política na história do Código Penal. Rio de Janeiro: Editora Renavan, 2006, p. 25.

contradição em contradição, os impulsos advindos do contexto em questão alimentam o embate entre correntes jurídicas que, tentando impor, por meio de discursos e de práticas, reconstróem e ressignificam, de acordo com seu interesse, a noção de delito⁴.

Desta feita, é também importante invocar os ensinamentos de António Manuel Hespanha, no que tange ao processo de produção social do Direito. Para o autor, a produção jurídica não depende apenas da forma pela qual cada autor a pensa, mas de uma série de questões que envolvem o ambiente em que está inserido, desde o sistema escolar, o conceito de justiça, a sensibilidade jurídica dominante. Assim, é inegável a importância do estudo dos autores do tempo em estudo, para além das teorias circulantes, para ver como era sua captação:

[...] É por isso que há uma certa circularidade na hermenêutica histórica dos textos. Eles são apropriados por um leitor formado por uma tradição textual de que os mesmos textos fazem parte (contexto intertextual). Porém, existe também um momento dinâmico neste círculo, pois a nova leitura também é conformada por outros fatores contextuais que estão fora desta tradição textual (momentos extratextuais), empurrando o leitor para outras paisagens intelectuais (outros discursos ou tradições literárias, outros imaginários culturais, outras expectativas sociais, outros interesses, outros *habitus*⁵.

Entendendo pelas vias de António Manuel Hespanha que o Direito e, por lógica, o Direito Penal é um produto social, perpassado pela complexidade de cada povo. Não se pode negligenciar que a punição dele advinda também faça parte do contexto histórico de determinado povo, em determinado tempo, refletindo um conjunto de questões que vão desde o aspecto político ao cultural.

Dessa forma, importante lembrar, em relação ao Direito Penal, a mudança do sistema punitivo na modernidade, o que pode ser feito na obra “Viagiar e Punir” de Michel Foucault; em seu clássico, o autor descreve como as formas de punição foram sendo modificadas, inicialmente havendo uma desconsideração das penas privativas de liberdade, aplicando-se o suplício aos corpos dos criminosos, para demonstrar o poder do Estado sobre o indivíduo, que por vezes seria utilizado como exemplo à multidão⁶.

A título de exemplificação, ao longo do século XVIII, Foucault, em “Vigiar e Punir” demonstra que houve uma forte mudança de pensamento, a ideia não mais seria vingar-se do criminoso, mas puni-lo, e a punição estaria em reprimir, pois, com o capitalismo florescente, os

⁴ DAL RI JÚNIOR, Arno. **O Estado e seus inimigos**: a repressão política na história do Código Penal. Rio de Janeiro: Editora Renavan, 2006, p. 26

⁵ HESPANHA, António Manuel. **A cultura jurídica europeia**: Síntese de um milênio. Coimbra: Editora Almedina, 2012, p. 29.

⁶ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis: Editora Vozes, 1987.

crimes não mais eram apenas crimes de sangue, mas começou a surgir uma enormidade de furtos e houve a necessidade de barrar tais práticas, de modo que a morte do criminoso não seria o caminho, mas uma pedagogia mais humanitária, em que ganharam espaço discursos como o de Cesare Beccaria⁷⁸.

É importante ressaltar que Michel Foucault, embora observe em sua análise um viés de mudança em relação à punição e a importância da obra de Cesare Beccaria, questiona a representação do autor de um viés totalmente humanitário, já que tais questões acompanhavam outras de outra ordem, sua teoria utilitarista fornecia métodos para a subordinação da sociedade civil, levando à uma relativa desconsideração da autonomia dos sujeitos.

Acompanhando o pensamento do autor, a prisão e a pena seriam uma forma de disciplinar os indivíduos e de torná-los seres adeptos ao seio social, de modo a fazerem parte de uma comunidade política, social e econômica sem grandes contestações, tornando-os aptos ao mundo do trabalho⁹.

Nesse mesmo passo, importante é salientar a influência que as ideias de Beccaria tiveram no Direito Penal, com base no sistema penal proposto em sua obra: “Dos delitos e das Penas”, afloram os princípios da legalidade, de proporcionalidade, de humanidade que ganharam corpo em países europeus como França, Itália, entre outros países, em legislações próprias¹⁰.

A esse respeito, pode-se analisar que a criação da lei penal, bem como a definição de a quem ela se destina está intimamente atrelada a uma diversidade de aspectos, que imbricados com a sociedade que tal Direito exsurge, levam à criação e à aplicação do Direito Penal, de modo que, para entendermos tais questões que levaram à seleção de determinado tipo penal e não de outro, deve-se mergulhar no contexto histórico que se deseja compreender, pensando os aspectos sociais, políticos, filosóficos, que são alicerce para a construção da norma.

⁷ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: Nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Editora Vozes, 1987.

⁸ Tendo como ponto central a convivência harmônica entre os homens, delito, para Beccaria, seria tudo o que a razão formula como sendo um ato contrário à manutenção da paz social e do bem comum. O Direito de punir seria, então, de todos os cidadãos, representados pelo soberano, para evitar que houvesse qualquer possibilidade de ofensa à segurança pública. Vide: BICUDO, Tatiana Viggiani, Por que punir? Teoria Geral da Pena, 2.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p. 47 ; também deve ser observado: BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Editora Martin Claret, 2003.

⁹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: Nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Editora Vozes, 1987.

¹⁰ DEZZA, ETTORI. A **Resposta do Legislador**: Reformas e Restaurações na Justiça Penal *apud* Beccaria. Tradução Diego Nunes . In: **Estudos em História do Direito Penal e da Justiça Criminal**. Org. Diego Nunes. Uberlândia: Editora Laecc, 2020, p.43.

A presente tese pactua com esse entendimento, de que o Direito é um produto histórico, de modo que o ponto de partida é uma análise histórica das culturas jurídicas penais brasileira e espanhola. Dado o recorte temporal da pesquisa, as décadas de 1920, 1930 e 1940, o estudo analisará de que forma as ideias das escolas penais circulavam nesses países, em especial no que tange ao Positivismo Criminológico, com enfoque (i) na utilização da pena como instrumento de defesa social e (ii) seu reflexo na seletividade de sua aplicação.

A partir dessa segunda perspectiva, a ser detalhada mais adiante, pretende-se apresentar como o Direito Penal, e em especial o pensamento criminológico, lidou com o combate à pobreza e seus sujeitos: os pobres, reconhecíveis por aspectos predominantemente econômicos, e os marginalizados sociais em geral, compreendidos como aqueles que, a partir do capitalismo comercial e, principalmente, do capitalismo industrial, caracterizam-se por um vínculo social duvidoso, de flutuação na estrutura social, povoando as bordas da sociedade, mas sem encontrar plena integração social¹¹¹².

Ambos os sujeitos, pobres e marginalizados sociais em geral, portanto, serão vistos como classes perigosas à ordem vigente e considerados para a aplicação do Direito Penal sob a técnica do conceito jurídico indeterminado aplicado ao conceito geral de pobreza: tal estratégia permitiria — como se verá mais adiante em detalhes — ampla discricionariedade na repressão penal aos excluídos sociais, abrangidos por extensão no conceito de pobreza e cujos exemplos

¹¹ O contexto aqui referido para fins de análise é o do Ocidente Europeu, entre os séculos XIV e XX. A formação do olhar social sobre a pobreza no período, inicialmente motivado pela caridade, surge na baixa Idade Média, por meio de uma avaliação moral do meio dos vagabundos e de sua necessária distinção face aos mendigos, estes vistos como opção justificada, dada a expansão das ordens judicantes. A substituição das esmolas e da caridade por uma política de violenta repressão legal aos vagabundos e aos miseráveis nas primeiras legislações europeias do século XVI, em especial na França e Inglaterra, é apresentada pelo historiador social polonês Bronislaw Geremek, que, adicionalmente, descreve, a partir de fontes literárias e documentais, as origens da piedade e da filantropia como fundamento para a assistência aos pobres no surgimento do Estados Liberais pós-revolucionários. Sobre o tema, é interessante consultar a obra de GEREMEK, Bronislaw. **A piedade e a força: história da miséria e da caridade na Europa**. Tradução de Maria da Assunção Santos. Lisboa/Portugal: Editora Terramar, 1995.

¹² Outro exemplo de uso do Código Penal contra a pobreza — também no sentido de pobres e marginalizados em geral — encontra-se na edição da “lei negra” na Inglaterra em 1723, que impôs à sociedade camponesa que vivia à margem das florestas e parques reais e feudais, penas cruéis e infamantes, como a morte pela força. Entre os vários historiadores que a interpretaram, os estudos do historiador social inglês Edward Palmer Thompson se destacam, em especial, pelo uso das noções de exercício da lei (a frequência da sua aplicação), e a de domínio da lei (o mascaramento do domínio de uma classe, em especial, as dos proprietários real e feudais sobre as massas despossuídas). No caso inglês, os conflitos agrários e sociais, decorriam, principalmente, da expulsão dos camponeses das terras comunais por meio dos cercamentos. Sobre o tema, ver THOMPSON, E.P. **Costumes em comum: estudos sobre a cultura popular tradicional**. Tradução de Rosaura Eichemberg. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 1998 e também, o mesmo autor em **Senhores e caçadores: a origem da lei negra**. Tradução Denise Bottmann. 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1987.

vão desde a imposição de medidas de segurança, até a decretação de penas de privação de liberdade e de direitos¹³¹⁴.

A escolha relativa ao tema deve-se, em primeiro lugar, aos estudos já feitos no âmbito de Mestrado, em que se estudou o Direito humano e fundamental à memória, em perspectiva comparada entre Brasil e Espanha, quando já se evidenciou, durante o franquismo, a aplicação da lei penal feita a grupos específicos, tais como opositores do regime ou até mesmo ciganos, maçons, e aqueles tidos como vagabundos e meliantes¹⁵.

Ao melhor debruçar sobre o tema, descobriu-se que existia, no recorte temporal proposto, um intercâmbio de ideias comuns, graças, entre outros aspectos à existência de conferências e visitas feitas no Brasil, por penalistas espanhóis, no caso específico do trabalho, Jimenez de Asúa, que brindou o Rio de Janeiro com sua visita e, inclusive, escreveu o livro: “Uma Viagem ao Brasil”¹⁶, como marco de suas investidas nestas terras, tendo também trabalhado arduamente pelo Direito Penal argentino, o que será visto no corpo da tese.

Saindo um pouco da rota, de estudos que buscam a comparação entre Brasil e Itália, tentou-se buscar analisar a possibilidade de um estudo comparado entre um país que também vivera uma ditadura no pós-Primeira-Guerra Mundial, e que, durante algum tempo, haveria tido o Brasil como Colônia. Todavia, talvez o que inicialmente teria chamado a atenção e curiosidade, foi como o Positivismo criminológico foi recebido nesses países, e a teoria da

¹³Um dos maiores estudiosos dos processos de marginalização na Europa Ocidental nos séculos XIX e XX, o cientista social Robert Castel, descreve que, ainda nos primórdios da Revolução Industrial, existia uma certa “pobreza integrada”, que não ofereceria riscos ou ameaças à ordem vigente. Em suas palavras: “[...] Por exemplo, nas sociedades europeias até o século XIX, a maioria do campesinato e dos artesãos que constituíam “as artes mecânicas”, vivia no limite do patamar da pobreza [...]”. Mais adiante afirma: [...] eles eram considerados como autônomos e autossuficientes e não dependiam de medidas especiais, que constituiriam o equivalente a uma política social (CASTEL, Robert. **As metamorfoses da questão social**: uma crônica do salário. Tradução Iraci D. Poleti. 5ed. Petrópolis/RJ: Editora Vozes, 2005). Entretanto, no decorrer da segunda Revolução Industrial na Europa, a partir de 1850, a produção da exclusão social se deu pela clivagem entre assalariados e vagabundos, conceito esse construído pelo pensamento jurídico penal para enfrentar a “questão social”. Nesse sentido, afirma: “[...] Assim, a criminalização global da vagabundagem pôde impor-se sem que se tenha que indagar se a maioria dos vagabundos era, efetivamente formada por criminosos em potencial. O paradigma do vagabundo não tem que coincidir com a realidade sociológica da vagabundagem, vide: CASTEL, Robert. A dinâmica dos processos de marginalização: da vulnerabilidade a “desfiliação”. **Caderno CRH**, Salvador, n. 26/27, p. 19-40, jan./dez. 1997.

¹⁴ Karl Larenz teorizou, no Pós-Guerra, o papel do conceito abstrato no sistema jurídico (LARENZ, 2012, p. 649/650), e é considerado como o principal inspirador da ideia do “conceito jurídico indeterminado”. Já no período nazista [1933-1945], Karl Larenz integrou a escola de Kiel, que congregava os principais juristas nacional-socialistas, que, como ele, deram fundamento teórico à ampliação da atuação discricionária extralegal ao aplicador final em várias áreas do Direito, inclusive no Código Penal, sempre vinculado aos “princípios do Direito” e “espírito do povo”, particularmente o alemão. Para uma análise em detalhes de sua atuação como teórico durante o regime nazista.

¹⁵ Haverá ponto específico da tese para pensar tais legislações.

¹⁶ ASÚA, Luis Jiménez de. **Un Viaje al Brasil**. Impressões de um conferenciante, seguida de um estudio sobre el Derecho Penal brasileño. Madrid: Editora Reus, 1929.

defesa social, que compunha tal escola de pensamento, teria ou não teria sido aplicada em tais terras, haveria, então, pontos de convergência e divergência.

Ao que parece, em linhas gerais, os defensores da “Escola Positivista” tinham como ponto de encontro as críticas à chamada Escola Clássica, que afastava a concepção de crime com um fenômeno natural e social. Os positivistas acreditavam que deveriam estudar e conhecer as causas do crime, o porquê de uns indivíduos se tornarem criminosos e outros não; dessa forma, o entendimento era de que o determinismo individual ou social era a raiz de todos os problemas¹⁷.

De maneira perfunctória, a existência da pena não estava relacionada a fazer o criminoso sofrer, mas a garantir a segurança da sociedade e, inclusive, evitar a reincidência. Pode-se entender que a negação do livre-arbítrio não transforma os seres humanos em entes que apenas são influenciados externamente; o que leva a pensar que a punição nada mais era que uma resposta à ofensa à lei e à ordem da sociedade¹⁸.

O conceito de periculosidade desenvolvido pelos positivistas trazia, em seu bojo, a ideia de prevenção, conforme se pode observar:

[...] Não foi apenas a prevenção, pela primeira vez, colocada no mesmo nível como repressão, mas também foi considerado o principal objetivo do jus puniendi, em particular ao nível da prevenção especial, nomeadamente, tomando todas as medidas possíveis para evitar a perpetração de novos crimes pelo mesmo agressor, seja pela reabilitação ou incapacitando-o. Retribuição e prevenção foram, de acordo com Longhi, duas círculos que se cruzam: contra criminosos perigosos, como habituais ou profissionais delinquentes, sua área se sobrepunha, enquanto a mera retribuição era aplicada a infratores não perigosos e a prevenção pura era aplicada aos criminosos perigosos que não eram sensíveis a sanções retributivas, como bêbados ou lunáticos¹⁹.

Todavia, importante é um alerta: não existe uma uniformidade quando se fala em Positivismo Jurídico. Os professores Aniceto Masferrer e Yves Cartuyvels²⁰ informam que o Positivismo ganhou contornos em cada país, tendo em consideração o contexto social, a tradução, entre outros fatores²¹.

¹⁷ RIBEIRO, Bruno de Moraes. **Defesa social e Código Penal do inimigo**: Visão crítica Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2011.

¹⁸ PIFFERI, Michele. The theory of social defense and the Italian positive school of criminal law. **GLOSSAE - European Journal of Legal History**, v. 17, p. 22-46, 2020, p. 23.

¹⁹ PIFFERI, Michele. The theory of social defense and the Italian positive school of criminal law. **GLOSSAE - European Journal of Legal History**, v. 17, p. 22-46, 2020, p. 32.

²⁰ Catedrático da Universidade de Valência (ES); orientador da presente pesquisa juntamente com o professor Diego Nunes.

²¹ CARTUYVELS, Yves; MASFERRER, Aniceto. An introduction to the birth of criminal positivism in Europe and Latin America at the end of the 19th century: Rise and resistance. **GLOSSAE: European Journal of Legal History**, n. 17, p. 1-21, 2020, p. 7.

O Positivismo Criminológico teve como centro pulsante a Itália e, aos poucos, os debates foram ganhando forma, tendo como exemplo a Espanha, país também objeto de análise, ao que tudo indica o Positivismo não constituiu um núcleo unificado, mas apresentou diferentes versões a depender do país onde se radicava²².

Nesse sentido, importante é a pesquisa sobre as diferentes facetas do Positivismo assumidas no Brasil e na Espanha²³, para verificar se realmente houve influência dos ideais defensitas nesses países derivadas deste. Para isso, é mister o estudo comparado das culturas jurídicas penais espanhola e brasileira, com um recorte temporal nas décadas de 1920, 1930 e 1940, analisando a questão da punição da pobreza sob o discurso da defesa social.

No primeiro momento, são trabalhadas as décadas de 1920 -1937, tentando evidenciar as diferentes escolas penais, tanto no Brasil como na Espanha, e localizar a existência ou não da teoria da defesa social nesses países e, se existente, verificar se estaria sob o prisma do Positivismo ou não; trazendo o possível debate das escolas penais existentes nos período.

No segundo momento, tendo como ponto inicial o ano de 1937, ano do golpe político que instituiu o Estado Novo no Brasil, e momento em que o autoritarismo já se fortalecia na Espanha, pensou-se o Estado Novo Brasileiro e o Franquismo Espanhol diante do discurso da defesa social. Analisa-se o possível reflexo do Positivismo criminológico na Espanha e no Brasil, buscando auxílio de doutrinadores dos períodos que se pretende analisar em especial: Néelson Hungria e Roberto Lira, no Brasil, e Jimenez de Asúa e Quintiliano Saldana, na Espanha.

A escolha dos doutrinadores, deveu-se a pesquisas feitas, com periódicos do período²⁴ de época que faziam referência aos autores; pelo fato de os autores estarem em sua plenitude em termos de produção neste período. Deve-se ter em mente que o trabalho de investigação é de construção e, ao longo da tese, o leitor observará a pertinência dos autores para o tema proposto.

²² CARTUYVELS, Yves; MASFERRER, Aniceto. An introduction to the birth of criminal positivism in Europe and Latin America at the end of the 19th century: Rise and resistance. **GLOSSAE: European Journal of Legal History**, n. 17, p. 1-21, 2020, p. 7.

²³ No Brasil temos importante pesquisa realizada pelo professor Ricardo Sontag (UFMG), vide: SONTAG, Ricardo. A escola positiva italiana no Brasil entre o final do século XIX e início do século XX: a problemática questão da "influência". *Derecho en movimiento. Personas, derechos y derecho en la dinámica global*. Publisher: Universidad Carlos III de Madrid. 2015; bem como a professora Rebeca Dias, vide: DIAS, Rebeca Fernandes. **Pensamento criminológico na primeira república: O Brasil em defesa da sociedade**. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015; assim como Ricardo A. P. Freitas: vide Ricardo de Brito A.P. Freitas, *As razões do positivismo penal no Brasil*, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002, p. XXVII. e, sobre a Espanha, o professor Aniceto Masferrer (UV) é importante expoente sobre o tema, tendo entre os trabalhos o artigo: MASFERRER, Aniceto. The reception of the positivist school in the Spanish criminal doctrine (1885-1899) **GLOSSAE: European Journal of Legal History**, n. 17, p. 303-352, 2020.

²⁴ Na pesquisa feita na Biblioteca da Faculdade da Universidade de São Paulo eram constantes as referências a Quintiliano Saldaña e Jimenez de Asúa.

Ao final, analisa-se a existência ou não do discurso da punição da pobreza no Código Penal de 1940 (BR) e 1944 (ES), bem como a criação e a apropriação dos Estados Autoritários de leis especiais que buscavam a punição de determinados grupos e ou/pessoas, a saber, pobres e marginalizados em geral.

Nesse sentido, importante salientar que, durante o Estado Novo (1937/1945), no Brasil, foi promulgado o Código Penal de 1940, por meio de um Decreto-Lei, com o Congresso fechado por um recesso permanente decretado pelo Chefe Nacional e ditador assumido, Getúlio Vargas²⁵. Sob a aparência de um Código técnico²⁶, percebe-se, da sua leitura, que, *prima facie*, fugiu em boa parte do projeto original encomendado a José de Alcântara Machado²⁷, graças à atuação da Comissão Revisora, proposta pelo então Ministro da Justiça, Francisco Campos²⁸. Na Espanha, sob o Governo de Francisco Franco também foi aprovado um novo Código Penal em 1944, que tinha como características marcantes a previsão de penas severas e grande foco na proteção estatal.

Nesse sentido, entende-se importante pensar as influências intelectuais que foram o cerne para a construção dos referidos códigos em primeiro momento, atentando-se, sobretudo, à participação dos juristas, idealizadores de tais legislações.

Ao que tudo indica, no tempo em estudo, havia, tanto no Brasil como na Espanha, uma forte tendência a justificar as leis penais pelo argumento da defesa social, objetivando instrumentalizar as normas penais para atingir os inimigos do Estado, que, por vezes, eram os opositores políticos, as prostitutas, os loucos, os ciganos, e outros entendidos fora de um sistema que pregava a ideia da existência de um padrão de homem a ser seguido

Apartadas do Código Penal, surgiram legislações, com forte cunho de defesa social, como pode ser exemplificado, no Brasil, pela promulgação do Decreto-Lei n.º 3688 de 1941²⁹, denominado como lei das contravenções penais e que punia com a repressão policial e judicial, entre outros delitos “menores”, a mendicância e a vadiagem. Na Espanha, em 1933, foi criada

²⁵ NUNES, Diego. Processo legislativo para além do parlamento em estados autoritários: uma análise comparada dos Códigos Penais italiano de 1930 e brasileiro de 1940. **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 74, p. 153-180, dez. 2016.

²⁶ Para Diego Nunes, ficou evidente, tanto na Itália como no Brasil, a existência de códigos penais elaborados por juristas técnicos, orquestrados pela figura do Ministro da Justiça, o que demarca a existência, em ambos os países, de Estados Autoritários (NUNES, 2016, p. 170).

²⁷ Jurista brasileiro, catedrático da Faculdade de Direito do Largo do São Francisco, membro da Academia Brasileira de Letras e redator do projeto do Código Penal de 1940.

²⁸ Advogado, professor e jurista brasileiro, responsável pela construção de legislações em períodos autoritários, como a Constituição de 1937 e pelo Ato Institucional n.º 1 que inaugurou a repressão institucionalizada na última ditadura civil-militar brasileira (1964-1985).

²⁹ BRASIL. Decreto-Lei n.º 3.688, de 3 de outubro de 1941. Lei das Contravenções Penais. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, 3 out. 1941.

a “*Ley Relativa a Vagos e Maleantes*”³⁰, aproveitada no Governo Francisco Franco, que, na década de 1950, também incorporou como perigosos os homossexuais³¹.

Segundo Diego Nunes,³² apesar de os parlamentos após a Revolução Francesa terem sido designados como “legislativos”, por vezes, tal atribuição foi questionada, não tendo sido estranho que, em vários contextos, o Governo tenha sido responsável pela elaboração de tais legislações, como nos casos italiano e brasileiro.

Nesse contexto, torna-se importante pensar o papel dos juristas durante a formulação das legislações penais que eram pontos centrais dos regimes autoritários, tais como o Estado Novo no Brasil, razão pela qual afirma Airton Seelander:

[...] A análise da trajetória e do pensamento dos juristas pró-ditadura é tanto mais necessária, por ser imprescindível para a compreensão da base ideológica de boa parte da literatura jurídica ainda hoje utilizada no ensino e no foro. A participação de muitos juristas, ainda que passageira, em regimes ou movimentos políticos de inspiração autoritária, contribuiu para a ocorrência de transformações no campo doutrinário, com a adoção de novos temas e teorias. Sob a influência direta ou indireta de tal participação, conceitos foram criados, recriados e reformulados, não raro como arma ideológica na luta contra o pensamento jurídico liberal. O universo dos argumentos jurídicos foi alterado, alterando-se também o campo dos possíveis “atos de fala” no jogo do discurso jurídico³³.

Dessa forma, a discussão do papel dos juristas e do pensamento jurídico nas ditaduras merece grande atenção dos estudiosos, principalmente da História do Direito, pois não há como negligenciar a influência deles na estruturação dos regimes. Assim, as doutrinas de época são elementos importantes para a pesquisa sobre o tema.

No Brasil, o Código Penal de 1940 teve o projeto elaborado por José de Alcantara Machado, que, por decisão do então Ministro da Justiça, Francisco Campos, foi submetido a

³⁰ ESPAÑA. Ley dos vagos e maleantes. Departamento: Presidencia del Consejo de Ministros. **Gaceta de Madrid**, n. 217, p. 874-877, 05 ago. 1933. Disponível em: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1933/217/A00874-00877.pdf>. Acesso em: 14 de abril de 2023.

³¹ ESPAÑA. Ley de 15 de julio de 1954 por la que se modifican los artículos 2º y 6º de la Ley de Vagos y Maleantes, de 4 de agosto de 1933. **Gaceta de Madrid**, n. 198, p. 4862, 17 jul. 1954. Disponível em: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1954/198/A04862-04862.pdf>. Acesso em: 14 abril de 2023.

³² NUNES, Diego. Processo legislativo para além do parlamento em estados autoritários: uma análise comparada entre os Códigos Penais italiano de 1930 e brasileiro de 1940. **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 74, p. 153-180, dez. 2016, p. 154.

³³ SEELANDER, Airton Cerqueira Leite. Juristas e ditadura: Uma leitura brasileira. In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELAENDER, Airton Cerqueira Leite (orgs.). **História do Direito em perspectivas: do antigo regime à modernidade**. Curitiba: Editora Juruá, 2009, p. 420.

uma comissão revisora por ele indicada, composta por Vieira Braga, Nelson Hungria, Roberto Lyra e Narcélio de Queirós, todos sob a supervisão de Costa e Silva.^{34,35}

Os juristas que compuseram a comissão revisora afirmaram que o anteprojeto de Alcântara Machado objetivava implantar um Código de nítida inspiração liberal, que, embora estivesse sido redigido sob as vistas de um regime autoritário, conservou o princípio da legalidade. É bem verdade que o significado político-jurídico ultrapassa o regime político em que foi formulado³⁶, e entende-se que pensar toda a legislação da época com fruto apenas do autoritarismo seria demasiadamente reducionista.

Importante consignar que não apenas os integrantes da comissão revisora do Código buscavam justificar o seu liberalismo penal e a não vinculação ideológica ao Estado Novo, como se pode ler na manifestação do jurista Osman Loureiro, após o fim do Estado Novo, “[...] filiando-se sem restrições ao princípio da Legalidade dos crimes e das penas, cláusula que, como é corrente, é peculiar aos códigos inspirados na seiva do liberalismo, excluiu, do mesmo passo e de maneira modelar, os impulsos da trama autoritária, então em plena Voga”.^{37,38}

Trazendo para mais próximo do debate o contexto espanhol, deve-se ter em mente uma guerra civil levou à vitória a falange espanhola e trouxe como liderança o General Francisco Franco. O Governo ditatorial franquista foi implantado em 1939 e, para se estabelecer, utilizou a repressão generalizada. “[...] A imposição do regime de Franco foi levada a cabo por meio do terror em todas as províncias espanholas, tanto naquelas em que houve resistência como naquelas que aderiram desde o primeiro momento à sublevação militar³⁹.

Os vitoriosos da Guerra Civil foram implacáveis com os derrotados. Após o conflito, inúmeros foram os métodos utilizados para a manutenção do poder: prisões, assassinatos e criação de campos de concentração. E não podemos esquecer a construção da legislação penal, que também pode ser apontada como instrumento de arrimo para tal sistema autoritário.

³⁴ LYRA, Roberto. **Direito penal normativo**. Rio de Janeiro: Editora José Konfino, 1975, p. 47.

³⁵ Interessante trabalho sobre o tema é o de: SILVEIRA, Mariana de Moraes. **Vida e morte de um projeto bandeirante: Alcântara Machado e o Código Penal de 1940**. 2010. Monografia (Bacharelado em História) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2010.

³⁶ SONTAG, Ricardo. **Código e técnica**. A reforma penal brasileira de 1940, tecnicização da legislação e atitude técnica diante da lei em Nelson Hungria. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009, p. 49.

³⁷ LOUREIRO, Osman. **O Direito penal e o Código de 1940**. São Paulo: Forense, 1961, p. 11.

³⁹ SOMBRÍA, Santiago Vega. Las manifestaciones de la violencia franquista. **Hispania Nova - Revista de História Contemporánea**, n. 7, p. 1-30, 2007, p. 5.

De maneira semelhante, como apontamos no caso brasileiro, a existência de juristas foi essencial para as formulações legislativas do Franquismo, já que também houve o enfraquecimento do legislativo. Sebastian Martín⁴⁰ afirma que, nos primeiros anos do franquismo, houve meticolosos procedimentos de depuração nas universidades, buscando a eliminação do inimigo político. Nesse sentido o autor assevera:

[...] Os professores que foram executados ou enviados ao exílio se encontravam entre muitos casos entre os mais valiosos. Não é um fato menor. A questão é relevante porque os setores acadêmicos que trouxeram e apoiaram o sistema republicano, bem nutridos de juristas, foram em boa medida os responsáveis pelo auge das ciências e das artes na Espanha [...] ^{41,42}

As depurações franquistas trouxeram um prejuízo incalculável, principalmente ao Direito Penal. Importante salientar que, desde os anos 1920, a penalística espanhola tinha como grande nome Luis Jiménez de Asúa, Catedrático da Universidade Central de Madri, professor e militante do Partido Socialista, que tinha compromisso com o regime democrático e social. Com a vitória da Falange Espanhola, o grande penalista espanhol teve que partir para o exílio na Argentina. Muitos dos juristas que continuaram seus trabalhos, se ainda lhes sobrasse alguma relutância política, eram deixados no ostracismo, e outros trabalhavam de maneira incessante para a estruturação do regime.⁴³

Também sobre o tema, Marc Baldó Lacomba informa que, na ditadura franquista, buscou-se eliminar qualquer tipo de contestação, em especial dos trabalhadores e suas manifestações, bem como parte da classe média liberal e os intelectuais de esquerda. Tratando dos intelectuais de esquerda, ou eram vistos como revolucionários ou como portadores da “peste do liberalismo”, e calar esse grupo significaria prolongar o governo ditatorial⁴⁴.

Os franquistas viam os professores universitários como responsáveis por corromper os jovens universitários e envenenar as almas espanholas, sendo necessária então uma depuração, de modo que tanto foram criadas juntas de cultura e ensino, como foi aparelhado o Ministério

⁴⁰ MARTÍN, Sebastian. **Los juristas en la génesis del franquismo ¿Un contraste posible?** Roma: Editora Tre Press, 2015, p. 391.

⁴¹ MARTÍN, Sebastian. **Los juristas en la génesis del franquismo ¿Un contraste posible?** Roma: Editora Tre Press, 2015, p. 392.

⁴² No original em espanhol: [...] Los profesores que fueron ejecutados o marcharon hacia el exilio se encontraban en muchos casos entre los más valiosos. No se trata de un dato menor. La cuestión tiene relevancia porque los sectores académicos que trajeron y apoyaron el sistema republicano, bien nutridos de juristas, fueron en buena medida los responsables del auge de las ciencias y las artes en España.

³⁶ MARTÍN, Sebastian. **Los juristas en la génesis del franquismo ¿Un contraste posible?** Roma: Editora Tre Press, 2015, p. 394/395.

⁴⁴ LACOMBA, Marc Baldó. Represión Franquista Del Profesorado Universitario. **Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija**, 14 (2011) p.31

da Educação Nacional; os estudos mostram que cerca de 38% do professorado universitário do período foi retirado de sua cátedra⁴⁵.

Marc Baldó Lacomba informa que a Espanha tem um histórico de expatriações, tanto expulsões como exílios, por causas políticas e religiosas, no entanto, no campo acadêmico, o governo Franco foi muito mais cruel que governos em tempos anteriores, resultando em um grande vazio de intelectuais, não se podendo nem mesmo mensurar a falta dessa intelectualidade, já que muitos vieram a morrer nos países que os acolheram, não conseguindo voltar à Espanha em razão do contexto da Guerra Fria⁴⁶⁴⁷.

Pascual Marzal, em importante pesquisa, informou que o franquismo também atingiu significativamente o Judiciário, tendo em consideração que muitos juízes, por questões políticas e ideológicas, foram afastados e colocados nos altos cargos pessoas da confiança do Governo, o que gerou uma forte intervenção da política na esfera judicial e, inclusive, dificultou o acesso a cargos das altas cortes por aqueles que não estavam alinhados ao regime⁴⁸.

Ao passo que os códigos penais, de alguma forma, serviram aos governos aos quais estiveram vinculados, não que fosse seu único propósito, existiram também legislações que cuidaram de apresentar os inimigos do Estado com grande clareza.

No Brasil, do projeto redigido por Alcântara Machado, a Comissão Revisora destacou a Lei de Contravenções Penais, com traços abertamente antiliberais, comuns às escolas positivistas⁴⁹. Detalhe interessante em tal lei é que ela dispensa a demonstração, via de regra, de dolo ou culpa, basta apenas a ação ou omissão voluntária⁵⁰.

A supervalorização do trabalho era utilizada como pano de fundo para a doutrinação das massas, e todos aqueles que, de alguma forma, fugissem a esse desiderato poderiam ser punidos. Aos indesejáveis deveriam ser impostas medidas de segurança, conforme o artigo 15

⁴⁵ LACOMBA, Marc Baldó. Represión franquista del profesorado universitario. **Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija**, 14 (2011) p.32

⁴⁶ LACOMBA, Marc Baldó. Represión Franquista Del Profesorado Universitario. **Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija**, 14 (2011) p.35

⁴⁷ Sobre o tema, também é importante a leitura de: Pascual Marzal Rodríguez, *Una historia sin justicia: cátedra, política y magistratura en la vida de Mariano Gómez*, Valencia, PUV, 2009; Pascual Marzal Rodríguez, *Abogacía y Guerra Civil: el Colegio Valenciano en perspectiva comparada (1936-1941)*, Madrid: Editora Dykinson, 2017.

⁴⁸ MARZAL, Pascual. “Intervención política y judicatura española durante la II República”, **GLOSSAE**. European Journal of Legal History 12 (2015), p.550

⁴⁹ QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. A lei das contravenções penais nas ciências penais de seu tempo. In: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo (coord.). **Comentários à Lei das Contravenções penais**. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2006, p. 36.

⁵⁰ BRASIL. Decreto-Lei n.º 3.688, de 3 de outubro de 1941. Lei das Contravenções Penais. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, 3 out. 1941.

da Lei de Contravenções, os condenados deveriam ir para institutos de trabalho ou colônias agrícolas, pelo prazo mínimo de um ano⁵¹.

Na Espanha, a “*ley de vagos e maleantes*”, aprovada em 1933, foi mantida pelo Governo do General Francisco Franco como instrumento de controle, tendo como pano de fundo a ideia de vagabundos, nômades, cafetões e qualquer outro indivíduo fora dos padrões da ordem política e moral de plantão deveria ser considerado antissocial. Nesse sentido: “[...] Artigo 2.º Poderão ser declarados em estado perigoso e submetidos a medidas de segurança da presente lei: Primeiro: Os vagabundos habituais. Segundo. Os rufiões e proxenetas⁵²⁵³”.

Tal legislação abria brechas para o Direito Penal do autor, como é o caso dos ciganos, cujo modo de vida, por vezes, não era aceito pelo Estado Franquista, que não respeitava a existência de modos de viver distintos. Assim, os ciganos, contrários ao trabalho nos moldes franquistas, que viam a sociedade com um organismo que todos, deveriam fazer funcionar, desempenhando seu papel por meio do labor, não podiam pertencer à Pátria.

Aponta-se que essa política de controle iria materializar-se no enfoque da defesa social, assim demonstra em sua pesquisa Bartira Macedo (2010):

[...] No início da década de 40, do século XX, os perigosos continuaram sendo incorporados nas massas populares de baixa renda e expandindo-se posteriormente para os “inimigos” do novo regime político. Assim, o Brasil passou pelo Golpe Militar de 1964, sem mudar sua legislação, porque ela já oferecia a um Estado autoritário todos os mecanismos de que precisava para manter a ordem a qualquer custo⁵⁴.

Em um país que pouco antes havia abandonado a escravidão, não seria difícil encontrar esses indesejáveis, inclusive optar-se por legislação específica para punir tais contraventores da ordem.

A partir de todo o dito anteriormente, eis a justificativa da presente pesquisa: entende-se importante conhecer o contexto histórico e jurídico responsável pela formação das culturas penais brasileira e espanhola nos anos 1920, 1930 e 1940, tento como elemento-chave a análise da existência das ideias de defesa social, em tais períodos, com especial atenção à criação dos

⁵¹ “Art. 15. São internados em colônia agrícola ou em instituto de trabalho, de reeducação ou de ensino profissional, pelo prazo mínimo de um ano” (BRASIL, 1941, art. 15).

⁵² ESPAÑA. Ley dos vagos e maleantes. Departamento: Presidencia del Consejo de Ministros. **Gaceta de Madrid**, n. 217, p. 874-877, 05 ago. 1933. Disponível em: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1933/217/A00874-00877.pdf>. Acesso em: 14 de abril de 2019.

⁵³ No original em espanhol: “Artículo 2.º Podrán ser declarados en estado peligroso y sometidos a las medidas de seguridad de la presente Ley:Primero. Los vagos habituales. Segundo Los rufianes y proxenetas”.

⁵⁴ SANTOS, Bartira Macedo de Miranda. **As ideias de defesa social no sistema penal brasileiro: Entre o garantismo e a repressão (de 1890 a 1940)**. 2010. Tese (Doutorado em História da Ciência) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 127.

códigos penais (1940/1944), Lei de contravenções penais no Brasil, “[...] ley de vagos e maleantes na Espanha, as doutrina em Jimenez de Asúa, Nelson Hungria, Roberto Lyra e Quintiliano Saldaña. Tal tema guarda grande originalidade e é necessário ser pensada a formação da cultura jurídica penal de ambos os países.

Dessa forma, tem-se como problema verificar em que medida o discurso de defesa social bastante difundido na esfera penal durante o início do século XX encontra aproximações históricas, no sentido da criminalização da pobreza, que se irradia tanto na legislação brasileira como na espanhola nas décadas de 1920, 1930 e 1940, assim como verificar também quais são seus possíveis desdobramentos no Código Penal brasileiro de 1940 e do Código Penal espanhol de 1944, bem como na Lei das contravenções penais (1941) e na *Ley de vagos y maleantes* (1933), bem como nas doutrinas de Jimenez de Asúa, Quintiliano Saldaña, Nelson Hungria e Roberto Lyra.

O marco teórico desta pesquisa está relacionado aos estudos de Direito Comparado do Professor Aniceto Masferrer^{55,56}, que tem desenvolvido importante trabalho na análise de códigos penais europeus e latino-americanos.

Para cumprir o fim proposto neste trabalho, elegeu-se a pesquisa documental, à medida que terá como ponto de partida as análises dos documentos históricos do período a ser estudado, assim como será apreciada a legislação produzida e decorrente desses momentos históricos e políticos nos dois países.

Dessa forma, será utilizado o método de abordagem indutivo, que parte de análises de casos particulares (acontecimentos/eventos como fatos sociais relevantes, discursos políticos e jurídicos, etc.) para uma inferência válida, no caso em questão, serão analisados os documentos históricos, epistemológicos, políticos e legais que possam constituir um quadro da formação da cultura jurídica penal nas décadas de 1920, 1930 e 1940, com enfoque no Estado Novo brasileiro, a partir da reforma do Código Penal de 1940 e no franquismo espanhol, a partir do Código Penal de 1944. Todas essas etapas foram realizadas por meio dos métodos de procedimento histórico e comparativo.

⁵⁵ MASFERRER, Aniceto. La Codificación penal española. Tradición e influencias extranjeras: su contribución al proceso codificador. Thomson Reuters. 2017. Ver também do autor: *The Western Codification of Criminal Law: the Myth of the Predominant French Influence in Europe and America Revisited*. Springer. 2018.

⁵⁶ CARTUYVELS, Yves; MASFERRER, Aniceto. An introduction to the birth of criminal positivism in Europe and Latin America at the end of the 19th century: Rise and resistance. **GLOSSAE: European Journal of Legal History**, n. 17, p. 1-21, 2020, p. 7.

O método de procedimento histórico escolhido consistiu em, além da investigação de acontecimentos, processos e instituições também na investigação de práticas discursivas, em especial, político-jurídicas de reflexos nas ideias penais.

Tal verificação conseguiu apontar como as instituições alcançaram sua forma no período histórico em questão, mediante alterações de suas partes componentes, ao longo do tempo, influenciadas pelo contexto cultural particular de cada época, para melhor compreender o papel que desempenham na sociedade, por isso deve-se remontar aos períodos de sua formação discursiva e consequentes modificações institucionais. No caso da pesquisa, tal método é de suma importância na construção de um quadro que permita identificar uma cultura jurídica penal no início do século XX no Brasil e na Espanha.

O método comparativo permite analisar o dado concreto, deduzir dele os elementos constantes, abstratos e gerais. Dessa forma, tal método constitui uma verdadeira “experimentação indireta” que permitiu a análise comparativa a que se propôs a pesquisa no que tange às elaborações das legislações e construção de doutrinas nos períodos a serem estudados.

Assim sendo, no próximo capítulo discorre-se a respeito da defesa social e a punição da pobreza na cultura jurídico-penal entre as décadas de 1920 e 1930.

2 A DEFESA SOCIAL E A PUNIÇÃO DA POBREZA NA CULTURA JURÍDICO-PENAL ENTRE AS DÉCADAS DE 1920 E 1930

Inicialmente, informa-se que o mote do presente capítulo é uma análise histórica das culturas jurídicas penais brasileira e espanhola entre as décadas de 1920 e 1930, entretanto, para melhor compreensão do leitor a que se destina a presente pesquisa, verificou-se a necessidade de, na primeira parte do capítulo, trazer a reflexão sobre as raízes do conceito de defesa social, dentro do Positivismo criminológico, e de punição da pobreza e de marginalizados como possível desdobramento, temática que foi pano de fundo de toda a tese doutoral⁵⁷.

Para tanto, antes de adentrar a análise dos marcos temporais estanques acima propostos, buscou-se apresentar pontos teóricos importantes, tais como os fundamentos teóricos da defesa social e a abordagem higienista da pobreza. Para tanto, mesmo que *en passant*, escolheram-se os teóricos tidos como chaves sobre o tema, primeiro no que tange o conceito de defesa social, Marc Ancel, Adolphe Prins, Fillippo Gramatica, posteriormente sobre autores da do Positivismo criminológico Enrico Ferri, César Lombroso e Raffaele Garofalo, na busca por esclarecer sobre o que pretendiam os autores por defesa social.

Para buscar no passado explicações para o tema central, foi necessário resgatar em autores da época e na literatura das ciências sociais nascentes o fervilhar das ideias que marcaram a virada do século XIX para o início do século XX.

O objetivo a que se propõe o presente capítulo é tentar captar as transformações/permanência/influências do Direito Penal – no pressuposto de que a cultura jurídica está atrelada a todo um processo social/ político/ econômico – dentro da problemática proposta em meio aos marcos temporais apresentados. Assim posto, coloca-se como ano inicial, em ambos os países, os anos 1920, sem uma data marcada, e como ponto final para o presente capítulo, o ano de 1937 no Brasil, com o advento do Estado Novo, momento em que temos a implantação de um Estado Ditatorial do Brasil; e o ano de 1939, na Espanha, com o fim da guerra civil e a inauguração do Franquismo Espanhol, em que, da mesma forma, houve a implantação de um regime autoritário com a ascensão do General Francisco Franco. Desde já, escusa-se pelo atrevimento de, por vezes, romper o marco temporal em direção ao passado para verificarmos questões chaves que remetem às décadas em estudo, entende-se por inevitável.

⁵⁷ Deve-se deixar claro que a ideia da defesa social ligada às ciências penais, principalmente à Criminologia como ciência moderna, não sendo uma inovação da Escola Positivista, mas tendo-se formado como tal do debate das ideias de positivistas e Clássicos. Para os Clássicos, a defesa social não era o objetivo da pena, mas um possível desdobramento dela, já que a figura central seria o indivíduo.

As desculpas pedidas no parágrafo anterior decorrem de um grande problema em História do Direito, que é análise de marcos estanques “[...] à medida que é importante que os marcos temporais da pesquisa se conformem a uma limitação. No entanto, quando a História é observada como um processo, por vezes, um passo atrás é um passo à frente”⁵⁸,

Além do tempo já delimitado, delimitaram-se, também, as fontes. Tratou-se, sobretudo, para a construção do presente capítulo, de fontes bibliográficas: teses, artigos científicos livros, tanto do tempo presente como do tempo em estudo, assim como foram analisadas legislações pertinentes ao caso.

Este capítulo inaugural também apresenta um breve contexto histórico de ambos os países, com enfoque principal nos aspectos políticos e sociais, passando à existência das Escolas Penais de tais países no período exposto; por fim, buscou-se a análise da possibilidade da influência da teoria da defesa social no pensamento teórico-jurídico da época no Brasil e na Espanha.

Ainda em tom preparatório, Paolo Grossi bem leciona, arrancando qualquer dogma do que seria a pesquisa jurídica em História do Direito: “[...] o Direito, apesar do que possa parecer a um observador comum, é um ‘material’ social e cultural extraordinariamente apto a ser avaliado historicamente”.⁵⁹

Assim, a análise histórica do sistema social como um todo (político, econômico, cultural etc.), contida no Brasil e na Espanha no período em testilha é importante, dado ao fato de que os leitores da presente tese podem não estar familiarizados com os contextos que vão ser discutidos, e a contextualização, sem dúvida, será elemento importante para o entendimento⁶⁰, visto que lançar simplesmente o debate sobre as escolas penais poderia fazer com que a presente tese se tornasse sem sentido, um amontoado de ideias fora do lugar, pelo que segue a próxima seção. E se o leitor porventura tenha conhecimento do contexto é importante que tenha conhecimento do trajeto histórico constituído pelo pesquisador, que pode trazer-lhe, quem sabe, um novo olhar sobre o tema e o problema propostos.

⁵⁸ Paolo Grossi (2014, p. 31) apresenta importante argumento sobre tal questão, informa que: é ingênuo e inconcebível acreditar que é possível traçar linhas demasiadamente nítidas de uma demarcação absurda: não podemos esquecer que toda experiência jurídica sempre traz em si – e alimenta, e cultiva – as células tumorais que, cedo ou tarde, a condenarão à morte, e que, na transição de uma à outra, há um momento final e inicial, respectivamente, no qual tudo está sobre o signo da fusão e da incerteza.

⁵⁹ GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**. Tradução de Denise Rossato Agostinetti. São Paulo: WMF; Martins Fontes, 2014, p. 28.

⁶⁰ Para Paolo Grossi (2014, p. 32): “[...] O jurista não pode deixar de observar os tempos históricos mais profundos, as raízes de uma sociedade e de uma civilização em que o Direito se desenvolve. [...] para que um fato se torne Direito, precisa fixar raízes naquele nível de fundação do devir histórico que são os tempos profundos da História”.

2.1 REVISITANDO OS FUNDAMENTOS TEÓRICOS DA ESCOLA CRIMINOLÓGICA DE DEFESA SOCIAL

Nesta seção, trabalha-se, primeiramente, a teoria da defesa social, no olhar de Marc Ancel, Adolphe Prins, Fillippo Gramatica, que foram autores que, para além dos penalistas exerceram grande influência no tema nas Ciências Sociais no período que se propõe estudar, posteriormente trata-se da abordagem higienista da pobreza e dos marginalizados e, então, a questão da definição da teoria da defesa social, em meio à materialização das ideias positivistas no final do século XIX e início do século XX, e como tais ideias foram aos poucos afuniladas na busca de neutralizar e punir aqueles que eram, de uma forma ou de outra, marginalizados do sistema capitalista.

2.1.1 A teoria da defesa social: busca de definição de um conceito.

Em História do Direito, no que tange à defesa social, deve-se ter um grande cuidado na abordagem de conceitos. Em um primeiro momento, deve-se ter em consideração que se trata de um conceito bastante antigo, que não remonta apenas ao Positivismo criminológico, que faz parte do objeto do estudo da presente tese, segundo Marc Ancel:

[...] Admitiremos, para precisar as exposições sumárias que se seguem, que as ideias de defesa social podem ser consideradas como emergentes, do ponto de vista histórico, desde o surgimento de uma das três noções seguintes: a preocupação em assegurar, não só um castigo puramente expiatório, mas uma eficaz proteção da sociedade; o desejo de provocar, não só uma pena simplesmente expiatória e retributiva, mas uma melhora de conduta, ou mesmo uma reeducação do delinquente; ou, finalmente, a preocupação em promover ou em conservar, no âmbito da justiça penal e superando simples exigências da técnica processual, a noção de pessoa humana, em relação a quem não se admite a aplicação senão de um tratamento verdadeiramente humano⁶¹.

Neste sentido, Marc Ancel afirma que, na Filosofia grega antiga, em especial em Platão, consegue-se observar a existência de ideias de defesa social, na busca de proteção da sociedade contra delinquentes perigosos, o que se poderia notar no filósofo grego era a

⁶¹ ANCEL, Marc. **A Nova defesa social**: um movimento de política criminal humanista. Tradução do original da 2.ed. Ver. E notas por Osvaldo Melo; prefácio de Heleno Cláudio Fragoso – Rio de Janeiro: Editora Forense, 1979.p.30

preconização de que a pena não teria por objetivo vingar a injustiça praticada, mas preservar o futuro e evitar novos crimes⁶².

De igual modo, Marc Ancel aponta que, na Europa, no início da Idade Moderna, podem-se encontrar as primeiras ilustrações de ideias de defesa social na *Constitutio Criminalis Carolina*, em seu artigo 176, no qual se previa que o juiz, em caso de possibilidade de cumprimento de crime, pudesse deter o indivíduo e lhe exigir uma caução ou uma garantia de que não seria cometido o possível crime, tratando-se de uma espécie de caução de boa conduta⁶³.

A ideia de caução para o não cometimento de crimes contra a incolumidade pública também ganhou espaço na Inglaterra de Eduardo III (1312-1377), período em que houve o reconhecimento da figura do juiz de paz, que poderia exigir, por caução preventiva, a não perturbação da paz, entendida como um instrumento de defesa social⁶⁴.

Segundo Marc Ancel, no Direito espanhol, no final do século XVIII, havia uma cláusula de retenção, sancionada por uma normativa de 1771, em que permitia que o prisioneiro considerado realmente perigoso poderia ser detido por mais dois anos, mesmo após expirada a pena. De maneira mais robusta, tratando do Direito espanhol, Eugenio Calon Cuello afirma que a determinação da quantidade de anos que poderiam ser cumpridos apenas ocorreria em 1830; no final do século XVIII, havia uma indeterminação do período e em determinados momentos, inclusive, prescindia-se da autorização do rei para a liberação de detentos considerados perigoso⁶⁵.

Em suma, o que se pode notar nos traçados propostos por Marc Ancel é que as medidas de defesa social, em alguns períodos estudados, não eram uma política preventiva criteriosa em relação ao crime, mas uma intenção de proteger a ordem e a paz públicas, tendo sido exercido das mais diferentes formas, no que tange o Direito Penal, seja pelo viés de sentenças indeterminadas, medidas de segurança e internação, sempre na busca da justificativa da necessidade de afastar o indivíduo perigoso do restante da sociedade.

⁶² ANCEL, Marc. **A nova defesa social**: um movimento de política criminal humanista. Tradução do original da 2.ed. Ver. E notas por Osvaldo Melo; prefácio de Heleno Cláudio Fragoso – Rio de Janeiro: Editora Forense, 1979.p.31.

⁶³ ANCEL, Marc. **A nova defesa social**: um movimento de política criminal humanista. Tradução do original da 2 ed. Ver. E notas por Osvaldo Melo; prefácio de Heleno Cláudio Fragoso – Rio de Janeiro: Editora Forense, 1979.p.33.

⁶⁴ ANCEL, Marc. **A nova defesa social**: um movimento de política criminal humanista. Tradução do original da 2 ed. Ver. E notas por Osvaldo Melo; prefácio de Heleno Cláudio Fragoso – Rio de Janeiro: Editora Forense, 1979.p.33.

⁶⁵ CALON, Eugenio Coello. **La moderna penalogia**: represion del delicto y tratamiento de los delinquentes penas y medidas. Su ejecución. Barcelona: Editora Bosh 1958. p.54.

As ideias de defesa social vieram a calhar com o Positivismo criminológico, já que, deixando o livre-arbítrio da escola clássica, o Positivismo demonstra a necessidade de uma reação social contra o crime, assim sendo, é inegável que posições-chave do Positivismo criminológico tornam-se elementos viáveis ao fomento de uma teoria da defesa social:

[...] o próprio delito será considerado não mais como uma abstração ou como uma entidade jurídica, mas como um fato natural e social, como um ato humano que se deve examinar não somente de forma objetiva segundo o Direito, mas também e sobretudo em sua realidade subjetiva e em relação à personalidade concreta de seu autor; e essa personalidade do autor deve ser em si mesma cientificamente examinada.

A justiça penal não mais terá portanto por missão, ou por única missão, punir uma culpa, e menos ainda restabelecer abstratamente o Direito violado pela imposição objetiva de uma sanção reparadora; esta sanção não mais será imposta para restaurar teoricamente ou de forma ideal o império do Direito comprometido pelo ato delituoso; a essa metafísica da repressão sucede uma doutrina realista que tenderá unicamente à proteção da sociedade contra o crime; e é neste sentido que os positivistas falarão por primeiro, corrente, da defesa social⁶⁶.

Pertinente, então, é expor que, enquanto os clássicos atribuíam à Justiça Penal a tarefa abstrata de retribuição, o Positivismo criminológico apresentava essa Justiça Penal como tendo a função de proteção da sociedade contra o crime, e as legislações aos poucos vão caminhando para além da prevenção, para a proteção⁶⁷.

Marc Ancel afirma que o Positivismo criminológico não cria a defesa social, mas torna possível, pela primeira vez, a criação de um conteúdo doutrinal próprio, sendo de relevância ímpar a criação da União Internacional de Direito Penal, em 1889, tendo sido um de seus fundadores, Adolphe Prins, no início do século XX o pioneiro na criação de tal doutrina⁶⁸.

Repisa-se ainda mais a questão, no que tange à relação entre Positivismo criminológico e defesa social:

[...] A ideologia da defesa social se legitimava, portanto, em um discurso científico que encobria, ou procurava encobrir, o mais severo sistema de controle social já concebido. Na base do sistema estava a ideia de periculosidade (verificada por diagnóstico médico ou de índole

⁶⁶ ANCEL, Marc. **A nova defesa social**: um movimento de política criminal humanista. Tradução do original da 2 ed. Ver. E notas por Osvaldo Melo; prefácio de Heleno Cláudio Fragoso – Rio de Janeiro: Editora Forense, 1979.p.85.

⁶⁷ **A nova defesa social**: um movimento de política criminal humanista. Tradução do original da 2 ed. rev. e notas por Osvaldo Melo; prefácio de Heleno Cláudio Fragoso – Rio de Janeiro: Editora Forense, 1979.p.85.

⁶⁸ ANCEL, Marc. **A Nova defesa social**: um movimento de política criminal humanista. Tradução do original da 2 ed. Ver. E notas por Osvaldo Melo; prefácio de Heleno Cláudio Fragoso – Rio de Janeiro: Editora Forense, 1979.p.88.

predominantemente médica), que substituía a culpabilidade como pressuposto para aplicação das sanções penais⁶⁹.

Para Adolphe Prins, o momento em que as Ciências Naturais e as Ciências Morais se teriam modificando tanto com o pensamento contemporâneo, o Direito Penal não poderia furtar-se a esse movimento de transformação, de modo que se desprendera da base subjetiva da culpa e passara então a apegar-se a uma base mais objetiva: a defesa social⁷⁰.

Para Adolphe Prins, teria o Direito Penal Clássico isolado o indivíduo de tudo que estaria ao seu redor, o novo Direito Penal, atrelado à defesa social inseriu esse indivíduo no interior da sociedade, de modo que o criminoso seria aquele que atentaria contra a sociedade, observa-se:

[...] A escola clássica, admite com Aristóteles que o ato está inteiramente contido no pensamento, vê sempre no crime a exteriorização de um pensamento culpável. Ele considera o criminoso como um indivíduo inteligente e livre que pratica o mal, sabendo que o está fazendo e querendo fazê-lo. Ele é punido porque é responsável. Ele é responsável porque sua falta é consciente e voluntária; e a pena, no sentido clássico da palavra, é o único remédio possível para o crime, e a única compensação equitativa para o delito cometido^{71, 72}.

Estaria então, para Prins, a doutrina Clássica em desacordo com a realidade social, já que muitos seriam aqueles que, mesmo sabendo de sua atitude criminosa, continuam a executá-la:

[...] Existem bandos errantes de ciganos: feirantes, cesteiros, saltimbancos, funileiros, que percorrem nossos países europeus, ignorando sua idade e origem: sem estado civil, sem direitos, sem deveres, isentos de impostos, vivem fora de nossas tradições e nossos costumes; exploram as crianças,

⁶⁹ RIBEIRO, Bruno de Moraes. **Defesa social e Código Penal do inimigo**: visão crítica Rio de Janeiro: Editora Lumen juris, 2011, p. 9.

⁷⁰ PRINS, Adolphe. **La defensa Social y las transformaciones del derecho penal** por A. Prins. Verson española y prólogo sobre la génesis de la defensa social de Frederico Castejon Y Martínez de Arizala. Madri: Editora Hijos de Reus, 1917, v. 11.,p.14.

⁷¹ PRINS, Adolphe. **La defensa Social y las transformaciones del derecho penal** por A. Prins. Verson española y prólogo sobre la génesis de la defensa social de Frederico Castejon Y Martínez de Arizala. Madri: Editora Hijos de Reus, 1917, v. 11.,p.15.

⁷² No original: La escuela clásica, admitiendo con Aristóteles que el acto está por entero contenido em el pensamiento, ve siempre e el crimen la exteriorización de un pensamiento culpable. Considera al criminal como un individuo inteligente y libre que hace el mal, sabiendo que lo hace y queriendo hacerlo. Es castigado porque es responsable. Es responsable porque su falta es consciente y voluntaria; y la pena, en el sentido clásico de la palabra, es el único remedio posible del delito, y la única compensación equitativa de la falta cometida.

treinam-nas para mendigar, cometem crimes quando surge a oportunidade e agem livre e voluntariamente sabendo o que estão fazendo^{73 74}.

Dessa forma, a ideia seria a de uma proteção da sociedade, sobretudo por meio da prevenção, de modo que antes que os criminosos efetuassem suas práticas, o Estado deveria agir. Prins visualiza a necessidade de uma ação prévia ao delito, não necessitando a aplicação da pena. A obra de Prins exerceu papel importante no desenvolvimento nas ideias penais, na busca de evitar as penas e buscar-se a prevenção, nas primeiras décadas do século XX, devendo-se inclusive se fazer referência ao Código de Defesa Social cubano.

Yves Cartuyvels afirma que é importante entender o contexto em que as ideias relacionadas ao Direito Penal de Adolphe Prins se desenvolvem. O autor tornou-se professor na Universidade Livre de Bruxelas em 1876, uma época em que havia, na universidade, uma forte divisão entre conservadores liberais e positivistas progressistas, filiando-se então aos progressistas positivistas, e envolvendo em uma série de debates relacionados ao Positivismo italiano⁷⁵.

Para Yves Cartuyvels, as proposições de Adolphe Prins eram claras, ele não se colocava apenas como um estudioso do Direito ou advogado, mas apresentava-se como um reformador social, comprometido em mudar o equilíbrio entre capital e trabalho, sendo necessárias importantes mudanças no aspecto social em busca de conter as classes consideradas perigosas⁷⁶.

Deve-se deixar bem claro que não estaria Adolphe Prins defendendo uma sociedade igualitária, pois, para ele, a desigualdade era condição necessária ao progresso, mas estaria no momento de o capital fazer concessões, e que, se mesmo com tal abertura, não houvesse o enquadramento do indivíduo, dever-se-ia, então, adotar medidas de afastamento, para evitar o contágio de outros⁷⁷.

⁷³ PRINS, Adolphe. **La defensa Social y las transformaciones del derecho penal** por A. Prins. Verson española y prólogo sobre la génesis de la defensa social de Frederico Castejon Y Martínez de Arizala. Madri: Editora Hijos de Reus, 1917, v. 11..p.27

⁷⁴ No original: He aquí bandas errantes de gitanos: feriantes, cesteiros, saltimbanquis, caldereros, que recorren nuestros países de Europa, ignorando su edad y su origen: sin estado civil, sin derechos, sin deberes, exentos de tributos, viven fuera de nuestras tradiciones y nuestras ccostumbres; explotan los niños, los adistran para la mendicidad, cometen delitos cuando la ocasión se presenta, y obran libre y voluntariamente sabiendo lo que hacen

⁷⁵ CARTUYVELS, Yves. “Adolphe Prins and social defence in Belgium: the reform in the service of maintaining social order”, **GLOSSAE. European Journal of Legal History** 17 (2020), p. 176

⁷⁶ CARTUYVELS, Yves. “Adolphe Prins and social defence in Belgium: The reform in the service of maintaining social order”, **GLOSSAE. European Journal of Legal History** 17 (2020), p. 177

⁷⁷ CARTUYVELS, Yves. “Adolphe Prins and social defence in Belgium: The reform in the service of maintaining social order”, **GLOSSAE. European Journal of Legal History** 17 (2020), p. 207

Assim, observa-se que a grande tônica do pensamento Adolphe Prins está em refletir que a base de toda repressão é a periculosidade do indivíduo, trata-se da antropologização do indivíduo, não se pune um ato, mas um indivíduo que cometeu um ato⁷⁸.

Anos mais tarde, após a segunda Guerra Mundial, não se pode esquecer da obra de Fillippo Gramatica, “Princípios de defesa social”, que propunha a substituição do Direito Penal, por um Direito de defesa social, tratando-se de um posicionamento bastante drástico que não ganharia grande fôlego entre os penalistas⁷⁹.

Adolphe Prins, Marc Ancel, Fillippo Gramatica foram grandes teóricos da defesa social, cada qual em seu tempo, de modo que suas definições sobre o tema são importantes. No caso do presente trabalho, é a obra de Adolphe Prins que melhor se encaixa ao tema, já que os outros dois autores são posteriores ao tempo de estudo, entretanto, pela leitura de suas obras, pode-se entender a inexistência da unidade conceitual no que tange à defesa social.

No caso das décadas de 1920 a 1950, observa-se que a defesa social que se emaranha ao Positivismo criminológico, traz ao debate um sistema penal baseado na periculosidade do indivíduo, abandonando a ideia de saber se quem cometeu o crime era ou não são, pois a responsabilidade penal estaria atrelada ao fato de o indivíduo viver em sociedade, e independente de ter condições de discernimento ou não deveria ser responsável pelas infrações penais e perigo dele advindo, teria então a sociedade o direito e o dever de proteger-se. A sanidade seria analisada apenas nas fases de aplicação da penal⁸⁰.

Neste mesmo sentido, o conceito de periculosidade justificado pela defesa social, permitia uma intervenção pré-delitual, e a possibilidade de sanções penais indeterminadas, já que não se detinha o momento certo para o retorno à sociedade desse indivíduo, devendo assim impor-se um tratamento.

Ao fim e ao cabo, resta entender que o conceito de defesa social não surgiu com o Positivismo criminológico, mas se acentuou em tal corrente de pensamento, de modo a pensarmos que, embora comportando variações, estaria atrelado ao direito e dever da sociedade de proteger-se.

Entendendo, então, que a teoria da defesa social, embora podendo comportar variações, teria seu cerne na ideia de defesa da sociedade e, por vezes e na maioria delas, de

⁷⁸ CARTUYVELS, Yves. “Adolphe Prins and social defence in Belgium: The reform in the service of maintaining social order”, *GLOSSAE. European Journal of Legal History* 17 (2020), p. 194

⁷⁹ GRAMATICA, Fillipo. *Principios de Defensa Social*. Tradución de Jesus Muñoz Y Nuñez de Prado y Luis Zapata Aparicio. Madri: Editora Montecorvo, 1974.p. 25

⁸⁰ RIBEIRO, Bruno de Moraes. *Defesa social e Código Penal do inimigo: Visão crítica* Rio de Janeiro: Editora Lúmen juris, 2011, p. 9.

quem a sociedade será defendida depende do contexto histórico, jurídico, político e econômico, cultural, entre outros quesitos, é importante notar como tal abordagem defensista por vezes pode corroborar com a exclusão dos indesejados de uma sociedade e de um modo de produção como o capitalista, sobretudo por meio do último tem-se uma abordagem higienista dos indesejados.

2.1.2 Abordagem higienista da pobreza e dos marginalizados: a caracterização das classes perigosas

Inicia-se a presente seção, com a afirmação de que não se pretende quer econômica, quer politicamente — em termos absolutos — delimitar o conceito de pobreza e de marginalizados em determinado tempo e espaço, o que seria um trabalho para além da História jurídica. O que pretende é demonstrar que determinados grupos, excluídos da sociedade, não enquadrados em padrões econômicos, em determinada época, principalmente em países como o Brasil e a Espanha, foram laboratório de criação de teorias que os definiam como portadores de anomalias que poderiam caracterizar ora um “atraso mental” proposto como um conjunto de patologias que apenas poderiam ser “curadas” com seu afastamento por internação, ou quiçá, uma anormalidade ou risco social a ser combatido por meio de uma segregação social imposta pelo Estado, por meio do encarceramento.

De um ponto de vista assumidamente irônico, pode-se reconhecer que a existência da pobreza, é vantajosa, logicamente não para quem a vive, mas para aqueles que dela se nutrem. No caso do período em testilha, no que tange ao nascedouro da teoria positivista e sua abordagem defensista, os marginalizados do sistema capitalista eram aqueles que não se enquadravam quer seja ao padrão burguês de vida, quer seja aos padrões do mundo do trabalho por ele tecido.⁸¹

Em abordagem curial, Joan Antón Mellón, referindo-se à Espanha, apresenta que os indivíduos não percebem as realidades políticas de forma direta, mas sim por meio de esquemas valorativos em que se mesclam elementos culturais, doutrinários e ideológicos⁸². Assim pode-se afirmar que existem valores que são repassados na busca de uma hegemonia e de uma certa coesão social, de modo que sua perpetuação não gera questionamentos.

⁸¹ Para um panorama analítico da situação social das crianças no Brasil, no qual pode se localizar a condição da infância entre o final do século XIX e século XX, consultar: DEL PRIORE, Mary (org.). **História das crianças no Brasil**. São Paulo: Editora Contexto, 1999 e MARCÍLIO, Maria Luiza. **História Social da criança abandonada**. São Paulo: Editora Hucitec, 1998.

⁸² MELLÓN, Joan Antón. Teoría política y sociedad: La beneficencia como espejo social. In: BERGALLI, Robert (coord.). **Sistema penal y problemas sociales**. València: Editora Tirant lo Blanch, 2003, p. 138.

Discorrendo sobre esse fenômeno, Joan Antón Mellón destaca a falta de percepção da realidade vivida decorrente da beneficência social como um exemplo para se compreender a relação entre modelo socioeconômico, esquemas doutrinários e ideológicos e interesses materiais de grupos sociais que detêm o poder. Para tanto, analisa as instituições de beneficência de Barcelona, que passaram, no final do século XIX, a serem apoiadas por industriais. Com tais ações, os industriais passaram a ter acesso a mais trabalhadores, ao mesmo tempo em que reforçaram o controle social, disciplinaram e normatizaram a vida cotidiana, transformando a população em obreiros úteis⁸³.

No exemplo em debate, os industriais não maximizavam direitos dos trabalhadores pelo trabalho desempenhado, mas aumentavam o tecido da filantropia, tornando-os ainda mais submissos, à medida que teriam que contar com a benemerência dos detentores dos meios de produção para a sobrevivência, assim como teriam que engrossar as fileiras das fábricas para subsistir. Nesse sentido, aponta o autor:

[...] Por outro lado, a tipologia, composição da pobreza variarão conforme os tempos e as sociedades, mas um fator permanecerá: certos grupos sociais poderosos são os que assumem, exclusivamente, a capacidade de conceituar a pobreza e os pobres. E, a partir dessa conceituação, elaboram-se discursos, estratégias e meios para enfrentar o problema.^{84,85}

Relevante é pensar que, no caso espanhol, com a crise do Antigo Regime, a Igreja perdeu boa parte do poder de filantropia, havendo uma secularização da questão, que passou a ser controlada sobretudo pelo Estado. No século XIX, iniciou-se na Espanha a construção de legislação sobre beneficência e vacância, e surgiu a classe médica como apoiadora do novo modelo pautado na necessidade de “tratar” a pobreza.

Em termos históricos, a leis de beneficência podem assim ser assinaladas:

[...] Primeiro, nas Cortes de Cádiz, a Constituição de 1812 atribui aos municípios o cuidado de hospitais, hospícios e outras instituições de caridade. Em segundo lugar, durante o Triênio Liberal foi publicada a primeira Lei de Previdência Social de 1822. Declarava o caráter municipal das seguintes instituições: maternidades, asilos e hospitais, bem como o socorro domiciliar. Está prevista a criação de órgãos municipais e provinciais para o seu controle, administração e subvenção. A secularização e a laicização foram, portanto,

⁸³ MELLÓN, Joan Antón. Teoría política y sociedad: La beneficencia como espejo social. In: BERGALLI, Robert (coord.). **Sistema penal y problemas sociales**. València: Tirant lo Blanch, 2003, p. 140.

⁸⁴ MELLÓN, Joan Antón. Teoría política y sociedad: La beneficencia como espejo social. In: BERGALLI, Robert (coord.). **Sistema penal y problemas sociales**. València: Tirant lo Blanch, 2003, p. 141.

⁸⁵ No original em espanhol: Por otra parte, la tipología, composición y haremos de la pobreza variarán según las épocas y las sociedades, pero un factor permanecerá: determinados grupos sociales son los que se arrogan, en exclusiva, la capacidad de conceptuar sobre la pobreza y los pobres. Y, en función de esa concepción se elaboran discursos, estrategias y medios para encarar el problema.

um processo imparável. Terceiro, em meados do século XIX foi publicada a segunda Lei da Caridade Pública de 1848, que se completaria com o Regulamento da Caridade de 1852.^{86,87}

Ainda que outras legislações tenham surgido depois, o que pode ser analisado é que, aos poucos, o Estado iniciava uma abertura para que a iniciativa privada pudesse participar do auxílio aos pobres. Não se detendo ao campo da benemerência, o Estado passou a regular também a questão da pobreza, no sentido de ditar qual o padrão que poderia ser suportado, de modo que aqueles que recebiam determinadas taxações, deveriam ser punidos pela lei.

Ilustrativo e digno de análise foi um decreto das Cortes de 11 de setembro de 1820, que dispunha que ciganos e vagabundos deveriam ser presos e enviados a obras públicas, ou estabelecimentos relacionados ao fomento ao trabalho. Em 1845, foi criada lei que sintetizava o que seria e quais seriam as penalidades da lei para tais pessoas. O Código Penal de 1850, apresentou uma necessidade de vigilância em relação aos “vagos”⁸⁸, o Código de 1870 evitou o tema, todavia, em 1933, durante a República Espanhola, foi criada a Lei de vagabundos e meliantes, como foi muito utilizada pelo franquismo, segundo critérios genéricos de teorias penalistas de defesa da sociedade.⁸⁹

O que se nota é que houve um grande desenvolvimento da sociedade capitalista no século XIX — período da segunda Revolução Industrial e da intensificação da urbanização — e, com ele, a necessidade de solução dos problemas dela advinda, como a questão do mundo do trabalho. Outrora, as relações de trabalhos eram de cunho pessoal, aos poucos foram ganhando um aspecto muito mais contratual, desse modo, as reivindicações poderiam ser constantes e, graças a elas, surgia a necessidade de controle e intervenção, fosse do mundo fabril, fosse no cotidiano dos trabalhadores.

A pressão exercida sobre o campesinato, decorrente do avanço do capitalismo no campo, com o cercamento das terras comunais, tornava difícil sua vida no campo. A alternativa foi a migração para as cidades, onde os baixos salários, elemento do sistema capitalista, tendo

⁸⁶ MELLÓN, Joan Antón. Teoría política y sociedad: La beneficencia como espejo social. In: BERGALLI, Robert (coord.). **Sistema penal y problemas sociales**. València: Tirant lo Blanch, 2003, p. 147.

⁸⁷ No original em espanhol: Primero, en las Cortes de Cádiz, la Constitución de 1812 asigna a los ayuntamientos el cuidado de los hospitales, hospicios y otras instituciones de carácter benéfico. Segundo, durante el Trienio Liberal se publica la primera Ley de Beneficencia Pública de 1822. En ella se declara el carácter municipal de las instituciones siguientes: maternidades, asilos y hospitales, así como del socorro domiciliario. Se prevé la creación de órganos municipales y provinciales para su control, administración y subvención. La secularización y laicización era pues un proceso imparable. Tercero, a mediados del siglo XIX se publica la segunda Ley de Beneficencia Pública de 1848, que será completada con el Reglamento de Beneficencia de 1852.

⁸⁸ O termo refere-se à vagabundagem.

⁸⁹ MELLÓN, Joan Antón. Teoría política y sociedad: La beneficencia como espejo social. In: BERGALLI, Robert (coord.). **Sistema penal y problemas sociales**. Valencia: Editora Tirant lo Blanch, 2003, p. 148.

como fito aumentar a lucratividade do industrial, desmotivavam os trabalhadores a engrossarem as fileiras das fábricas. De outra forma, decorrente da ausência de vagas, seguiam perambulando pelas ruas, realizando diversas pequenas e esporádicas tarefas aleatórias, o que trazia um certo incômodo para as classes burguesas, que compreendiam ser necessário evitar que esse “desvio” do sistema continuasse a persistir.

Segundo Pedro Fraile, na Europa, em cidades como Lyon, Toledo e Florença de 4% a 8% eram formados por pessoas neste nível de pobreza extrema entre os séculos XV e XVIII, nada tendo para sua manutenção. Os pobres conjunturais eram aqueles que embora tivessem salários, eram extremamente vulneráveis a crises econômicas e acredita-se que fossem 20% (vinte por cento) da população referida. Existiam, também, os pobres ocasionais que eram artesãos e pequenos comerciantes, que também sofriam as intempéries das crises⁹⁰. Nesse sentido, destaca:

[...] Em geral, as cidades espanholas confirmaram os números que consideramos aqui. Em Toledo, por volta de 1550, 25% da população era composta por mendigos ou vagabundos. Em lugares importantes, como Valladolid ou Medina, ao mesmo tempo, os pobres oficiais situavam-se entre 10 e 20%, o que sugere que o número real de necessitados que percorriam a cidade deve ter sido muito maior.^{91,92}

Importante é pensar que a ideia de bons costumes, debatida no florescer das cidades industriais – cenário social que inspirou o nascimento da ciência política — tem uma materialização na Europa, sobretudo nos séculos XVI e XVII, sobretudo na obra do autor francês Nicolás Delamare, que representa muito bem a materialização de tal afirmativa, já que ele escreveu tratados sobre como deveria agir a polícia nas cidades francesas durante o reinado de Luís XIV.

Para além de uma política dos bons costumes que materializava o desejo pela busca de um padrão capitalista, é mister lembrar que a preocupação da cidade industrial também era permeada pela necessidade de o Estado proteger a saúde pública e zelar por ela – este próprio, um conceito ainda em construção — com a supervisão de matadouros, supermercados,

⁹⁰ MENDIGUREN, Pedro Fraile Pérez de. La organización del espacio y el control de los individuos. In: BERGALLI, Roberto (coord.). **Sistema Penal y Problemas Sociales**. Valencia: Editora Tirant lo Blanch, 2003, p. 167.

⁹¹ MENDIGUREN, Pedro Fraile Pérez de. La organización del espacio y el control de los individuos. In: BERGALLI, Roberto (coord.). **Sistema Penal y Problemas Sociales**. Valencia: Editora Tirant lo Blanch, 2003, p. 168.

⁹² No original em espanhol: En general, las ciudades españolas confirmaban las cifras que aquí hemos barajado. En Toledo, en torno a 1550, el 25% de la población estaba compuesto por mendigos os vagabundos. En lugares importantes, como Valladolid o Medina, en la misma época, los pobres oficiales eran entre un 10 y un 20%, lo que hace suponer que el número real de menesterosos que de ambulaban por la ciudad debía ser bastante superior.

depósitos, indústrias e outros espaços em que o descuido poderia levar à pestilência, descambando, também, para a questão do ordenamento do espaço urbano e da regulação das indústrias.

Interpreta-se que se buscava uma população trabalhadora submissa, no âmbito da cidade, distribuída espacialmente de modo a não demonstrar nenhuma espécie de perigo a qualquer membro da população. Assim pode-se dizer que foi a estratégia desenhada e efetivada por boa parte dos países europeus do mundo ocidental, tal como a Espanha.⁹³

Nesses termos,

[...] Durante os séculos XVII e XVIII reforçou-se uma linha regulamentar que obrigava os cidadãos a limpar ou retirar coisas da rua em determinados momentos, a acender as luzes no interior das suas casas para iluminar o exterior, inclusive propondo sua participação em minuciosos planos para eliminar os insetos. Com tudo isto, para além das óbvias melhorias higiénicas, outra necessidade foi satisfeita: conseguir uma população que, através de pequenos atos de obediência sistemática e aérea, se habituasse a aceitar a disciplina diária.^{94,95}

Com o aumento da divisão do trabalho, e também do número de fábricas, concomitante ao nascimento do que se denomina de proletariado, mudou-se, em parte, a dinâmica, já que os trabalhadores aos poucos passavam a se organizar, e não reivindicar apenas mudanças econômicas, mas também uma participação política e melhores condições de vida. Se, por um lado, os pobres mudavam suas reivindicações, a classe burguesa também se adaptava à nova realidade.

A burguesia pressionou o Estado por ação ferrenha aos descumpridores da ordem imposta, mas, ao mesmo tempo, buscou paliativos para evitar o escape de sua mão de obra, tal qual uma pretensa preocupação com assuntos como a mortalidade. Partindo de uma análise

⁹³ MENDIGUREN, Pedro Fraile Pérez de. La organización del espacio y el control de los individuos. In: BERGALLI, Roberto (coord.). **Sistema Penal y Problemas Sociales**. Valencia: Editora Tirant lo Blanch, 2003, p. 182.

⁹⁴ MENDIGUREN, Pedro Fraile Pérez de. La organización del espacio y el control de los individuos. In: BERGALLI, Roberto (coord.). **Sistema Penal y Problemas Sociales**. Valencia: Editora Tirant lo Blanch, 2003, p. 183.

⁹⁵ No original em espanhol: Se reforzó durante los siglos XVII y XVIII una línea reglamentista que obligaba a los ciudadanos a limpiar o a regar trozos de calle a determinadas horas, a encender luces en el interior de sus viviendas para iluminar el exterior, incluso se propuso su participación en minuciosos planes para eliminar los insectos. Con todo ello, además de a las evidentes mejoras higiénicas, se atendía a otra necesidad: conseguir una población que, a través de pequeños actos de obediencia sistemática y aerífica, se fuese acostumbrando a aceptar una disciplina cotidiana.

estatística, começou-se a analisar a questão da mortalidade e morbidade como uma questão do ambiente onde vivia a classe obreira.⁹⁶

O movimento higienista ganhou espaço nesse contexto, intimamente ligado ao saber médico, relacionando a enfermidade com o ambiente e pugnando para que houvesse a intervenção no último e ocorresse uma sociedade mais sadia, laboriosa e disciplinada.

Tomando-se como exemplo Barcelona, em 1860, se iniciou a reforma urbanística da cidade e, embora tal projeto não tenha sido executado na totalidade, buscava-se cortar a cidade antiga por quatro grandes vias, que, em sua maioria, passavam sobre bairros onde estava localizada a classe trabalhadora. O então engenheiro urbanístico contratado Ildefons Cerdà, tinha como objetivo principal facilitar o controle policial sobre a cidade, bem como facilitar o comércio têxtil, não abrindo mão da tônica de um proletariado saudável, trabalhador e que criasse poucos problemas.⁹⁷

Gabriel Ignácio Anitua — situando-se no século XIX — assevera que as medidas de controle que começaram a ser tomadas pela burguesia naquele momento buscavam compatibilizar o discurso liberal do contrato social com o desenvolvimento do capitalismo industrial. Em meio a essa busca pela compatibilidade, surgiu a figura do médico, que teria papel importante, pois justificaria a violência contra aqueles que eram portadores de anomalias, seres destoantes, justificando as medidas de segregação social para o bem deles e da sociedade.⁹⁸

A polícia passou a ocupar lugar central em nome de uma “profilaxia social” e o desenho urbano, bem como a política criminal, foi pensada pelo viés preventivo, para além das prisões como locais de castigo. A Medicina, nesse contexto, tinha um significado muito mais amplo, não tendo apenas por objetivo sanar as enfermidades, mas também estabelecer relações com a organização social. Os médicos poderiam auxiliar na elaboração e na aplicação das leis em “nome da saúde pública” que era o nome então dado à ordem social.⁹⁹

Como dito alhures, não era nova a prática de busca da ordem social, visto que a “ciência política” — conhecimento voltado ao controle das nações — já apresentava tais

⁹⁶ MENDIGUREN, Pedro Fraile Pérez de. La organización del espacio y el control de los individuos. In: BERGALLI, Roberto (coord.). **Sistema Penal y Problemas Sociales**. Valencia: Editora Tirant lo Blanch, 2003, p. 185.

⁹⁷ MENDIGUREN, Pedro Fraile Pérez de. La organización del espacio y el control de los individuos. In: BERGALLI, Roberto (coord.). **Sistema Penal y Problemas Sociales**. Valencia: Editora Tirant lo Blanch, 2003, p. 195.

⁹⁸ ANITUA, Gabriel Ignácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Tradução de Sérgio Lamarão. Coleção Pensamento Criminológico. Rio de Janeiro: Editora Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2008, p. 237.

⁹⁹ ANITUA, Gabriel Ignácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Tradução de Sérgio Lamarão. Coleção Pensamento Criminológico. Rio de Janeiro: Editora Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2008, p. 239.

questões desde o século XVI. Da mesma forma, não se pode olvidar a utilização da estatística. O número de nascimento e óbitos que outrora eram controlados pela Igreja, passaram à maioria dos Estados durante a Idade Moderna.

Neste contexto, as ideias de Thomas Malthus de controle de natalidade da população – com o alerta de não haver meios de sobrevivência para todos – influenciou decisivamente o chamado “Darwinismo Social”, que, por sua vez, resultou na proposta de uma defesa social utilitarista, na qual o indivíduo que delinque não mais é o ruptor do contrato social, mas é uma célula doente de um organismo que é a sociedade, devendo serem tomadas medidas de cura ou eliminação.¹⁰⁰

Os médicos/polícia/estatísticos voltaram os olhos para a cidade, de modo a enxergar as mais diversas patologias; as cidades eram o espaço da pestilência, e deveriam ser “limpas” da vagabundagem, da prostituição, disfarçando com tal faxina a manutenção da ordem social burguesa. Não se pode negligenciar que, nesse contexto, a ciência médica andava de braços dados com o planejamento urbano; tal como dito sobre Barcelona, Paris também foi remodelada e, do mesmo modo, a cidade com características medievais ganhou avenidas. Londres, igualmente, foi remodelada, de modo a ganhar espaços de ar puro e de recreação, do mesmo modo que evitaria que rebeliões populares e ocultamento de indivíduos suspeitos.¹⁰¹

O discurso higienista era carregado de moralidade, combatendo, por exemplo, o fato social da prostituição, compreendido como um mal que deveria ser ceifado em razão da proliferação de doenças, assim como a vadiagem e a delinquência. Assim, mediante padrões médicos, instituiu-se uma normalidade a ser seguida por todos, mas seria uma normalidade que não levava em consideração as variações políticas, étnicas, religiosas. Criou-se um padrão burguês de conduta; assim também como foram criados os espaços de cura que eram os hospitais psiquiátricos.

Essa preocupação com a salubridade, com a moralidade, com a civilidade, do homem burguês foi elemento fundamental para que as teorias racistas — já bastante difundidas, inclusive na Idade Média — ganhassem força no século XIX, servindo de justificativa para uma superioridade do homem branco. Dessa forma, com a publicação da obra “A Origem das Espécies” de Charles Darwin, em 24 de novembro de 1859, desenvolveu-se uma certa leitura de fortes conotações e aplicações políticas — o darwinismo social — que consegue materializar

¹⁰⁰ ANITUA, Gabriel Ignácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Tradução de Sérgio Lamarão. Coleção Pensamento Criminológico. Rio de Janeiro: Editora Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2008, p. 242.

¹⁰¹ ANITUA, Gabriel Ignácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Tradução de Sérgio Lamarão. Coleção Pensamento Criminológico. Rio de Janeiro: Editora Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2008, p. 243.

o pensamento que circulava naquele momento na Europa, e que tinha seus reflexos no mundo social e político.

Teorias advindas das ciências biológicas afirmavam ser as características externas reveladoras de características dos seres humanos; temos, então, no século XIX, o desenvolvimento da frenologia, com ela a delinquência passaria a ser relacionada às características físicas do indivíduo, podendo ser analisadas a partir do formato do crânio. Dessa forma, resta incontestemente que os homens não eram iguais, como afirmava o pensamento liberal, sendo então diferentes, era possível então haver tratativas distintas para os inferiores, como era o caso dos negros¹⁰².

No Brasil tivemos como importante expoente de tais teorias, Raimundo Nina Rodrigues (1862 a 1906), que foi um influente médico legista, psiquiatra e professor. Na obra “As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil”, publicada em 1894, relata a existência de diferenças biológicas na população brasileira que interferem na aplicação da pena, justamente pela alegação da não existência de um único estágio de desenvolvimento intelectual e moral no Brasil. Segundo o autor, deve-se observar que:

[...] O conflito – que se estabelece no seio do organismo social pela tendência a fazer, à força, iguais perante a lei e seus efeitos, raças realmente tão distintas e desiguais –, tem o seu símile e se deve realizar no seio do organismo individual, nos casos de mestiçamento em um mesmo indivíduo qualidades físicas, fisiológicas e psíquicas, não só distintas, mas ainda de valor muito diferente no ponto de vista do conceito evolutivo do aperfeiçoamento humano.¹⁰³

Abordando o fato social da mestiçagem do ponto de vista criminal, o referido autor informava que a criminalidade desses indivíduos se devia às características antropológicas do fenômeno no Brasil, de modo que a responsabilidade penal decorreria de três grupos distintos: os mestiços superiores, os mestiços degenerados e os mestiços comuns. O primeiro deveria ser considerado imputável o segundo dependendo de suas condições físicas ou mentais parcialmente ou totalmente responsável e o último deve ter sua responsabilidade atenuada.¹⁰⁴

[...] Que a cada fase da evolução social de um povo, e ainda melhor, a cada fase da evolução da humanidade, se comparam raças antropológicamente distintas, corresponde uma criminalidade própria, em harmonia e de acordo

¹⁰² ANITUA, Gabriel Ignácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Tradução de Sérgio Lamarão. Coleção Pensamento Criminológico. Rio de Janeiro: Editora Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2008, p. 246.

¹⁰³ RODRIGUES, Raymundo Nina. **As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2011, p. 53.

¹⁰⁴ RODRIGUES, Raymundo Nina. **As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2011, p. 71/72.

com o grau do seu desenvolvimento intelectual e moral. Que há impossibilidade material, orgânica, a que os representantes das fases inferiores da evolução social passem bruscamente em uma só geração, sem transição lenta e gradual, ao grau de cultura mental e social das fases superiores; que, portanto, perante as conclusões tanto da sociologia, como da psicologia moderna, o postulado da vontade livre como base da responsabilidade penal, só se pode discutir sem flagrante absurdo, quando for aplicável a uma agremiação social muito homogênea, chegada a um mesmo grau de cultura mental média.¹⁰⁵

Nessa feita, Nina Rodrigues, encarnando as teorias que como afirmado anteriormente, percorreram a Europa e o Brasil, demonstrava a necessidade de se criar uma legislação penal que levasse em consideração as diferenças biológicas entre indivíduos.

Ao contrário da exposição de Nina Rodrigues, que afirmava que o cruzamento entre raças seria condenável, temos Silvio Romero¹⁰⁶, político e jurista brasileiro, que entendia o mestiço como uma especificidade nacional, sendo a genuína formação histórica brasileira.

Não eram apenas os economicamente vulneráveis os indesejados do regime, assim como os leprosos no medievo, aqueles tidos como loucos compunham embarcações que os deixavam fora do seio social, uma espécie de controle dos indesejados, tal como representado por Hieronymus Bosch, na pintura “A Nau dos loucos (ou dos insensatos), referenciada por Michel Foucault na obra clássica, “A história da loucura”. Em consequência, eram segregados do restante, como se tal condição fosse um castigo divino àqueles que tinham comportamentos destoantes do restante dos cidadãos.

Abandonando as Naus, ou melhor, substituindo-as, a loucura passou, então, a dar espaço para as internações: o louco na sua razão desatinada, em seus devaneios, passou a escandalizar uma sociedade preocupada com o pensamento racional. Em tempos de pensamento cartesiano, fugir ao racional seria sinônimo de incapacidade para a vida na sociedade, de modo que o sujeito se tornava inapto para viver nessa sociedade.

Ao que indica Foucault, a Idade Moderna iria marcar esse desejo de internação, de retirar do seio social aqueles que não eram aptos à vida em sociedade:

[...] A internação é uma criação institucional própria ao século XVII. Ela assumiu, desde o início, uma amplitude que não lhe permite uma comparação com a prisão tal como esta era praticada na Idade Média. Como medida econômica e precaução social, ela tem valor de invenção. Mas na história do desatino, ela designa um evento decisivo: o momento em que a loucura é percebida no horizonte social da pobreza, da incapacidade para o trabalho, da

¹⁰⁵ RODRIGUES, Raymundo Nina. **As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2011, p. 12.

¹⁰⁶ ROMERO, Silvio. **O Brasil social e outros estudos sociológicos**. Brasília: Editora Senado Federal, Conselho Editorial, 2001, p. 101.

impossibilidade de integrar-se no grupo; o momento em que começa a inserir-se no texto dos problemas da cidade. As novas significações atribuídas à pobreza, a importância dada à obrigação do trabalho e todos os valores éticos a ele ligados determinam a experiência que se faz da loucura e modificam-lhe o sentido.¹⁰⁷

Foucault ensina que o louco também se torna espetáculo, seja dentro de do misticismo medieval, seja ante a ausência de racionalidade da Idade Moderna, ou até mesmo nos postulados do mundo do trabalho na Idade Contemporânea do século XIX, sendo apresentado quase como animal, enjaulado e posto no status de totalmente irracional.

A Psiquiatria surgiu, então, na tentativa de afastar todo o pensamento anterior no que se refere ao louco, buscando apresentar a loucura como uma patologia, de necessário tratamento, reivindicando para si algo que outrora estava lançado ao mundo místico e, por vezes, de uma medicina generalista.

João Frayze-Pereira¹⁰⁸ apresenta análise muito interessante sobre o tema, no sentido de pensar o contexto de formação da Psiquiatria:

[...] o que é originário no processo de constituição da loucura não é a Psiquiatria (tornada possível justamente a partir dele, isto é, *a posteriori*), mas o ato que criou a distância entre a razão e aquilo que a nega como tal, isto é, a não-razão. É desta ruptura que nos fala Foucault para mostrar que a loucura emerge da relação com uma razão que necessita dela (loucura) para existir como razão.¹⁰⁹

Em um viés bastante interessante, João Frayze-Pereira destaca que o século XIX apresenta a loucura ligada à Psicologia, como uma questão humana a ser enfrentada:

[...] No início do século do XIX a loucura é considerada uma desordem que se manifesta pelas maneiras de agir e sentir, pela vontade e liberdade do homem. Agora, não se diz de um homem-louco que ele perdeu a verdade, mas sua verdade. Isto significa que é atribuído à loucura um valor psicológico. Ela se torna o efeito psicológico de uma falta moral. A loucura não é ruptura com a humanidade, mas algo cuja verdade se esconde no interior da subjetividade humana. Nesse sentido, a loucura deixa de se referir ao não-ser e passa a designar o ser do homem. E, através desse redimensionamento do problema, a reflexão sobre a loucura torna-se uma reflexão sobre o homem.¹¹⁰

Retomando a visão de Foucault, o hospício seria é o reflexo das aspirações da sociedade burguesa, transferindo uma esfera familiar, normativa e jurídica para uma esfera

¹⁰⁷ FOUCAULT, Michel. **História da loucura**. Título do original em francês *Histoire de la Folie à l'Âge Classique*. Coleção Estudos Dirigida por J. Guinsburg. Tradução de José Teixeira Coelho Netto. São Paulo: Editora Perspectiva, 1972, p. 78.

¹⁰⁸ FRAYZE-PEREIRA, João. **O que é loucura**. São Paulo: Editora Abril Cultural/Brasiliense, 1985, p.46.

¹⁰⁹ FRAYZE-PEREIRA, João. **O que é loucura**. São Paulo: Editora Abril Cultural/Brasiliense, 1985, p.46.

¹¹⁰ FRAYZE-PEREIRA, João. **O que é loucura**. São Paulo: Editora Abril Cultural/Brasiliense, 1985, p.88.

micro, ou seja, um verdadeiro Estado, em que o louco é como uma criança, que ali está para reaprender os bons modos sociais.

Na promessa de cura da loucura, o sujeito então passa a ser internado, indo para asilos, e submetendo-se ao saber médico. Esses espaços passam a ser grandes “laboratórios”, onde a Psiquiatria buscaria a tão desejada cura para tal enfermidade que acometia a sociedade:

[...] Objeto constante de exclusão e reclusão. Nos manicômios, essa lógica tornou-se ainda mais prevalente, uma vez que, dentro de seus muros, o louco era constantemente exposto a maus tratos, violência, negligência, entre outras formas de ações desumanas em nome de tratamento psiquiátrico.¹¹¹

Pelo exposto, não foi sem violência e exclusão que a Razão se estabeleceu no cenário ocidental.¹¹² Com o passar do tempo e com o desenvolvimento dos conceitos médico-científicos, o enfoque diabólico foi descartado, prevalecendo a influência de Hipócrates e sua teoria patológica, na qual o delírio era marca da insanidade, sendo as perturbações intelectuais a condição principal para o diagnóstico da loucura. Assim, em 1801, inaugurou-se a Psiquiatria como especialidade médica a partir do Tratado Médico-Filosófico sobre Alienação Mental elaborado pelo médico reformador e humanista francês Philipp Pinel (1745-1826).

Pinel trouxe o diagnóstico implicado na observação prolongada, rigorosa e sistemática das transformações biológicas, mentais e sociais do paciente, que era realizada dentro no manicômio – que passou da condição de asilo onde se abriga, para a condição de cura/tratamento. Mas, apesar da rápida repercussão na Europa, a doutrina de Pinel foi logo ofuscada pelo emprego inadequado do tratamento, mas aumentou-se o interesse pela explicação e pelo tratamento da loucura a partir de modelos organicistas. Com a volta da visão organicista na prática psiquiátrica, o manicômio deixou de ser recurso terapêutico, e voltou a ser um instrumento de segregação social.

No Brasil, o primeiro manicômio/hospital psiquiátrico foi criado em 1852, o Hospício D. Pedro II, na cidade do Rio de Janeiro. E aos poucos foi-se estruturando, no Brasil, a figura do médico especializado em tais doenças da mente, chegando-se então, no século XX, à materialização da Psiquiatria no País.

Nesse contexto brasileiro, entende-se que, no final do século XIX, buscando a padronização de comportamentos humanos, a medicalização atingiu o campo criminal

¹¹¹ MEDEIROS, Nathássia Matias de; PEREIRA, Fernanda de Oliveira. Visão crítica da história da loucura na formação em Psicologia. *PSI UNISC*, v. 5, n. 1, p. 36-50, 2021.

¹¹² FIGUEIRÊDO, Marianna Lima de Rolemberg; DELEVATI, Dalnei Minuzzi; TAVARES, Marcelo Góes. Entre loucos e manicômios: História da loucura e a reforma psiquiátrica no Brasil. *Ciências Humanas e Sociais*, Maceió, v. 2, n. 2, p. 121-136, nov. 2014.

brasileiro, no que podemos chamar de medicalização do crime, que buscou, sobretudo, uma cura para o crime, por vezes, visto como uma patologia.

A classe médica no final do século XIX foi-se constituindo e reivindicando a seu poder de julgamento da responsabilidade ou não do infrator, de forma a sanar a existência da lacuna que existia entre sanidade e insanidade, retirando do mundo jurídico uma responsabilidade que ao que tudo parecia, estava muito mais ligada a questões fisiológicas e psíquicas que meramente jurídicas.

Em se tratando das escolas de Direito Penal, o debate na dogmática jurídico-penal do conceito da loucura era, na verdade, um entrave para a escola clássica de Direito Penal, pois surgia em meio à questão a indagação se o homem acometido de doença mental poderia ser portador do livre-arbítrio ou não; dessa sorte, interessante é lançar ao texto o artigo do Código Penal brasileiro de 1830, observar:

[...] Art. 10. Também não se julgarão criminosos:

1º Os menores de quatorze annos.

2º Os loucos de todo o gênero, salvo se tiverem lúcidos intervalos, e nelles commetterem o crime.¹¹³

Nota-se que o Código Criminal do Império do Brazil, de 1830, comportou um viés da Escola Clássica, de modo que os loucos não seriam julgados, a não ser que tivessem intervalos de lucidez, ou seja, se lhes pairasse, em algum momento, a razão. Maria Fernanda Tourinho Perez e Antônio Nery Filho, informam que, no período, não eram necessários especialistas para o reconhecimento das pessoas com doenças mentais, e o magistrado elaborava quesitos que eram respondidos diante o júri, que era quem deveria apreciar a decisão.¹¹⁴

Quanto à destinação de tais criminosos, esta era apresentada em seguida no artigo 12 do mesmo Código criminal, sendo: “Art. 12. Os loucos que tiverem commettido crimes, serão recolhidos ás casas para elles destinadas, ou entregues ás suas famílias, como ao Juiz parecer mais conveniente”.¹¹⁵ O dispositivo legal, não conseguia resolver a questão social, já que, por

¹¹³ BRASIL. Lei de 16 de dezembro de 1830. Manda executar o Código Criminal. **Coleção de Leis do Império do Brasil**, 7 jan. 1831, art. 10.

¹¹⁴ PERES, Maria Fernanda Tourinho; NERY FILHO, Antônio. A doença mental no Código Penal brasileiro: Inimputabilidade, irresponsabilidade, periculosidade e medida de segurança. **História, Ciências, Saúde-Manguinhos**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 2, p. 335-55, maio/ago. 2002, p. 337.

¹¹⁵ BRASIL. Lei de 16 de dezembro de 1830. Manda executar o Código Criminal. **Coleção de Leis do Império do Brasil**, 7 jan. 1831, art. 12.

vezes, os doentes mentais que perambulavam pelas ruas eram aqueles de pior condição social, de modo que, por vezes, eram levados preventivamente às cadeias ou à Santa Casa.¹¹⁶

Interessante anotar que se tem notícia dos primeiros asilos para acolhimento de tais pessoas, em 1852 do Rio de Janeiro, entretanto, não havia uma lei que regulamentasse a admissão dessas pessoas nesses asilos¹¹⁷, por vezes lançando a pessoas não profissionalizadas o poder de decisão sobre quem seria levado à internação.

No primeiro Código Penal da recém-instalada República no Brasil, datado de 1890, a questão da loucura e imputabilidade era assim prevista:

Art. 27. Não são criminosos:

§ 3º Os que por imbecilidade nativa, ou enfraquecimento senil, forem absolutamente incapazes de imputação;

§ 4º Os que se acharem em estado de completa privação de sentidos e de intelligencia no acto de commetter o crime.¹¹⁸

Dessa forma, a imputabilidade passou a ser régua para dizer se era ou não criminoso o indivíduo, de modo que não sendo imputável, não haveria medidas previstas no próprio Código sendo: “Art. 29. Os indivíduos isentos de culpabilidade em resultado de affecção mental serão entregues a suas famílias, ou recolhidos a hospitaes de alineados, si o seu estado mental assim exigir para segurança do público”.¹¹⁹

Pelo acima disposto, os loucos seriam lançados em hospitais de alienados, retirando-se do Judiciário o cuidado com eles, à medida que passariam a ter cuidados médicos necessários, ao mesmo tempo em que estariam fora da sociedade, afastando assim a possibilidade de cometimento de delitos.

Entende-se que o cerne da questão relativa ao primeiro Código Penal da República de 1890, era justamente tentar analisar quem estava realmente privado de suas atitudes durante o cometimento do crime, de modo a não ter condições de responder por tal atitude.

¹¹⁶ PERES, Maria Fernanda Tourinho; NERY FILHO, Antônio. A doença mental no Código Penal brasileiro: Inimputabilidade, irresponsabilidade, periculosidade e medida de segurança. **História, Ciências, Saúde-Manguinhos**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 2, p. 335-55, maio/ago. 2002, p. 337.

¹¹⁷ PERES, Maria Fernanda Tourinho; NERY FILHO, Antônio. A doença mental no Código Penal brasileiro: Inimputabilidade, irresponsabilidade, periculosidade e medida de segurança. **História, Ciências, Saúde-Manguinhos**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 2, p. 335-55, maio/ago. 2002, p. 338

¹¹⁸ BRASIL. Decreto n.º 847, de 11 de outubro de 1890. Promulga o Código Penal. **Coleção de Leis do Império do Brasil**, 12 dez. 1890, art. 27.

¹¹⁹ BRASIL. Decreto n.º 847, de 11 de outubro de 1890. Promulga o Código Penal. **Coleção de Leis do Império do Brasil**, 12 dez. 1890, art. 29.

Não se pode apartar dessa análise que o referido Código Penal não apresentava a questão da semi-imputabilidade e, ao se percorrer tal legislação, não se observa ainda a possibilidade de redução da culpabilidade ou aplicação diversa da pena. Tudo leva a crer que permitir penas menores àqueles que tinham imputabilidade reduzida, significaria afastar a essência da legislação que era retirar da sociedade estes indesejados.¹²⁰

A Psiquiatria brasileira é bastante recente, remontando o final do século XIX, com a presença dos primeiros especialistas; antes deste período, havia o que chamamos de alienistas, objeto de profunda análise crítica pelo literato brasileiro, Machado de Assis, em sua obra clássica, o conto “O alienista”¹²¹, publicada pela primeira vez ainda em 1882. Nesse sentido, a autora Kely Cristina Silva aponta:

[...] Deste modo, verifica-se que no transcorrer do século XIX, o saber e a prática psiquiátrica no Brasil passou a efetuar o controle e a consequente exclusão do louco, sob o argumento de que este representava um risco à sociedade, e que o tratamento que pressupõe ao isolamento deste, serviria mais para segregar esta classe, do que minorar seu sofrimento.¹²²

Importante é observar que, possivelmente, a primeira legislação no Brasil a tratar sobre o tema da assistência aos alienados no século XX é o decreto n.º 1.132, de 22 de dezembro de 1903, que apresenta posicionamento interessante:

[...] Art. 1º O individuo que, por molestia mental, congenita ou adquirida, comprometer a ordem pública ou a segurança das pessoas, será recolhido a um estabelecimento de alienados. § 1º A reclusão, porém, só se tornará effectiva em estabelecimento dessa espécie, quer publico, quer particular, depois de provada a alienação. § 2º Si a ordem publica exigir a internação de um alienado, será provisoria sua admissão em asylo publico ou particular, devendo o director do estabelecimento, dentro em 24 horas, communicar ao juiz competente a admissão do enfermo e relatar-lhe todo o occorrido a respeito, instruindo o relatorio com a observação medica que houver sido feita.

A criação de tal lei foi assessorada pelo então primeiro catedrático de Psiquiatria da Faculdade de Medicina do Rio de Janeiro — anteriormente diretor sanitário do hospício D. Pedro II - João Carlos Teixeira Brandão, que então deputado, foi relator do projeto que buscava organizar as questões de políticas públicas sobre alienados.

¹²⁰ SILVA, Kely Cristina da. **Crime e loucura**: A instituição das medidas de segurança pessoais detentivas no manicômio judiciário Maurício Cardoso (1941 1943). 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, 2020, p. 34.

¹²¹ ASSIS, Machado. **O alienista**. São Paulo: Editora Ática, 2000.

¹²² SILVA, Kely Cristina da. **Crime e loucura**: A instituição das medidas de segurança pessoais detentivas no manicômio judiciário Maurício Cardoso (1941 1943). 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, 2020, p. 37.

João Carlos Teixeira Brandão ficou conhecido como o “Pinel” brasileiro, sendo de suma importância para o fomento dos serviços estatais ofertados aos alienados e grande defensor de legislações voltadas para essa classe, em especial, ao destacar a importância da laicidade dos espaços para tratamentos.

Interessante é que o decreto de 1903, alhures citado, apresentava a possibilidade de internação administrativa daquele tido como portador de doença mental, por autoridade pública ou por particular, devendo, então, após a admissão informar o juiz competente da circunscrição.

O decreto evidenciava a necessidade de denúncia ministerial em todos os casos em que os alienados fossem autores e estivessem relacionados a violência e atentado ao pudor; não podendo haver o encarceramento em prisões comuns, devendo ficar o réu alojado em asilo especialmente criado, ou pavilhão específico.¹²³

Partindo de uma perspectiva economicista, o decreto deixa destacada a impossibilidade de os doentes mentais gerirem seus bens, sem que houvesse a existência da figura do curador, afastando-se qualquer possibilidade de interferência do tratamento que seria por um médico especialista.

Não se pode negligenciar, ainda, que uma onde higienista ganhou força no Brasil, como anteriormente superficialmente foi tratado, de modo que, em 1921, o decreto n.º 4.294, de 6 de julho de 1921 permitia a internação compulsória de alcoólatras para fim de tratamento, por entender-se, possivelmente, que o uso excessivo de álcool afeta o caráter moral do indivíduo.

Em 1934, um novo decreto foi criado em relação ao tema no Governo de Getúlio Vargas, em que se pode observar que a lei não apresenta mais a denominação alienado, referindo-se aos doentes como psicopatas, importante é trazer ao texto o artigo de lei:

Art. 1º A Assistência a Psicopatas e Profilaxia Mental terá por fim:

- a) Proporcionar aos psicopatas tratamento e proteção legal;
- b) dar amparo médico e social, não só aos predispostos a doenças mentais como também aos egressos dos estabelecimentos psiquiátricos;

¹²³ E' proibido manter alienados em cadeias públicas ou entre criminosos. Paragrapho único. Onde quer que não exista hospício, a autoridade competente fará alojar o alienado em casa expressamente destinada a esse fim, até que possa ser transportado para algum estabelecimento especial (BRASIL, 1903, art. 10).

c) concorrer para a realização da higiene psíquica em geral e da profilaxia das psicopatias em especial.¹²⁴

No caso acima descrito, é interessante destacar que permanece a possibilidade de a internação ser feita tanto por ordem judicial, como por requisição de autoridade policial. Da mesma forma, o artigo 11 do citado Decreto informa que pode haver a internação:

b) a pedido do próprio paciente ou por solicitação do conjuge, pai ou filho ou parente até o 4º grau inclusive, e, na sua falta, pelo curador, tutor, diretor de hospital civil ou militar, diretor ou presidente de qualquer sociedade de assistência social, leiga ou religiosa, chefe do dispensário psiquiátrico ou ainda por algum interessado, declarando a natureza das suas relações com o doente e as razões determinantes da sua solicitação.¹²⁵

Pela análise do decreto, observa-se que havia uma preocupação em legitimar a escolha legal do hospital psiquiátrico como a melhor alternativa, visto que era a regra, sendo o tratamento extra-hospitalar a exceção. Quando analisado o decreto, é interessante observar que houve a formação de um forte elo entre a medicina e o Direito, como se pode constatar pela análise do artigo 2.º do referido decreto, que prevê a instituição de um conselho de proteção aos psicopatas, no qual se prevê que em sua formação tenha tanto médicos como advogados membros da Ordem dos Advogados do Brasil.¹²⁶ O doente mental passou, então, ao status de perigo social, e a sua internação não estava condicionada à gravidade da doença que detém, mas à gravidade do delito que ele efetivou.

Como acréscimo, tenha-se a importante análise é de Maria Lúcia Duriguetto sobre a criminalização das classes subalternas no espaço urbano.¹²⁷ Para a autora, os movimentos sociais fazem parte do processo histórico de desenvolvimento do capitalismo e, dessa forma,

¹²⁴ BRASIL. Decreto n.º 24.559, de 3 de julho de 1934. Dispõe sobre a profilaxia mental, a assistência e proteção à pessoa e aos bens dos psicopatas, a fiscalização dos serviços psiquiátricos e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, 3 jul. 1934, art. 1º.

¹²⁵ BRASIL. Decreto n.º 24.559, de 3 de julho de 1934. Dispõe sobre a profilaxia mental, a assistência e proteção à pessoa e aos bens dos psicopatas, a fiscalização dos serviços psiquiátricos e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, 3 jul. 1934, art. 11.

¹²⁶ Art. 2º Fica instituído um Conselho de Proteção aos Psicopatas, com os seguintes membros: um dos Juizes de Órfãos, o Juiz de Menores, o chefe de Polícia do Distrito Federal, o diretor geral da Assistência a Psicopatas e Profilaxia Mental, o psiquiatra diretor do Serviço de Profilaxia Mental, os professores catedráticos das Clínicas Psiquiátrica, Neurológica, de Medicina Legal, Medicina Pública e Higiene, da Universidade do Rio de Janeiro, um representante do Instituto da Ordem dos Advogados, por este escolhido, um representante da Assistência Judiciária por ela indicado, e cinco representantes de Instituições privadas de assistência social, dos quais um será o presidente da Liga Brasileira de Higiene Mental e os demais designados pelo Ministro da Educação e Saúde Pública (BRASIL, 1934, art. 2º).

¹²⁷ DURIGUETTO, Maria Lúcia. Criminalização das classes subalternas no espaço urbano e ações profissionais do Serviço Social. **Serviço Social & Sociedade**, São Paulo, n. 128, p. 104-122, jan./abr. 2017, p. 102.

assevera a autora que a punição dos pobres é um movimento orquestrado pelos Estados, na tentativa de barrar a expressão das desigualdades sociais.¹²⁸

Ao se buscar associar a pobreza à questão da criminalidade, a dogmática jurídica liberal, sem sombra de dúvidas, buscava eliminar a expressão daqueles que estavam às margens das benesses do sistema capitalista:

[...] Na processualidade histórica do desenvolvimento e expansão da acumulação capitalista, tornou-se um fenômeno ineliminável do Estado para a manutenção da exploração e da dominação da burguesia sobre os trabalhadores. O uso de medidas punitivas e repressivas foi, assim, desde sua origem marcadamente seletivo e classista, tendo sua base ideológica em determinadas “teorias científicas”, que afirmavam e difundiam que o crime é próprio dos estratos mais precarizados da sociedade, como as teorias racistas, das quais o darwinismo social e o movimento eugênico foram.

Os manicômios, as prisões, bem como a segregação territorial urbana, com o lançamento dos indesejados para bairros longínquos, nada mais eram que um espaço destinado àqueles que, de uma forma ou de outra, não se enquadraram nos ditames do sistema, portanto, eram tidos como perigosos, e ali deviam ficar, por representarem o que não deveria ser exposto.

Em meio às questões apontadas, no que tange à difusão da concepção higienista, a não aceitação daqueles tidos como não pertencentes à sociedade, demonstrando a existência do Darwinismo Social, demonstra-se que existia uma severa mudança no pensamento do período de modo a haver uma preocupação da sociedade como sendo um organismo, todo organizado, e os destoantes deveriam ser “curados” ou extirpados.

Em meio a essa situação, como já afirmado, no meio jurídico surgiu o Positivismo criminológico, em oposição aos postulados da Escola Clássica. Naquele momento, o foco não mais seria a punição do indivíduo por ser detentor do livre-arbítrio e agir em desacordo da lei, mas a neutralização dos indivíduos considerados perigosos para a ordem social por meio de medidas legais pertinentes. Dessa forma torna-se importante pensar os pais do Positivismo criminológico, para entendermos um pouco de suas teorias, e compreender ainda a sua intensa preocupação com a defesa social, já que o Direito Penal seria instrumento desta.

¹²⁸ DURIGUETTO, Maria Lúcia. Criminalização das classes subalternas no espaço urbano e ações profissionais do Serviço Social. **Serviço Social & Sociedade**, São Paulo, n. 128, p. 104-122, jan./abr. 2017, p. 105.

2.1.3 A abordagem científico-positivista do crime e do criminoso nos pioneiros Enrico Ferri (1856-1929), Césare Lombroso (1835-1909) e Raffaele Garofalo (1851-1934)

Existe aqui um liame entre o item anterior que merece ser destacado, antes de dissertar sobre os clássicos do Positivismo Jurídico. Trata-se da necessidade de não negligenciar o fundamento do surgimento da Criminologia que teve tais autores como fundadores.

Para Anitua, o surgimento do termo “criminologia” está intimamente relacionado à busca por explicar o comportamento desviado do homem que o levaria a delinquir. Por meio de uma pretensão científica e racional, buscava-se a elaboração de teorias que justificassem a existência de raças inferiores e superiores, como outrora foi feito no medievo.¹²⁹

Baseando-se nas características dos pobres homens que iam para o calabouço, os positivistas criaram um padrão de homem perigoso. Dessas análises surgiu a Criminologia, muito mais ligada a um pensamento conservador do que progressista, dado o fato que surgiu no apogeu da era da expansão capitalista imperialista, que tinha o racismo como justificativa essencial, já que a superioridade do homem branco era seu grande mote.

Erick J. Hobsbawn, tratando o contexto de 1875-1914, em seu *Era dos Impérios*, informa que, em se tratando do ocidente europeu, no período a Biologia atingiu diretamente o homem social, sob a forma de racismo; a burguesia teoricamente igualitária passaria, então, a lançar o problema das desigualdades humanas na natureza e, nesse sentido leciona:

[...] Os pobres eram pobres por terem nascido inferiores. Assim a Biologia não era só potencialmente a ciência da direita política, como a ciência daqueles que desconfiavam da ciência, da razão e do progresso. (...) E as vinculações entre biologia e ideologia são particularmente evidentes entre o intercâmbio entre eugenia e a nova ciência da “genética” que veio à luz em 1900¹³⁰.

A Eugenia, que antes utilizada na agricultura e na pecuária em termos de cruzamentos, passou a ser um movimento político, composto, em sua esmagadora maioria, por membros da burguesia; os mais extremados acreditavam que as melhorias das condições do homem e da sociedade só poderia ocorrer pelo aprimoramento genético, devendo ser incentivadas as estirpes humanas de valor, relacionadas à burguesia, e os indesejados deveriam ser eliminados, sendo estes em grande medida, pobres, estrangeiros e colonizados¹³¹.

¹²⁹ ANITUA, Gabriel Ignácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Tradução de Sérgio Lamarão. Coleção Pensamento Criminológico. Rio de Janeiro: Editora Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2008, p. 298.

¹³⁰ HOBBSAWN, Eric J. **A era dos Impérios 1875-1914**. Tradução de Sieni Maria Campos e Yolanda Steidel de Toledo. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 2005, p. 351.

¹³¹ HOBBSAWN, Eric J. **A era dos Impérios 1875-1914**. Tradução de Sieni Maria Campos e Yolanda Steidel de Toledo. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 2005, p. 352.

A cientificidade dada à eugenia nos anos de 1900 e a possibilidade da exclusão das influências ambientais na formação do indivíduo, promovendo ainda soluções biológicas em detrimento das socialistas, denota a forte relação com a política, inclusive com a questão do evolucionismo, que novamente desembocava na possibilidade de formação de uma sociedade constituída por um seletivo grupo¹³².

“De acordo com a nova disciplina, haveria um suporte científico para adequar às penas às necessidades sociais de defesa, mas também às características de cada delinquente”, assim não era punir pela lei, mas buscar um tratamento, necessitando assim o ser desviante, de ser mergulhado no mundo da medicina.¹³³

Nesse contexto, pode-se pensar na Escola Positivista Italiana, os nomes que são seus pilares são Cesare Lombroso (1835-1909), Enrico Ferri (1856-1929) e Raffaele Garofalo (1851-1934): o primeiro com um aspecto mais antropológico, o segundo com feição sociológica e o terceiro com um viés moral psicológico.

Lombroso é o autor italiano que iniciou seus trabalhos na cidade de Pesaro, como diretor de um manicômio ao qual dedicava boa parte de seu tempo. Em razão de seu interesse pela Psiquiatria, foi nomeado como médico da penitenciária de Turim, na mesma cidade em que se tornou catedrático da Faculdade de Medicina, que ele apenas abandonou no final de sua vida.¹³⁴

Césare Lombroso é considerado o fundador da Criminologia graças à sua obra “O homem delinquente”, de 1876. Nessa obra, o autor traça as características principais do delinquente, preocupando-se com suas características físicas e afastando-se do que se entende por delinquência. A princípio tem-se que o médico italiano Césare Lombroso buscou apurar sua teoria na busca da construção do fenótipo do homem perigoso, que sofria de um defeito biológico denominado atavismo, que o tornava diferente de todos os outros tido como normais.

Importante salientar que, muito embora a teoria de Lombroso tivesse gozado de grande sucesso, e inclusive se houvesse arraigado ao senso comum e encontrado diversos adeptos, as críticas eram muito comuns, principalmente no que tange ao estabelecimento ao caráter reducionista de delinquente ligado ao atavismo.

¹³² HOBBSAWN, Eric J. **A era dos Impérios 1875-1914**. Tradução de Sieni Maria Campos e Yolanda Steidel de Toledo. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 2005, p. 353.

¹³³ ANITUA, Gabriel Ignácio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Tradução de Sérgio Lamarão. Coleção Pensamento Criminológico. Rio de Janeiro: Editora Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2008, p. 299.

¹³⁴ LOMBROSO, Césare. **O homem delinquente**. Tradução de Sebastião José Roque. Coleção fundamentos de Direito. São Paulo: Editora Ícone, 2007, p. 1.

Segundo Anitua, o próprio Lombroso reconheceu em vida a fragilidade de sua teoria, ampliando assim o que outrora ficara muito restrito ao atavismo. Em seu livro póstumo, “O delito, suas causas e seus remédios”, o autor apresenta a possibilidade de influências externas, tais como condições geográficas, culturais, idade, condições econômicas entre outras, como condicionantes outros do delito.¹³⁵

Ferri, em seu importante estudo, leciona que a responsabilidade penal não está lançada à questão do livre-arbítrio, existe algo muito mais além, pois seria a tirania fatal do organismo humano e o meio exterior que o fazem cometer crimes.

[...] Quando a sociedade, como pessoa, como corpo coletivo vivo, repele o ataque de um inimigo invasor, então estamos no caso de defesa pessoal exercida diretamente, como quando o indivíduo se livra de um ladrão na estrada; e não é estritamente falando uma questão de lei punitiva, mas de um caso de guerra defensiva. É o que também ocorre no caso de um agente da força pública se opor, em nome da sociedade, a uma agressão direta dirigida a um ou vários indivíduos.^{136,137}

Para Ferri, a justiça penal não deve servir a função outra que as condições de existência social, visto que não tem a função repressiva, mas, sim, a função preservativa inerente a todo o organismo social, observa-se:

[...] A sociedade, pelo contrário, enquanto organismo colectivo e permanente, sofre todos os dias e a todas as horas, nessa ou naquela parte do seu todo, contínuas e ininterruptas agressões criminosas, sob a forma de homicídios, roubos, falsificações, violações, incêndios criminosos, etc. (1). Pode-se dizer, portanto, sem exagero, que para ela a agressão está sempre presente e iminente, que ela tem verdadeiramente esta condição fundamental de legítima defesa de seus atos repressivos: de modo que ela apenas exerce, repetimos mais uma vez, uma função preservadora inerente à todos os organismos sociais.^{138,139}

¹³⁵ ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Tradução de Sérgio Lamarão. Coleção Pensamento Criminológico. Rio de Janeiro: Editora Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2008, p. 306.

¹³⁶ FERRI, Enrico. **Sociologia criminal**. Versión española por Antonio Soto y Hernández. Tomo Primeiro. Madri: Centro Editorial de Góngora, 2004, p. 45.

¹³⁷ No original em espanhol: Cuando la sociedad, en calidad de persona, de cuerpo colectivo viviente, rechaza el ataque de un invasor enemigo, entonces estamos en el caso de la defensa personal directamente ejercitada, como cuando el individuo se desembaraza de un ladrón de camino; y no se trata propiamente hablando del derecho punitivo, sino de un caso de guerra defensiva. Es lo que acontece también en el supuesto de que un agente de la fuerza pública se oponga en nombre de la sociedad, a una agresión directa dirigida hacia uno o varios individuos.

¹³⁸ FERRI, Enrico. **Sociologia criminal**. Versión española por Antonio Soto y Hernández. Tomo Primeiro. Madri: Centro Editorial de Góngora, 2004, p. 47.

¹³⁹ No original em espanhol: La sociedad, por el contrario, como organismo colectivo y permanente, sufre todos los días y a todas horas, en tal o cual parte de su conjunto, agresiones criminales continuas, no interrumpidas, bajo la forma de homicidios, robos, falsificaciones, violaciones, incendios, etc. (1). Se puede, pues, decir, sin exagerar, que para ella la agresión es siempre actual e inminente, que ella tiene verdaderamente para sus actos

Segundo Ferri, as leis menos eficazes para combater os delitos são as leis penais, da mesma forma, para impedir os desdobramentos dos crimes, têm muito mais força as reformas sociais do que o Direito Penal. Comparando a sociedade a um organismo, o Direito Penal seria tratado como uma intervenção cirúrgica brusca, ou um remédio de eficácia insegura, de modo que o melhor caminho seriam os serviços seguros e contínuos da higiene.¹⁴⁰

Continua o autor discorrendo que existe uma diferença entre prevenção da polícia e a prevenção social: a primeira busca impedir a transgressão que já se encontra em execução por meio da coação, da repressão, conseguindo apenas provocar novos delitos; já a prevenção social busca minar os primeiros germes do delito, investigando os fatores antropológicos, físicos e sociais do fenômeno criminal, e o combate por meios indiretos com mecanismos psicológicos e sociológicos.¹⁴¹

Os fatos criminosos são naturais, em virtude do meio físico e social, relacionado a tendências hereditárias e adquiridas, assim como muito além da lei penal, o que influi na ordem social são leis econômicas, administrativas e civis. Para a redução da criminalidade não deve ser a barbárie da lei penal o caminho a ser seguido, mas a prevenção que coloque em primeira linha a defesa da sociedade contra o criminoso.

[...] Por isso, disse na introdução, que a inovação trazida pela escola penal positiva não se limita a uma simples aliança do Direito Criminal e Penal com a Antropologia e a Estatística criminal; Antes, trata-se, na verdade, de uma reforma radical do método e do corpo científico, que se desdobra na nova ciência da Sociologia Criminal, da qual, por um lado, a Antropologia (para o estudo dos fatos orgânicos e dos fatos psíquicos) e a Estatística Criminal, e o Direito Penal e penal, por outro, nada mais são do que capítulos especiais.
142,143

Para Ferri, a Escola Clássica levou o delito à condição abstrata, retira-o da realidade natural que é seu campo próprio. Assevera ainda que é um absurdo afastar os fatores individuais

represivos esta condición fundamental de la legítima defensa: de suerte que sólo ejerce lo repetimos una vez más, una función preservativa inherente a todo organismo social.

¹⁴⁰ FERRI, Enrico. **Sociologia criminal**. Versión española por Antonio Soto y Hernández. Tomo Primeiro. Madri: Centro Editorial de Góngora, 2004, p. 336.

¹⁴¹ FERRI, Enrico. **Sociologia criminal**. Versión española por Antonio Soto y Hernández. Tomo Primeiro. Madri: Centro Editorial de Góngora, 2004, p. 341.

¹⁴² FERRI, Enrico. **Sociologia criminal**. Versión española por Antonio Soto y Hernández. Tomo Primeiro. Madri: Centro Editorial de Góngora, 2004, p. 336.

¹⁴³ No original em espanhol: Por este motivo decía, en la introducción, que la innovación aportada por la escuela criminal positiva, no se limita a una simple alianza del derecho criminal y penal con la antropología y la estadística criminales; sino que es en realidad una reforma radical de método y de organismo científico, que se despliega en la ciencia nueva de la Sociología criminal de la que, la antropología (para el estudio de los hechos orgánicos y de los hechos psíquicos) y la estadística criminal, de una parte, y de otra el derecho criminal y penal, no son más que capítulos especiales.

do delito de seus fatores sociais, da mesma forma que separar seu aspecto natural e social do aspecto jurídico.¹⁴⁴

A aposta na pena feita pelos clássicos demonstrou o seu fracasso, à medida que a reincidência é algo incontestado, a Justiça Penal deveria ganhar uma função de prevenção contra a enfermidade do crime e confiar muito mais nas medidas de prevenção social do que na violência e na pressão, atacando os efeitos, e nunca as causas¹⁴⁵. Assim, medidas de defesa social deveriam ser tomadas:

[...] As medidas de defesa social deveriam reduzir-se à reparação do dano (para crimes menores, os mais numerosos sem comparação, cometidos por motivos desculpáveis e por criminosos menos anormais), ou isolamento por tempo indeterminado em asilos e colônias penais, com uma disciplina diferenciada de acordo com as diversas categorias antropológicas dos isolados.^{146,147}

No mesmo sentido crítico à Escola Clássica, Rafele Garofalo, jurista italiano, em sua obra denominada “Criminologia” informa que, até o momento de sua escrita, não houve uma preocupação com o conceito de delito, apenas uma série de especulações inaplicáveis à formação da legislação penal.¹⁴⁸

Garofalo alerta que existem dois sentimentos essenciais ao ser humano a piedade e a probidade, que são essenciais ao desenvolvimento de uma civilização. A violação desses sentimentos faz com que surja a figura do delinquent natural. Quando se viola a piedade, temos os delitos contra a vida e a saúde; em se tratando de probidade, temos os que violam a propriedade.

Os inimigos naturais seriam aqueles carecedores dos sentimentos abordados anteriormente, quanto a esses não haveria possibilidade de recuperação. Para Anitua, é Garofalo o verdadeiro criador da noção de “periculosidade” tão cara ao Positivismo, de modo que a pena

¹⁴⁴ FERRI, Enrico. **Sociologia criminal**. Versión española por Antonio Soto y Hernández. Tomo Primeiro. Madri: Centro Editorial de Góngora, 2004, p. 339.

¹⁴⁵ FERRI, Enrico. **Sociologia criminal**. Versión española por Antonio Soto y Hernández. Tomo Primeiro. Madri: Centro Editorial de Góngora, 2004, p. 347.

¹⁴⁶ FERRI, Enrico. **Sociologia criminal**. Versión española por Antonio Soto y Hernández. Tomo Primeiro. Madri: Centro Editorial de Góngora, 2004, p. 348.

¹⁴⁷ No original em espanhol: Las medidas de defensa social deben reducirse a la reparación del daño (para los delitos leves, los más numerosos sin comparación, que han sido cometidos por motivos excusables y por delincuentes menos anormales), o al aislamiento por tiempo indeterminado en manicomios criminales y en colonias agrícolas, con una disciplina diferente según las diversas categorías antropológicas de los aislados.

¹⁴⁸ GAROFALO, Rafele. **Criminologia**. Tradução de Daniele Maria Gonzaga. Campinas: Editora Péritas, 1997, p. 9.

não deveria ser a retribuição do dano causado, mas deveria ser medida de acordo com o grau de periculosidade do sujeito.

Esses pensadores foram traduzidos para diversas partes do mundo e, aos poucos foram-se configurando novos conceitos paradigmáticos, tal como a do “homem perigoso sem delito”, que deveria ser controlado previamente à prática de qualquer delito, como medida de defesa social:

[...] Ademais, os outros positivistas foram mais além do estritamente penal para descobrir o que chamavam de “estado perigoso sem delito”, que deveria ser controlado como medida de defesa social. Esse “estado” estava presente naquilo que passaram a chamar de *mala vita*, que incluía a mendicidade, a prostituição, o jogo, as religiões não oficiais, a toxicomania, e tudo aquilo que não se adequasse ao modo de vida burguês ou ao seu similar de imitação.^{149, 150}

Com o termo “má vida” o que se buscava era conceituar uma gama de pessoas que estavam fora do padrão da burguesia do final do século XIX, início do século XX, bem como do mundo do trabalho, de modo a justificar a marginalização, a submissão, o tratamento e o afastamento desse grupo de “indesejados”. Para tanto, nada melhor que estigmatizá-los com o atavismo e desprovidos de sentimentos – esse último, algo tão caro à sociedade burguesa romântica, elementos dos quais a sociedade deveria ser defendida.

2.2 OS DEBATES ENCAMPADOS PELAS ESCOLAS PENAIS NO BRASIL E NA ESPANHA NAS DÉCADAS DE 1920 E 1930

Para melhor compreensão, optou-se pela divisão do capítulo em seções e, nessa, primeiramente será tratado um panorama sucinto do Brasil na década de 1920 e 1930 e, posteriormente, de maneira espelhada, buscar-se-á o mesmo com a Espanha. O que se desejou, ao final, foi traçar a existência de um cenário político e social que permitiu o surgimento de legislações e de teorias que, de um modo ou de outro, pudessem sustentar o que, em cada um dos países, se poderia pensar em uma teoria da defesa social, baseada, sobretudo, no Positivismo Jurídico criminológico.

¹⁴⁹ ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Tradução de Sérgio Lamarão. Coleção Pensamento Criminológico. Rio de Janeiro: Editora Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2008, p. 315.

¹⁵⁰ Tem-se obras como a de Alfredo Nicéforo e Scipio Sighele, *A má vida em Roma*, 1898. *A má vida em Palermo*, de Antonino Cutrera. *A má vida em Buenos Aires*, de Eusebio Gómez. *A má vida em Madri*, de Constâncio Bernaldo de Quirós. O livro *Os negros trabalhadores*, de Fernando Ortiz, relatando a má vida em Sevilha e Havana.

2.2.1 Breves apontamentos históricos sobre o contexto histórico do Brasil da década de 1920 e 1930 e a questão da pobreza

É necessário, neste momento, relembrar ensinamentos do historiador português Antônio Manuel Hespanha. Segundo esse autor, deve-se considerar a própria produção do Direito como um processo social, não dependendo apenas da

[...] capacidade de cada jurista para pensar, imaginar ou inventar, mas de um complexo que envolve, no limite, toda a sociedade, desde a organização da escola aos sistemas de comunicação intelectual, à organização da justiça, à sensibilidade jurídica dominante e muito mais.¹⁵¹

Pensar a produção do Direito, como dito alhures, é bastante complexo, pois existe uma série de influências que podem interferir em tal, de modo que se trata de desafio árduo. Entende-se importante, antes do debate central do tema – escolas penais – por tratar-se de um trabalho de História jurídica, apresentar um breve apanhado do contexto histórico/político/social¹⁵², não o considerando como elemento central, mas como pano de fundo, o que é feito nos parágrafos que se seguem.

O Brasil de então, vivenciando a transição entre do século XIX para o século XX, apresentava-se com a recente proclamação de sua República¹⁵³ e composto por uma população marcada por profundas desigualdades sociais, a saber: ex-escravos, trabalhadores mestiços pobres e uma série de marginalizados sociais, como mães solteiras, crianças e adolescentes abandonados, que ocupavam boa parte do espaço urbano brasileiro, em busca de conseguir trabalho e manutenção da sobrevivência. Esse era, em suma, o panorama brasileiro das duas primeiras décadas do século XX, situado no período histórico conhecido no Brasil como Primeira República (1889-1930).

No pensamento da cúpula política na época, urgia:

¹⁵¹ HESPANHA, Antônio Manuel. **A cultura jurídica europeia: Síntese de um milênio**. Coimbra: Editora Almedina, 2012, p. 27.

¹⁵² O enfoque social trabalhado na tese está relacionado à questão da classe trabalhadora, em meio ao processo de industrialização de ambos os países, como é o caso brasileiro pós-abolição da escravatura, transição para a mão de obra livre atrelada ao processo industrial. Na Espanha, também, o foco foi pensar a classe trabalhadora urbana e os instrumentos estatais utilizados para a punição dos indesejados. Reafirma-se: não se teve a intenção de uma análise ampla do tema, o que se propõe é um olhar inicial para, posteriormente, entender a contextualização das teorias das escolas penais.

¹⁵³ A Proclamação da República Brasileira ocorreu em 15 de novembro de 1889. Tratou-se de um processo marcado pela não participação popular, ou seja, não foi democrático, realizado, em boa parte, por militares brasileiros e setores da sociedade civil interessados com o fim da monarquia, como as lideranças agrárias regionais e incipiente empresariado urbano, ambos em busca de novas oportunidades econômicas junto ao novo poder.

[...] civilizar o País, modernizá-lo, espelhando nas grandes potências industriais e democratizadas, sobretudo aos moldes da América do Norte e das grandes potências europeias, havia um ideal de ruptura com o passado, no sentido de aproximar o Brasil do progresso, com a consolidação de grandes metrópoles.¹⁵⁴

Apesar de tal ímpeto modernizador, o País ainda estava nas mãos das oligarquias agrárias e incipientes lideranças industriais, representadas pela alternância de poder entre o Partido Republicano Paulista e o Partido Republicano Mineiro, que, por meio de uma aliança hegemônica sobre os demais Estados-membros da Federação Brasileira, instituíram o que ficou conhecido como a política do “café com leite”. Pelo exposto, restava claro que ainda estava longe de a jovem República conquistar os caminhos democráticos de ampliação da participação política de todos os seus habitantes.

Aprofundando a realidade do Brasil à época, em termos econômicos, deve ser destacado que no contexto pós-Primeira Guerra Mundial (década de 1920), ainda existia uma política econômica estatal, mantida com os cofres públicos, basicamente defensiva do café, no intuito de valorizar e estabilizar seu preço no mercado, havendo, inclusive, busca por financiamentos externos para manutenção do *status quo*.¹⁵⁵

Apenas para pensar no contexto brasileiro de exportação da década de 1920, 70% do total das exportações era o café, seguido por produtos como açúcar, cacau, algodão, mate, tabaco, borracha e couros e peles.¹⁵⁶

Em termos de industrialização, o País, no início da década de 1920, ainda caminhava a passos curtos: havia uma ampla atividade manufatureira, realizada, em grande parte, por pequenos estabelecimentos, em regime de produção simples de mercadorias, geralmente levadas à frente por pequenos empresários e alguns poucos funcionários.¹⁵⁷

A parcela da população mais abastada, em geral, procurava os grandes centros urbanos, para o acesso a produtos importados; e o acesso da população mais pobre e interiorana a tais produtos era mais difícil, de modo que “[...] olarias, destilarias, curtumes e pequenos

¹⁵⁴ MARINS, Paulo César Garcez. Habitação e vizinhança: Limites da privacidade no surgimento das metrópoles brasileiras. In: SEVCENKO, Nicolau (org.). **História da vida privada no Brasil: República da belle époque à era do rádio**. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 1998, p. 135.

¹⁵⁵ ABREU, Marcelo de Paiva. O Brasil Republicano. Tomo III. Economia e cultura (1930-1964). In: BORIS, Fausto (org.). **História geral da civilização brasileira**. São Paulo: Editora Beltrand, 1997, v. 4, p. 13.

¹⁵⁶ ABREU, Marcelo de Paiva. O Brasil Republicano. Tomo III. Economia e cultura (1930-1964). In: BORIS, Fausto (org.). **História geral da civilização brasileira**. São Paulo: Editora Beltrand, 1997, v. 4, p. 14.

¹⁵⁷ SINGER, Paul; ABREU, Marcelo de Paiva. O Brasil Republicano. Tomo III. Economia e cultura (1930-1964). In: BORIS, Fausto (org.). **História geral da civilização brasileira**. São Paulo: Editora Beltrand, 1997, v. 4, p. 213.

mercados abasteciam a população local”, juntamente com os pequenos produtores rurais que produziam para a subsistência e levavam o restante para ser vendido no comércio local.¹⁵⁸

A industrialização do Brasil se operou de maneira substitutiva às importações de manufaturados, no entanto, nem sempre conseguia concorrer com os produtos estrangeiros, em razão do alto custo de produção interna e um processo incipiente de mecanização. Por vezes, a distância na distribuição dos produtos importados se tornava fator para a maior onerosidade desses produtos e possibilidade de crescimento da produção de alguns produtos manufaturados nacionais.

Nas leituras sobre o tema, Paul Singer não observou uma posição necessariamente protecionista em termos comerciais do Governo brasileiro, entendendo que a política de valorização do café não tinha preocupação com o desenvolvimento do mercado interno, e uma posição restritiva de entrada de importações poderia significar o retruque de outros países ao recebimento de produtos de exportação brasileiros.¹⁵⁹ Portanto, o que se buscava era simplesmente a manutenção dos níveis estratosféricos de lucro, extraído do quase monopólio da produção mundial na época. Dessa forma, pode-se afirmar que o Brasil estava às margens da Segunda Revolução Industrial na década de 1920, e o seu processo de afirmação seria lento e viria apenas nas décadas seguintes.

Boris Fausto reafirma o pensamento de Paul Singer: a principal preocupação do Estado brasileiro na década de 1920 não era a indústria, mas, sim o setor agroexportador, isto é, não que houvesse uma política abertamente anti-industrialista, mas o que se prezava era manter a política do café.¹⁶⁰

Não se pode olvidar que todo esse processo econômico que se buscou relatar, demonstra que a industrialização no Brasil foi adiada e, conseqüentemente, por seu modo, a transformação das estruturas das classes então vigentes, pensando-se em uma transição com uma sociedade escravagista, que passou para uma sociedade aos moldes burgueses, podendo-se pensar em um operariado.

Para aclarar o já dito, o capitalismo industrial, no final do século XIX início do século XX, ainda era muito frágil, para se falar nele como líder do processo de desenvolvimento. As

¹⁵⁸ SINGER, Paul; ABREU, Marcelo de Paiva. O Brasil Republicano. Tomo III. Economia e cultura (1930-1964). In: BORIS, Fausto (org.). **História geral da civilização brasileira**. São Paulo: Editora Beltrand, 1997, v. 4, p. 213.

¹⁵⁹ SINGER, Paul; ABREU, Marcelo de Paiva. O Brasil Republicano. Tomo III. Economia e cultura (1930-1964). In: BORIS, Fausto (org.). **História geral da civilização brasileira**. São Paulo: Editora Beltrand, 1997, v. 4, p. 234.

¹⁶⁰ FAUSTO, Boris. **História concisa do Brasil**. São Paulo: EDUSP, 2002, p. 150.

relações assalariadas existiam, mas havia também um sistema de trocas e outras formas de trabalho que ainda prevaleciam. Não se observava a possibilidade, nesse período, de se falar em uma “classe dominante burguesa” ou em um Estado Nacional Democrático moderno.¹⁶¹

Corroborando com o dito, Boris Fausto informa:

[...] No curso das últimas décadas do século XIX até 1930, o Brasil continuou a ser um país predominantemente agrícola. Segundo o censo de 1920, de 9,1 milhões de pessoas em atividade, 6,3 milhões (69,7%) se dedicavam à agricultura, 1,2 milhão (13,8%) à indústria e 1,5 milhão (16,5%) aos serviços¹⁶².

Em uma perspectiva bastante clara, Boris Fausto enfatiza a necessidade de uma análise mais regional do processo industrial do período, sobretudo no que diz respeito a estados como São Paulo e Rio de Janeiro, que tiveram um florescimento industrial, graças, principalmente, aos reinvestimentos do setor cafeeiro, mercado consumidor.¹⁶³

Ao fim e ao cabo, o que não se pode negar é que, em meio a uma abolição da escravidão recente, uma industrialização incipiente e, ainda, a existência de um país especializado na exportação de produtos primários em larga escala, existia uma forte desigualdade social, um imenso volume de marginalizados.

Nesse contexto, pode-se falar na existência da pobreza no Brasil, com um alerta de que tal conceito dentro da História é muito dinâmico, de modo que se deve entender a pobreza¹⁶⁴ não é como pura e simplesmente uma questão de miserabilidade econômica, mas como a somatória de uma série de outros fatores. Nesse sentido, observa-se:

[...] Diante do que foi exposto, fácil é perceber que a pobreza não pode ser analisada como um fenômeno isolado. Ela é um fenômeno relacional, à medida que a sua existência é produto de relações entre grupos humanos, instituições sociais, ambiente natural, elementos culturais e saberes técnicos. Ela também é relacional porque implica existência de arquétipos que permitam a distinção entre os ricos e pobres. Todos estes fatores são dinâmicos e mudam no tempo e no espaço. Por isso, a importância de fixarmos

¹⁶¹ SINGER, Paul; ABREU, Marcelo de Paiva. O Brasil Republicano. Tomo III. Economia e cultura (1930-1964). In: BORIS, Fausto (org.). **História geral da civilização brasileira**. São Paulo: Editora Beltrand, 1997, v. 4, p. 234.

¹⁶² FAUSTO, Boris. **História concisa do Brasil**. São Paulo: EDUSP, 2002, p. 159.

¹⁶³ FAUSTO, Boris. **História concisa do Brasil**. São Paulo: EDUSP, 2002, p. 161.

¹⁶⁴ Faz-se uma ressalva importante: a pobreza não estava apenas inserida no ambiente urbano, mas também no ambiente rural nesse período; aqui optamos por destacar a questão da pobreza urbana, em razão de ser necessário destacar a existência de dispositivos jurídicos e institucionais, a partir dos quais o poder público promove a organização do espaço e a normatização das práticas sociais desejáveis ou indesejáveis no ambiente urbano. Para Milton Santos, [...] a pobreza existe em toda a parte, mas sua definição é relativa a uma determinada sociedade. Estamos lidando com uma noção historicamente determinada. É por isso que comparações de diferentes séries temporais levam frequentemente à confusão. A combinação de variáveis, assim como sua definição, mudam ao longo do tempo (SANTOS, 2009, p. 17).

referenciais espaciais e marcos temporais para pensarmos a História da pobreza no Brasil.¹⁶⁵

Pode-se extrair, então, do excerto anterior, que a ideia de pobreza não está relacionada apenas a uma questão puramente de ordem material, existe toda uma questão cultural e política, que cria o padrão daquilo que é pobreza em determinada sociedade.

Nas cidades brasileiras, sobretudo naquelas em processo de industrialização, a pobreza, por vezes, ganhava vestes diferentes: em algumas delas, os pobres eram aqueles que mereciam a caridade, e aqueles que não estavam enquadrados dentro do sistema eram os vadios, que, nos moldes do Código Penal de 1890¹⁶⁶, eram convidados a assinar um termo de compromisso de buscarem ocupação honesta.

Como será discutido posteriormente de maneira mais detida, por detrás de um discurso de, por vezes auxiliar, reinserir, havia uma dinâmica muito mais complexa de punir e de separar os indesejados sociais. Desse modo, observa-se que existia uma linha muito tênue entre o que se denominava por pobreza, e o que se rotulava por vadiagem, pois um indivíduo sem lar, andando pela cidade, poderia, possivelmente, ser caracterizado como criminoso, e a esse respeito falar-se-á mais adiante.

Nilo Batista¹⁶⁷ apresenta contribuição importante sobre o contexto histórico em testilha:

[...] Temos uma síntese, sem dúvida lacunosa, porém suficiente para nossas finalidades, da estrutura econômica da Primeira República [...] a exploração capitalista da força de trabalho praticamente não tem limites, à qual vêm agrupar-se empresas estrangeiras, sinalizando a dependência do capital externo sobre qual depõem o número da dívida. A tal estrutura correspondem relações sociais de dominação que, no campo, expressam-se pela ponta dominante – no “coronelismo” que encadeia a grande propriedade rural ao poder estatal, na base do que se chamou “política dos governadores”, na ponta dominada, aos escombros sociais da escravaria eventualmente aproveitados, e ao lado dos pobres livres cujas desconfortáveis estratégias provinham ainda do escravismo) [...] Nas cidades em que se concentravam as indústrias, o proletariado lutava pela mais elementares limitações à exploração do trabalho [...] convém mencionar desde logo os desclassificados urbanos (prostitutas e

¹⁶⁵ RÚCKERT, Fabiano Quadros. Olhares sobre a pobreza e a urbanização no Brasil na transição do século XIX para o XX: Uma prospeção bibliográfica In: RÚCKERT, Fabiano *et al.* (orgs.). **Histórias da pobreza no Brasil**. Coleção Direito e Justiça Social. Rio Grande: Editora FURG, 2019, v. 6, p. 317-346, p. 317.

¹⁶⁶ Sobre o Código penal de 1890 ver: SONTAG, Ricardo. Curar todas as moléstias com um único medicamento: Os juristas e a pena de prisão no Brasil (1830-1890). **Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro**, Rio de Janeiro, v. 177, n. 471, p. 45-72, abr./jun. 2016.

¹⁶⁷ BATISTA, Nilo. **Apontamentos para uma história da legislação penal brasileira**. Rio de Janeiro: Editora Renavan, 2016, p. 62.

cáftens, desempregados, capoeiras e mais tarde malandros etc.), alvos explícitos do sistema penal da Primeira República.¹⁶⁸

Para Nilo Batista, com a abolição da escravatura, aquilo que era a inferioridade jurídica dos escravos é retomado como uma inferioridade biológica; a primeira, relacionada a mera decisão de poder e a segunda, relacionada ao evolucionismo, necessitando de demonstração científica. Dessa forma, o Direito Penal retomou a praxe compartilhada pelas instituições jurídicas penais de castigar mormente os ex-escravos, na busca de “neutralização das populações inferiores”. Como exemplificação desse último aspecto, no final do século XIX e, ainda nas décadas iniciais do século XX, o médico tornar-se “planejador urbano” e, em meio a isso, reformas higienistas e junto com elas, ideias relacionadas à correção da sociedade.

Como dito anteriormente, o Brasil iniciou as primeiras décadas do século XX ainda marcado por seu passado: escravocrata, monocultor e elitista. No entanto, aos poucos, as engrenagens do próprio sistema foram-se desgastando e as questões econômicas ligadas à crise de 1929, que assolaram o mundo, também tiveram reflexos no Brasil em diversos setores da sociedade, entre os quais o político e o das relações trabalhistas.

Em termos políticos, no contexto da década de 1920, observa-se que o Brasil também vivia um contexto de grande agitação política, movimento tenentista, criação do partido comunista, e um constante ataque à política institucional vigente, que alternava o poder entre os estados federados de São Paulo e Minas Gerais — ou seus aliados — a chamada “política do café com leite”.

Nilo Batista¹⁶⁹ assevera que tal período marcou uma ruptura com a ordem estabelecida até então com a Proclamação da República, e o Federalismo que ganhava força com a chamada política dos governadores deu espaço para um Governo muito mais centralizado, lançando muitos conflitos que outrora eram resolvidos na esfera administrativa do Estado. O modelo agrário exportador havia sofrido um resvalo com a Revolução de 1930, e o novo momento estava relacionado à possibilidade de um surto industrial.

O proletariado foi incorporado ao sistema, de modo que o Estado passou a abarcar tal público com uma legislação previdenciária, bem como com a criação de sindicatos, da Justiça do Trabalho e da própria Consolidação das Leis do Trabalho.

¹⁶⁸ BATISTA, Nilo. **Apontamentos para uma história da legislação penal brasileira**. São Paulo: Editora Renavan, 2016, p. 62- 63.

¹⁶⁹ BATISTA, Nilo. **Apontamentos para uma história da legislação penal brasileira**. São Paulo: Editora Renavan, 2016, p. 92.

A História política do Brasil no século XX depende, em grande parte, do acompanhamento dos distintos períodos em que se podem dividir os distintos governos do mais importante líder político brasileiro do século XX, o caudilho Getúlio Vargas. Sua influência pode ser considerada a partir de distintos momentos nos quais exerceu o poder: o Governo provisório (1930-1934); o período constitucional (1934-1937) e o período em que se gestou o Estado Autoritário, de nítida inspiração fascista, conhecido no Brasil como período do Estado Novo (1937-1945), bem como, após o seu retorno, pelo voto, à Presidência, por um período nacionalista (1950-1954). Este último, no entanto, não foi objeto de análise no presente texto, por extrapolar o período escolhido da presente pesquisa.

Desde os anos iniciais de sua primeira experiência de Governo, produto imediato da denominada Revolução de 1930, Getúlio Vargas fortaleceu o Poder Executivo federal em detrimento dos poderes estaduais, em que a influência das oligarquias agrárias era determinante. Ainda nos anos iniciais, após derrotar uma contestação militar liderada por São Paulo – denominada de “Revolução Constitucionalista de 1932” e que teve características de uma guerra civil — findou por convocar um processo constituinte que resultou na Constituição Federal de 1934 e introduziu no ideário constitucional o modelo de um Estado Social.

Na sequência, com o agravamento dos conflitos ideológicos, decorrentes da crise econômica e social, no ano de 1937, sob o pretexto de uma ameaça comunista, e alegando a fragilidade do modelo de democracia representativa, implantou o chamado Estado Novo, regime político autocrático e de moldes corporativos, não assumidamente inspirado no nazifascismo, que inaugurava a fase abertamente ditatorial de seu Governo.¹⁷⁰

Cabe destacar que, durante a vigência do Estado Novo, com o Congresso Nacional fechado, é que foram publicados, na forma de decretos-leis, a legislação material e processual penal que vigora no Brasil até os dias de hoje, em que pesem as várias alterações legislativas parciais em ambos os códigos, somadas a distintas e tentativas de aprovação de novas e distintas codificações.

Resta pensar que toda essa dinâmica da História política e social brasileira, em termos de analisar que não se fala de um país com um operariado forte, mas de um país elitista e profundamente desigual, que pouco antes havia abolido a escravatura, em 1888. Destaque-se: ainda que uma República tenha sido proclamada em 1889, essa nova forma de Estado nada tinha de pública, e as desigualdades sociais grassavam nas mais diversas regiões do País.

¹⁷⁰ CARNEIRO, Maria Luiza Tucci. O Estado Novo, o Dops e a ideologia da segurança nacional. In: PANDOLFI, Dulce Chaves *et al.* (org.). **Repensando o Estado Novo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1999, p. 328.

Restava claro que o caminho institucional para a “pacificação social” seria uma política de controle social, sobretudo da liberdade, utilizando-se o Direito Penal.

2.2.2 Breves apontamentos históricos sobre o contexto histórico da Espanha da década de 1920 e 1930 e a questão da pobreza

É complexo, mesmo que em breves apontamentos, falar da História política e social espanhola, em razão das grandes mudanças ocorridas na Espanha na primeira metade do século XX, desde a saída de uma monarquia para uma República, períodos ditatoriais, guerras e, em meio a tudo isso, a existência de uma população marginalizada, que também, ao que tudo indica, sofreria o peso estatal do incipiente punitivismo que também conquistará adeptos no país.

A Espanha, logo no início da década de 1920, enfrentou a ditadura de Miguel Primo de Rivera (1923-1930), que saiu de um regime parlamentar e iniciou uma ditadura com vistas a “renovar” as instituições daquele país.¹⁷¹ Para tanto, contou com o apoio do então regente monárquico, Alfonso XIII. Com a posterior destituição de Primo Rivera e os decorrentes protestos populares seguido de eleições que deram a vitória aos partidos republicanos, é proclamada a Segunda República Espanhola em 14 de abril de 1931 e Alfonso XIII deixa a Espanha renunciando à chefia do Estado, ainda que não renunciando ao trono. Mas é no período de Primo Rivera que se deve buscar uma descrição da realidade social a ser comparada ao Brasil nas décadas de 1920 e 1930, como se fará adiante.

A ditadura de Primo Rivera foi marcada pela perseguição a órgãos de imprensa e pela centralização do poder na mão do líder, aproximando-se bastante de regimes autoritários como o italiano, que se formaria também no século XX e, ainda, teria um viés autoritário.

A oposição era existente, e variada, pois existia uma grande leva de marginalizados políticos que desejavam a participação no poder. Assim, houve a formação de uma aliança interna entre os grupos que desejavam a queda do poder autoritário, formando a Aliança Republicana, com a liderança de Manuel Azaña e de numerosos intelectuais independentes, não que houvesse uma harmonia interna entre os participantes, mas a ideia era a oposição ao autoritarismo vigente.¹⁷²

Entre os principais grupos opositores, o movimento anarquista fazia uma oposição frontal ao regime, muito embora houvesse forte oposição governamental. Os intelectuais e

¹⁷¹ MARTÍNEZ, Miguel Ángel Giménez. La representación política en España durante la dictadura de Primo de Rivera. **Revista Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, v. 31, n. 64, p. 131-150, maio/ago. 2018, p.134.

¹⁷² ÁLVAREZ, Fe Bajo; PECHARROMÁN, Julio Gil. **Historia de España**. Madrid: Editora Sociedad General Española de Librería, 1998, p. 165.

estudantes, durante anos, carregaram nas costas o preço da repressão, podendo-se destacar, entre vários, pensadores do porte do ensaísta e filósofo Miguel de Unamuno e do jurista e político Luis Jiménez de Asúa¹⁷³, que tiveram profunda influência na Espanha e no mundo cultural ibero-americano.

Do ponto de vista econômico, a partir da análise das condições socioeconômicas da Espanha, é importante salientar que, durante a Primeira Guerra Mundial, graças às transações comerciais com os países beligerantes, ela alcançou grande desenvolvimento econômico, o que veio a se refletir no fomento de um processo de modernização das cidades.

As elites econômicas tomaram conta dos centros das cidades, contando com luz elétrica, água quente, calefação, banheiros e todos os confortos da recente urbanização. Entretanto, não muito longe da abastada região central, nas regiões periféricas, os serviços municipais básicos, como pavimentação das ruas, e distribuição de água não chegava aos mais necessitados, e a população carente vivia em barracos miseráveis. As novas Avenidas, o tráfego de carros contrastavam com a pobreza que grassava tanto no campo como na cidade.¹⁷⁴

O crescimento industrial levou ao crescimento do movimento operário em algumas regiões da Espanha, apresentando forte influência de ideias anarquistas; os sindicatos faziam forte pressão sobre o Governo e, juntamente a isso, a influência da Revolução Russa facilitou a ascensão de Primo de Rivera ao poder.¹⁷⁵

Primo de Rivera permaneceu no poder de maneira ditatorial até o ano de 1930, quando foi substituído por Dámaso Berenguer. A sucessão não conseguiu resolver os sérios problemas nos quais o Estado espanhol estava mergulhado, tal como a crise econômica, pelas consequências da crise de 1929 no mundo todo, somado aos custos humanos e econômicos do prolongado conflito colonial denominado Guerra do Rife (Segunda Guerra Marroquina), que durou de 1920 a 1927.¹⁷⁶

Em meio à situação que se seguiu à deposição de Primo de Rivera, conforme já apresentado, o rei Alfonso XIII seguiu para o exílio em 1931, e foi proclamada a Segunda

¹⁷³ No Segundo capítulo da tese, há ponto específico sobre Luis Jiménez de Asúa e suas contribuições para o Direito Penal.

¹⁷⁴ MARTORELL, Miguel; SANTOS, Juliá. **Manual de historia política y social de España**. Madrid: Editora UNED, 2012, p. 217.

¹⁷⁵ MARTORELL, Miguel; SANTOS, Juliá. **Manual de historia política y social de España**. Madrid: Editora UNED, 2012, p. 238.

¹⁷⁶ SINGER, Paul; ABREU, Marcelo de Paiva. O Brasil Republicano. Tomo III. Economia e cultura (1930-1964). In: BORIS, Fausto (org.). **História geral da civilização brasileira**. São Paulo: Editora Beltrand, 1997, v. 4, p. 215.

República Espanhola (1931-1939), uma conturbada questão política, que levaria, alguns anos depois, à implantação de um novo contexto ditatorial na Espanha.¹⁷⁷

A Proclamação da República estava muito mais para a ocupação de um vazio do que para uma tomada de poder. A segunda república espanhola teve dois presidentes: Niceto Alcalá-Zamora (período presidencial 10/12/1931 – 07/04/1936) e Manuel Azaña Dias (período presidencial 11/05/1936 – 03/03/1939), mas no governo do último que surgiu o encargo de presidir e encampar trabalhos em prol da elaboração de uma Constituição para a Espanha.

[...] Uma constituição que afetava todos os setores da sociedade e do Estado e que era a expressão da maioria republicana e socialista saída das eleições de junho: a direita, monárquica e católica, desorganizada e derrotada nas urnas, não teve parte na elaboração do texto e não o votou.¹⁷⁸

No entanto, nas eleições de outubro e novembro de 1933, os socialistas abandonaram os republicanos e concorreram separadamente às urnas, o que ocasionou o enfraquecimento da esquerda; a direita findou por ser bastante privilegiada para a dissolução da relação entre os grupos políticos de oposição.

Pensar a classe trabalhadora espanhola durante o marco temporal definido na presente pesquisa é, sem dúvida, considerar que é nesse momento que temos a proletarização da classe trabalhadora, com consequências em termos urbanos: houve uma verdadeira descentralização das moradias para acompanharem o surgimento de novas indústrias.¹⁷⁹ Nesse sentido, para a presente pesquisa, entende-se por importante pensar a questão social daquele período.

Na Espanha, a expressão “questão social” irrompeu no final do século XIX, no bojo do conjunto de revoltas e de revoluções que marcaram a “primavera dos povos” na Europa. Como consequência, começa a tomar forma um Estado interventor, de modo a manter a ordem vigente - com a defesa da propriedade agrária e fabril - ao mesmo tempo em que uma proposta reformista, entre outras, passa a espelhar a doutrina social da Igreja Católica, tal como apresentada pelo Papa Leão XIII, em especial a partir do lançamento da encíclica “*Rerum Novarum*: sobre a condição dos operários”, anunciada em 15 de maio de 1891.

A questão social no início do século XX ganhou espaço no sentido de prevenção “a males maiores”:

¹⁷⁷ MARTORELL, Miguel; SANTOS, Juliá. **Manual de historia política y social de España**. Madrid: Editora UNED, 2012, p. 257.

¹⁷⁸ MARTORELL, Miguel; SANTOS, Juliá. **Manual de história política y social de España**. Madrid: Editora UNED, 2012, p. 257.

¹⁷⁹ CARCELÉN-GONZÁLEZ, Ricardo. La clase obrera y su relación con el territorio en España durante el franquismo. Análisis de tres modelos de organización contemporáneos. **Revista EURE**, Santiago, v. 46, n. 137, p. 65-86, 2020, p. 65.

[...] Essa “questão social”, para a qual boa parte da oligarquia do início do século XX chegou à convicção de que deve ser enfrentada para prevenir males maiores, não possui um único tratamento teórico discursivo, há várias correntes que a apontam como uma das questões centrais da época, sob diferentes perspectivas. Principalmente os liberais organicistas do krausismo, os católicos sociais inspirados em Leão XIII e outras forças burguesas (os diferentes grupos que reivindicam ideias republicanas, vindos da Primeira República e que gradualmente ganharão destaque, até entrarem em vigor no final do período, vindo a estabelecer, em aliança com a parte do movimento operário, a Segunda República (1931-1936)¹⁸⁰¹⁸¹.

Informam os autores que, quanto ao conceito de problema social na Espanha, surgiram três denominações: “problema social”, “*cuestión social*” y “*pauperismo*”. A primeira lei geral de beneficência, foi aprovada em fevereiro de 1822, e tinha por objetivo trazer a harmonia social e disciplinar à nascente força de trabalho.¹⁸²

Posteriormente, com os constantes conflitos entre trabalhadores e empregados, aos poucos, foram surgindo novas estratégias para aplacar os ânimos da população que vivia, desde o século XIX, em dificuldade econômica:

[...] Baseou-se em estudos que sistematizaram e tornaram visível a pobreza como um "problema social" e a necessidade de implementar soluções que intervêm de diferentes níveis, tanto social como económico e jurídico, para a resolver: legislação para regular as condições de trabalho, regulamentação dos acidentes no trabalho, as condições de trabalho das mulheres e crianças, etc. Por seu lado, a Caridade em Espanha, seguindo a trajetória iniciada no século XIX, e ao abrigo dos novos tempos, vai-se transformando lentamente num serviço administrativo do Estado, uma função assistencial que se cristalizará com o tempo. Mas esta função assistencial guardará sempre vestígios de outras funções que sempre teve, desde a sua origem, as de controle e repressão de classes e grupos empobrecidos e marginalizados: “nunca mais acabaria a

¹⁸⁰ SILVEIRA, Rosana Matos; LOZANO, Enrique Raya. La “cuestión social” en la España de la restauración monárquica (1874-1931): Apuntes históricos para la génesis de la profesionalización de lo social. **Textos & Contextos**, v. 11, n. 1, p. 142-155, 2012, p. 147.

¹⁸¹ No original em espanhol: [...] Esta “cuestión social”, a la que una buena parte de la oligarquía de principios del siglo XX llega a la convicción que hay que atender para prevenir males mayores, no tiene un solo tratamiento teórico discursivo, son varias las corrientes que la señalan como uno de los asuntos centrales de la época, desde perspectivas diferenciadas. Principalmente lo harán los liberales organicistas del krausismo, los católicos sociales inspirados en León XIII y otras fuerzas burguesas (los distintos grupos que se reclaman de las ideas republicanas, provenientes de la Primera República y que irán consiguiendo protagonismo, hasta irrumpir con fuerza al final del periodo, llegando a instaurar, en alianza con el parte del movimiento obrero, la Segunda República (1931-1936).

¹⁸² SILVEIRA, Rosana Matos; LOZANO, Enrique Raya. La “cuestión social” en la España de la restauración monárquica (1874-1931): Apuntes históricos para la génesis de la profesionalización de lo social. **Textos & Contextos**, v. 11, n. 1, p. 142-155, 2012, p. 147.

ligação entre a caridade e a repressão revelada nas instituições fechadas”. caridade, em estabelecimentos e em varas tutelares.¹⁸³¹⁸⁴

Desse modo, pode-se informar que a Espanha sobre a qual está a se pensar, era um país que não havia conseguido resolver os problemas econômicos e sociais da população. Era comum a existência da população de rua, a mendicância, a prostituição e outras atividades mal vistas pelo sistema capitalista, e pelo Governo então vigente no país.

De modo que como já dito anteriormente, havia uma intensa atividade filantropa, mas consciente ou inconscientemente, a ideia era afastar do seio social os indesejados, aqueles que não faziam parte de um padrão estabelecido pela sociedade espanhola à época. Para tanto, o Estado deveria agir, e não mais própria a sua atuação que mediante leis com o objetivo de afastar esses “perigosos”, antes mesmo que cometessem crimes, surgindo então leis como a de vagos e maleantes.

Mesmo que se passasse, em parte, a enxergar a pobreza como um problema de ordem social a ser resolvido, que deveria ser tutelado pelo Estado, o destino dos destituídos do poder econômico e também dos privilégios sociais era estar às margens, estarem lançados a um espaço não comum, era fazer parte de locais destinados especificamente a eles, donde poderiam voltar a ser disciplinados ao mundo do trabalho.

Não apenas os que economicamente destoava deveriam ter um local apartado, mas aqueles que, por qualquer que fosse a doença mental, deveriam ser afastados da sociedade. Da mesma forma que ocorreu o caso brasileiro, na Espanha também havia uma tendência a encarcerar em hospícios os doentes mentais, como forma de segregação. Victoria López Barahona y Alberto Morán Corte fazem importante estudo, no qual consta que nas cidades de Madri e de Olviedo, em Madri, em 1673, foi fundado o hospício de Ave María, dividido entre a ala feminina e masculina, e também a área de misericórdia e a área de correção, abrigando

¹⁸³ BARAHONA, Victoria López; CORTE, Alberto Morán. El hospicio como disciplina del pobre en la España moderna: Entre la “misericordia” y la penalidad. In: OLMO, Pedro Oliveira; IZQUIERDO, Maria Carmen Cuebro (coords.). **De los controles disciplinarios a los controles securitarios**. Cuenca: Editora Universidad Castilla-La Mancha, 2020, p. 98.

¹⁸⁴ No original em espanhol: Se asentaba en estudios que sistematizaban y visibilizaban la pobreza como “problema social” y la necesidad de poner en marcha soluciones que intervinieran desde diferentes niveles, tanto sociales, económicos, como jurídicos, para solucionarla: legislación para regular las condiciones laborales, regulación de los accidentes de trabajo, de las condiciones de trabajo de mujeres y niños/as, etc. Por su parte, la Beneficencia en España, siguiendo la trayectoria iniciada en el siglo XIX, y al socaire de los nuevos tiempos, se va lentamente transformando en un servicio administrativo del Estado, función asistencial que con el tiempo cristalizará. Pero esa función asistencial siempre conservará trazas de otras funciones que siempre tuvo, desde su nacimiento, las de control y represión de las clases y grupos empobrecidos y marginalizados: nunca terminaría de desaparecer “la vinculación entre beneficencia y represión puesta de manifiesto en las instituciones cerradas de beneficencia, en los establecimientos y en tribunales tutelares.

tanto aqueles que não tinham para onde ir, como aqueles que eram forçados a ali estar pelas autoridades policiais¹⁸⁵¹⁸⁶.

Com especial análise no século XVIII, na cidade de Madri, os hospícios tornaram-se locais de pessoas abandonadas, marginalizadas, não se detém uma cifra exata do número de pessoas que utilizavam o espaço, mas acredita-se que, em alguns momentos, o hospício da cidade de Madri chegou a abrigar cerca de duas mil pessoas, entre considerados delinquentes e aqueles que estavam em condição de mendicância¹⁸⁷.

No hospício de Olviedo, anotava-se que a causa de estarem no local, em boa parte, seria por “ordem da justiça”, termo genérico que poderia designar uma série de atitudes:

[...] Às vezes, um segundo motivo de entrada era anotado, que muitas vezes não era outro senão “pobre”, e em outras ocasiões o motivo nem era declarado. No entanto, também foi relativamente frequente a qualificação de “vagabundar”, “vagabundo” e afins. Por exemplo, o menor Juan Rodríguez, albardonero de profissão e lavrador, entrou na casa no final da década de 1750 por “vagabundar”. Pelo mesmo motivo, Matías Muñiz, de 16 anos, e as irmãs Teresa e Antonia Rivas, órfãs, foram presas e acusadas de serem preguiçosas. Nesta categoria encontramos principalmente jovens que não estão morando na cidade, que certamente estarão lá em busca de uma oportunidade de trabalho. Também não era de estranhar, embora as fontes não sejam generosas, que mulheres ingressassem por ataque à moralidade sexual, englobados em definições como “comunicações ilícitas”, a maioria solteiras.¹⁸⁸¹⁸⁹

¹⁸⁵ BARAHONA, Victoria López; CORTE, Alberto Morán. El hospicio como disciplina del pobre en la España moderna: Entre la “misericordia” y la penalidad. In: OLMO, Pedro Oliveira; IZQUIERDO, Maria Carmen Cebro (coords.). **De los controles disciplinarios a los controles securitarios**. Cuenca: Editora Universidad Castilla-La Mancha, 2020, p. 99.

¹⁸⁶ Valência, foi o local de criação da primeira residência para doentes mentais na Espanha ainda no século XV, sendo considerado o primeiro centro terapêutico para questões mentais do mundo ocidental, tornando-se o atual Hospital Geral Universitário de Valência.

¹⁸⁷ BARAHONA, Victoria López; CORTE, Alberto Morán. El hospicio como disciplina del pobre en la España moderna: Entre la “misericordia” y la penalidad. In: OLMO, Pedro Oliveira; IZQUIERDO, Maria Carmen Cebro (coords.). **De los controles disciplinarios a los controles securitarios**. Cuenca: Editora Universidad Castilla-La Mancha, 2020, p. 97-112, p. 102.

¹⁸⁸ BARAHONA, Victoria López; CORTE, Alberto Morán. El hospicio como disciplina del pobre en la España moderna: Entre la “misericordia” y la penalidad. In: OLMO, Pedro Oliveira; IZQUIERDO, Maria Carmen Cebro (coords.). **De los controles disciplinarios a los controles securitarios**. Cuenca: Editora Universidad Castilla-La Mancha, 2020, p. 97-112, p. 103.

¹⁸⁹ No original em espanhol: A veces se anotaba un segundo motivo de entrada, que a menudo no era otro que “pobre”, y en otras ocasiones ni siquiera se consignaba el motivo. No obstante, era asimismo relativamente frecuente la calificación de “andar vagueando”, “vaguear” y similares. Por ejemplo, el menor Juan Rodríguez, de profesión albardonero y trabajador del campo, ingresó en la casa a finales de la década de 1750 por “andar vagueando”. Por el mismo motivo se encerró a Matías Muñiz, de 16 años, y a las hermanas, Teresa y Antonia Rivas, huérfanas, a las que se acusó de ser vagas. En esta categoría encontramos fundamentalmente personas jóvenes y no vecindadas en la ciudad, que seguramente se encontraran en la misma en busca de alguna oportunidad laboral. No era extraño, asimismo, aunque las fuentes no son generosas, que entre las mujeres se produjeran ingresos por atentados a la moral sexual, englobados en definiciones como “comunicaciones ilícitas”, la mayoría solteras.

A duração da internação era até que se corrigissem, ou até que alguma pessoa os assumisse como seu responsável, as saídas por vezes ocorriam em razão do falecimento já que cerca de 20% (vinte por cento) dos internos faleciam anualmente. As condições de higiene e de espaço facilitavam a proliferação de doenças, fazendo com que tais espaços fossem insalubres¹⁹⁰.

No espaço dos hospícios, havia a preocupação com o trabalho, que além das tarefas de limpeza do local, também estavam relacionados com manufaturas, e a busca pelas orações diárias, mantendo assim o controle sobre os pobres¹⁹¹.

No século XIX, houve uma preocupação maior relacionada ao Estado, no que se refere aos cuidados com os delinquentes, os pobres, e também os menores abandonados, no sentido de reenquadrá-los ou afastá-los da sociedade.

No século XX, com todas as transformações que foram sendo gestadas no final do século XIX, surgiu a Psiquiatria como saber científico, e movimentos ocorreram na busca do que se designava como higiene mental nos Estados Unidos. Na Espanha, buscou-se ampliar os estudos sobre tal área, de modo a pensar na possibilidade de tratamento, abandonando o antigo modelo de deixar que os internos morressem sem que danificassem a si mesmo ou a terceiros.

No século XIX, é que se pode falar em hospitais específicos para doentes mentais, buscando o tratamento, mas ainda existia o encarceramento para aqueles considerados mais indomáveis; entretanto, apesar do avanço no estudo das doenças mentais, os manicômios, na Espanha, eram locais de longa internação, com a utilização de eletrochoque e lobotomias.

Os manicômios se tornaram espaços de internação daqueles que eram indesejáveis; basta lembrar que muitos republicanos foram internados em manicômios após a vitória dos franquistas após a Guerra Civil Espanhola.

Interessante como o notável historiador Eric Hobsbawm tece suas considerações em um panorama geral sobre a classe operária do período, demonstrando que não se trata de uma classe homogênea, visto que, devido aos vários setores ocupados pelo proletariado, a unidade, por vezes, dava-se com a ideologia, à medida que anarquistas e socialistas levavam “seu

¹⁹⁰ BARAHONA, Victoria López; CORTE, Alberto Morán. El hospicio como disciplina del pobre en la España moderna: Entre la “misericordia” y la penalidad. In: OLMO, Pedro Oliveira; IZQUIERDO, Maria Carmen Cuebro (coords.). **De los controles disciplinarios a los controles securitarios**. Cuenca: Editora Universidad Castilla-La Mancha, 2020, p. 97-112, p. 105.

¹⁹¹ BARAHONA, Victoria López; CORTE, Alberto Morán. El hospicio como disciplina del pobre en la España moderna: Entre la “misericordia” y la penalidad. In: OLMO, Pedro Oliveira; IZQUIERDO, Maria Carmen Cuebro (coords.). **De los controles disciplinarios a los controles securitarios**. Cuenca: Editora Universidad Castilla-La Mancha, 2020, p. 97-112, p. 110.

evangelho” às massas até então desprezadas pelas instituições, exceto por aqueles que se nutriam de sua pobreza.¹⁹²

A industrialização, mesmo que incipiente em países como Brasil e Espanha, trouxe em seu bojo uma grande massa de trabalhadores que, por vezes, em suas lutas diárias por melhores condições de vida e trabalho, enfileiravam-se no ambiente urbano na luta pela reprodução das condições mínimas de vida. Todavia, quando não obtinham o sucesso necessário para sobrevivência digna, desafiavam os pilares da ordem proprietária burguesa com a organização de greves e de manifestações públicas de protesto pelo reconhecimento de direitos sociais, tornando-se vítimas do sistema penal do Estado do qual faziam parte.

2.2.3 Os debates das escolas penais brasileiras e espanhola no contexto dos anos 1920 e 1930

Não há como negligenciar a grande efervescência intelectual, em meio a uma série de questões políticas, econômicas, culturais, que marcaram tanto o Brasil como a Espanha, nos períodos ora expostos, de maneira que não foi diferente no mundo jurídico, abarcando por lógica o Direito Penal.

Na década de 1920, o Código Penal vigente no Brasil era o de 1890 e, ao que tudo indica, buscava viabilizar a gestão da ordem social, criando típicos dispositivos de controle social para tanto, como vadiagem, criminalização da capoeira. O grande problema da recém-instaurada ordem penal republicana estava justamente na falta de flexibilidade desse Código, para se adaptar-se às questões de uma sociedade profundamente desigual como a brasileira.¹⁹³

Tem-se que o Código de 1890 era dotado de uma concepção penal liberal clássica e o desenvolvimento das ideais criminológicas lombrosianas fazia com que houvesse duras críticas a tal caráter. O suporte das teorias criminológicas estava muito mais voltado para o tratamento desigual da sociedade brasileira no aspecto criminal, que da igualdade perante a lei, sugerida pelos clássicos. Dessa contradição, surgiram diretrizes para o estabelecimento de instituições novas – como, por exemplo, o Instituto Disciplinar em São Paulo – voltadas para aqueles setores

¹⁹² HOBBSBAWN, Eric J. **A era dos Impérios 1875-1914**. Tradução de Sieni Maria Campos e Yolanda Steidel de Toledo. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 2005, p. 180.

¹⁹³ ALVAREZ, Marcos César; SALLA, Fernando; SOUZA, Luiz Antônio F. A sociedade e a lei: O Código Penal de 1890 e as novas tendências penais na Primeira República. **Revista Justiça e História**, Porto Alegre: Editora Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, v. 3, n. 6, p. 1-24, 2003, p. 3.

da população que não poderiam ser incluídos na ficção da sociedade contratual: menores, mulheres, loucos, negros etc.^{194,195}

Francisco Campos, Ministro da Justiça, anos após, na exposição dos motivos do Código Penal de 1940 assim afirma sobre o Código antecedente:

[...] A datar de sua entrada em vigor começou a cogitação de emendar-lhe os erros e as falhas. Retardado em relação à ciência penal do seu tempo, sentia-se que era necessário colocá-lo em dia com as ideias dominantes no campo da criminologia e, ao mesmo tempo, ampliar-lhe os quadros de maneira a serem contempladas novas figuras delituosas com que os progressos industriais e técnicos enriqueceram o elenco dos fatos puníveis.¹⁹⁶

As ideias sobre o que, supostamente, seria uma escola positivista, na verdade, antecipavam um pano de fundo para mudanças nas tratativas sobre criminalidade (controle do crime) e sobre participação política, que se demonstraram importantes para a criação de um regime posteriormente autoritário.¹⁹⁷

Em trabalho, Mário Sbriccoli, com foco no caso italiano, informa que o Positivismo, no final do século XIX, apresenta uma nova roupagem, pois o direito de punir passa para a ideia de prevenção social: entende-se que O Direito é um fenômeno social, e seu estudo deve partir do estudo da sociedade humana. A investigação sobre a conduta da pessoa e o seu livre-arbítrio é praticamente negada, ou ao menos deixa de ser a única ou principal análise do Direito Penal, que passa, então, a se preocupar com o temor que havia em relação à figura do delinquente, bem como as consequências que ele poderia trazer para a sociedade. Torna-se decisiva a classificação do delinquente e a prevenção passa a ocupar o centro das atenções na esfera penal.¹⁹⁸

Essa postura muito mais voltada para negação do livre-arbítrio, na Itália, encontra na obra de Enrico Ferri, “Os novos horizontes do Direito Penal e do Processo Penal” a grande

¹⁹⁴ ALVAREZ, Marcos César; SALLA, Fernando; SOUZA, Luiz Antônio F. A sociedade e a lei: O Código Penal de 1890 e as novas tendências penais na Primeira República. **Revista Justiça e História**, Porto Alegre: Editora Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, v. 3, n. 6, p. 1-24, 2003, p. 1.

¹⁹⁵ Importante é o trabalho de FERLA, Luis Antonio Coelho. **Feios, sujos e malvados sob medida: Do crime ao trabalho, a utopia médica do biodeterminismo em São Paulo (1920-1945)**. 2006. Tese (Doutorado em Ciências) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. Em sua tese o autor busca analisar a influência das ideias criminológicas positivistas no Brasil, nas décadas de 1920, 1930 e 1940, demonstrando uma grande atuação de tais teorias com a punição da pobreza.

¹⁹⁶ BRASIL. Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, 7 dez. 1940.

¹⁹⁷ SILVEIRA, Mariana Moraes. De uma república a outra: notas sobre os códigos penais de 1890 e de 1940. **Revista do CAAP**, Belo Horizonte, v. 109, n. 2, p. 109-125, jul./dez. 2010, p. 117.

¹⁹⁸ SBRICCOLI, Mario. La piccola criminalità e la criminalità dei poveri nelle riforme settecentesche del diritto e della legislazione penale. In: SBRICCOLI, Mario (org.). **Storia del Diritto Penale e della Giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)**. Tomo I. Milano: Giufrè Editore, 2009, p. 550.

novidade sobre o tema. Na mesma esteira, Sbriccoli declara que o nascente pensamento criminológico positivista buscou categorizar a figura do delincente, de modo geral, em cinco categorias:

[...] Juntamente com os fatores, as categorias: dado que o "conceito das várias categorias de criminosos é incontestável na escola positiva do Direito Penal [...] infratores, incorrigíveis — criminosos por hábito adquirido — criminosos por acaso — criminosos por paixão.¹⁹⁹²⁰⁰

Essa categorização demonstra uma preocupação sobre tipos “categoriais” dos quais a sociedade deveria ser defendida, retomando o pensamento de negação do livre-arbítrio. Ocorre que, apesar da categorização alhures apresentada, é complexo dizer que havia uma ideia uniforme sobre o que seria esse novo Positivismo Jurídico, no que tange, principalmente, aos principais expoentes italianos.

Sbriccoli assevera que os principais expoentes eram discordantes; em sua biografia intelectual e científica, Enrico Ferri teria, até o final de sua vida, buscado ajustar suas teorias, com seu espírito polemista, não desejando dar-se por vencido.²⁰¹

Em meio ao debate das diversas questões teóricas, entre as quais as próprias tentativas de construir um Direito Penal muito mais próximo do social²⁰², têm-se como exemplos progressistas as escolas penais de inspiração socialista, que buscavam demonstrar que o crime era tão somente o resultado de questões de ordem econômica, o que fez surgir e amadurecer o pensamento e a conclusão de que, ao fim e ao cabo, as ideias positivistas penais não refutavam os moldes liberais da sociedade à época, mas os completavam.²⁰³

Na Itália, expoentes como Felippo Turati, em seus escritos, buscaram informar que a nova escola (positivista) buscava investigar os delitos e suas causas, mas deixando de lado o

¹⁹⁹ SBRICCOLI, Mario. La piccola criminalità e la criminalità dei poveri nelle riforme settecentesche del diritto e della legislazione penale. In: SBRICCOLI, Mario (org.). **Storia del Diritto Penale e della Giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)**. Tomo I. Milano: Giufrè Editore, 2009, p. 556.

²⁰⁰ Na versão original: Accanto ai fattori, le categorie: posto che il « concetto delle diverse categorie di delinquenti e' incontestato nella scuola positiva di diritto criminale [...] si puo' dare una classificazione generale dei delinquenti nelle seguenti cinque categorie: delinquenti pazzi — delinquenti nati, incorreggibili — delinquenti per abitudine acquisita — delinquenti d'occasione — delinquenti per passione.

²⁰¹ SBRICCOLI, Mario. La piccola criminalità e la criminalità dei poveri nelle riforme settecentesche del diritto e della legislazione penale. In: SBRICCOLI, Mario (org.). **Storia del Diritto Penale e della Giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)**. Tomo I. Milano: Giufrè Editore, 2009, p. 564.

²⁰² SBRICCOLI, Mario. La piccola criminalità e la criminalità dei poveri nelle riforme settecentesche del diritto e della legislazione penale. In: SBRICCOLI, Mario (org.). **Storia del Diritto Penale e della Giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)**. Tomo I. Milano: Giufrè Editore, 2009, p. 568.

²⁰³ DIAS, Rebeca Fernandes. **Pensamento criminológico na primeira república: O Brasil em defesa da sociedade**. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015, p. 131.

fator social; para o autor, a solução para a criminalidade está na reconstrução das bases da estrutura econômica da sociedade civil.²⁰⁴

[...] A matriz classista do Direito Penal é denunciada e criticada, e o mesmo acontece com a legislação. Alguns daqueles penalistas descobrem a investigação social: são estudados fenômenos como o da vagabundagem, do alcoolismo e da prostituição, ou, do outro lado oposto, os delitos das classes abastadas, a começar pela delinquência bancária.²⁰⁵

Sbriccoli informa que, apesar do esforço, na Itália, não houve a concretização dos penalistas sociais, muito embora seus caminhos estivessem traçados, e chegou-se, então, à atuação de uma penalística muito mais autoritária.

Rebeca Dias, em sua tese doutoral, afirma que a escola positivista, com sua forte arquitetura social, busca enquadrar determinados sujeitos:

[...] O modelo liberal-individualista aplica-se a uma parte da sociedade, os indivíduos autônomos, consumidores e controlados; nas propostas da escola positiva, o foco sobretudo são os sujeitos perigosos, anormais, aqueles que não constituíram a esfera do self autônomo, que não se enquadraram nos moldes produtivos e não entraram nas engrenagens de uma sociedade de consumo, porque resistem ao trabalho e por isso não estão aptos a produzir e, muito menos, consumir. Esta massa desordenada é o objeto de saber e poder da escola positiva. Portanto, os discursos se complementam, integram-se, à medida que há uma dualidade de sujeitos e esta dualidade deve ser abarcada pelos saberes e poderes que constroem o conhecimento e as práticas ligadas à engenharia social.²⁰⁶

Para Roberto Lyra, refletindo sobre a exposição de motivos do Código Penal, informa:

[...] é a escola positiva que lhe fornece ao Código a tônica individualizadora, o talhe subjetivista, o porte defensista, com os avanços da responsabilidade legal através da periculosidade, com as reflexões do arbítrio judicial sobre os translados biossociológicos. O Código adotou “extenso *arbitrium iudicis*, na identificação ético-social do réu, visando o ajustamento de medidas de reação e defesa social do indivíduo”.²⁰⁷

²⁰⁴ DIAS, Rebeca Fernandes. **Pensamento criminológico na primeira república**: O Brasil em defesa da sociedade. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015, p. 108.

²⁰⁵ DIAS, Rebeca Fernandes. **Pensamento criminológico na primeira república**: O Brasil em defesa da sociedade. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015, p. 109.

²⁰⁶ DIAS, Rebeca Fernandes. **Pensamento criminológico na primeira república**: O Brasil em defesa da sociedade. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015, p. 131

²⁰⁷ LYRA, Roberto. **A expressão mais simples do Código Penal**. Rio de Janeiro: Editora José Konfino, 1953, p. 37.

Para Roberto Lyra, o caráter científico do Direito Penal apenas ganhou corpo com a escola positivista, e autores como João Vieira de Araújo, Viveiros de Castro e Cândido Mota, teriam colaborado para a vulgarização de seus postulados no Brasil.²⁰⁸

Todavia, trata-se de afirmação de difícil constatação, já que doutrinadores brasileiros da época — como Galdino Siqueira — indagaram sobre a dificuldade de identificar os fundamentos teóricos do Direito Penal italiano, o que resultou no Código Rocco de 1930 (em vigor a partir de 1.º de julho de 1931), devido ao modo pouco transparente de sua criação:

[...] Já vimos como na própria Itália, que se regia pelos Sistema totalitário, ou fascista, se operou a reforma de sua legislação penal, com audiências de juristas de renome, de tribunais judiciários, escolas de Direito, com publicidade ampla, e também de outro modo não se tem procedido nas reformas penais de outros países cultos, às claras, mediante ampla discussão. Não é tudo: como dissemos, e cumpre bem acentuar, em sigilo se elaborou o novo projeto, convertido no Código, nem o próprio autor foi convidado para tomar parte nas reuniões para isso destinadas. E levando-se o sigilo ao último ponto, dessas reuniões não se lavraram atas, que seriam dados valiosos para se apreciar a marcha da elaboração do projeto, o espírito que animou a comissão e destarte, subsidies importantes para a exegese do Código.²⁰⁹

Na Espanha na década de 1920, estava vigente o Código Penal de 1870, que, similar ao caso brasileiro, foi aprovado com urgência, no sentido de adaptar-se ao texto constitucional de 1869, de inspiração liberal, tendo perdurado até o ano de 1928, quando novo Código foi elaborado, mas, provisoriamente, voltou a vigor em 1932, até que um novo Código fosse elaborado.

No Brasil, destaca-se por dissentir dos temas tradicionais da Filosofia Penal burguesa o trabalho de jurista do período Cândido Mota, que assevera críticas à legislação penal vigente em temas que, sobretudo, são afeitos às classes sociais menos favorecidas. Como exemplo, pode-se citar o artigo de Cândido Mota, já em 1887, na Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, no qual demonstra sua preocupação – ainda que com um viés moralizante — com a prostituição, com a política de costumes e com o lenocínio, temas que não eram aprofundados pelo liberalismo penal. Destaca o autor: “[...] Todo ataque à moralidade pública envolve uma *offense* à ordem, bem como toda *offense* à ordem pública prejudice os direitos da coletividade e de cada um dos membros que a compõem (sic)”.²¹⁰

²⁰⁸ LYRA, Roberto. **A expressão mais simples do Código Penal**. Rio de Janeiro: Editora José Konfino, 1953, p. 37.

²⁰⁹ SIQUEIRA, Galdino. **Tratado de Código Penal**. Tomo I. Rio de Janeiro: Editora José Konfino, 1950, p. 80.

²¹⁰ MOTTA, Cândido Nazianzeno Nogueira da. Prostituição: Política de costumes: Lenocínio. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 5, p. 307-322, 1897, p. 307.

Vale ressaltar que o próprio Código Penal, à época comentado por Cândido Motta, trazia a possibilidade de punição da prostituição em seu artigo 399²¹¹, bem como o artigo 282²¹² seria perfeitamente amoldável ao debate, dada a ofensa à sociedade; demonstra o autor que, à época, a polícia resolveu por regulamentar a repressão à prostituição, passando instruções aos pares e, ao mesmo tempo fazendo recomendações às mulheres:

[...] Não é permitido chamar ou provocar os transeuntes por gestos ou palavras e entabular conversação com os mesmos [...] Que não são permitidos os hotéis ou conventilhos, podendo as mulheres publicas viver unicamente em domicílio particular, e numero nunca excedente à três (sic).²¹³

O autor informa que, enquanto o regulamento era verbal, ou seja, apenas instruções à polícia, havia aplauso, mas quando houve a regulamentação por escrito, as críticas foram ferrenhas, justamente pela falta de competência da polícia para tal, mas descreve que, ao fim e ao cabo, acabou atingindo o intento que era extinguir a demonstração de corpos seminus e as algazarras provocadas pela prostituição.

Nas palavras de Cândido Motta “[...] Oxalá o Congresso Nacional aprove um projeto de Código Penal, que nesse particular nos parece muito aceitável”.²¹⁴ Além da prostituição, Cândido Motta preocupava-se, em seus escritos, com os menores, entretanto, observando que o menor abandonado poderia ser um grande perigo social. Nesse sentido:

[...] As crianças abandonadas, só tendo o exemplo do crime, vivendo em comum com os vagabundos, ébrios, assassinos, ladrões, sorvendo o leite viciado da malfetoria, recebendo o exemplo da perversidade, respirando o ar pestilencial e deletério das prisões, tornando-se mais tarde indivíduos perniciosos, que a sociedade terá necessidade de agregar para a tranquilidade e segurança dos demais.²¹⁵

²¹¹ Art. 399. Deixar de exercer profissão, officio, ou qualquer mister em que ganhe a vida, não possuindo meios de subsistência e domicilio certo em que habite; prover a subsistência por meio de ocupação prohibida por lei, ou manifestamente offensiva da moral e dos bons costumes: Pena - de prisão cellullar por quinze a trinta dias (sic) (ESPÑA, 1870).

²¹² Art. 282. Offender os bons costumes com exhibições impudicas, actos ou gestos obscenos, attentatorios do pudor, praticados em logar público ou frequentado pelo público, e que, sem offensa á honestidade individual de pessoa, ultrajam e escandalisam a sociedade: Pena - de prisão cellullar por um a seis mezes (sic) (ESPÑA, 1870).

²¹³ MOTTA, Cândido Nazianzeno Nogueira da. Prostituição: Política de costumes: Lenocínio. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 5, p. 307-322, 1897, p. 313.

²¹⁴ MOTTA, Cândido Nazianzeno Nogueira da. Prostituição: Política de costumes: Lenocínio. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 5, p. 307-322, 1897, p. 322.

²¹⁵ MOTTA, Cândido Nazianzeno Nogueira da. Os menores delinquentes e o seu tratamento no estado de São Paulo. **Anais...** IV Congresso Científico, I Pan-Americano em Santiago do Chile. São Paulo: Tipografia do Diário Oficial, 1909, p. 09.

Nessa esteira, a preocupação do autor encontrou acolhida parcial no Código Penal de 1870 em seus artigos 30 e 49²¹⁶, pois, conforme assevera o autor no ano de 1894, sentia-se a necessidade de criação de um estabelecimento para os menores criminosos e vagabundos, e não houve movimento algum nesse sentido.²¹⁷

Esse descontentamento de Cândido Motta, quando trazido à luz histórica, faz pensar em uma mudança de pensamento, no que diz respeito à punição, ou no que ocorreria no início de século XX em decorrência de pensamento de autores como ele, e outros que trataremos na tese.

A título de contextualização, no caso brasileiro, o que se pode observar é que, apesar da abolição da escravatura em 1888, ainda havia um forte ranço escravocrata, de modo que o temor de sublevações ou de afronta à suposta ordem pairava sobre a cabeça das elites. Com o processo de imigração, aos poucos foi-se pensando na viabilidade do trabalho livre e surgiu uma classe média nas cidades mais urbanizadas, acendendo a grande questão de construção da cidadania dessas classes que diversificavam a estrutura social brasileira do período.

A diversidade na estrutura social acompanhada do crescimento demográfico e do êxodo rural, frente à falta de oportunidades e concentração de riquezas, que resultaram em forte desigualdade, levaram ao surgimento de movimentos sociais, na busca de, no mínimo, uma condição digna de vida. As fermentações sociais que eclodiam na forma de primeiras greves de trabalhadores urbanos, sobretudo nas grandes metrópoles do período, Rio de Janeiro e São Paulo, levaram a elite do período a desejar uma espécie de controle social mais efetivo por parte do Estado.

Interessante que o medo da haitização²¹⁸ do Brasil foi aos poucos sendo substituído pelo temor da presença da pobreza. A Primeira República brasileira mostrava-se excludente no que se refere a quem seriam seus componentes, à medida que, como dito alhures, não houve

²¹⁶ Art. 30. Os maiores de 9 annos e menores de 14, que tiverem obrado com discernimento, serão recolhidos a estabelecimentos disciplinares industriaes, pelo tempo que ao juiz parecer, comtanto que o recolhimento não exceda á idade de 17 annos. Art. 49. A pena de prisão disciplinar será cumprida em estabelecimentos industriaes especiaes, onde serão recolhidos os menores até á idade de 21 annos (ESPAÑA, 1870).

²¹⁷ MOTTA, Cândido Nazianzeno Nogueira da. Os menores delinquentes e o seu tratamento no estado de São Paulo. *Anais...* IV Congresso Cientifico, I Pan-Americano em Santiago do Chile. São Paulo: Editora Tipografia do Diário Oficial, 1909, p. 10.

²¹⁸ A independência do Haiti, primeira república proclamada por ex-escravizados negros nas Américas, ocorrida ainda no século XVIII. Tem-se por referência: JAMES, Cyril Lionel Robert. *Os jacobinos negros: Toussaint L'Ouverture e a revolução de São Domingos*. São Paulo: Editora Boitempo, 2000.

uma preocupação com a participação popular em sua constituição e o povo continuaria ainda, durante décadas, fora da maioria dos processos políticos.²¹⁹

O final do século XIX viu o surgimento de um singular movimento de ideias jurídico-penais e, com ele, o fortalecimento da pena como instrumento de defesa social. O Positivismo surgiu em uma tentativa de ajuste das ideias clássicas relacionadas ao livre-arbítrio, à culpabilidade, passando-se então a pensar na ideia de prevenção.²²⁰

O desenvolvimento das Ciências da Natureza foi de suma importância para o desenvolvimento da escola positivista, principalmente no que tange ao chamado Darwinismo Social; esse nascedouro na Europa tem muito de sua justificação na questão das mudanças sociais vividas na Europa e o aumento da criminalidade.

As ideias positivistas, sobretudo lombrosianas, eram debatidas no Brasil, tendo como centro das atenções do debate não estar apenas no crime, mas na figura do criminoso, restando claro que denotavam certa influência das ideias criminológicas europeias. No entanto, como será dito posteriormente, difícil é afirmar a existência de um Positivismo Jurídico propriamente dito no Brasil.²²¹

Essas ideias do que, no Brasil, alguns autores denominavam de Antropologia Criminal, encaixa-se na realidade vigente à época, com a junção das teorias de estudiosos como Lombroso, Ferri²²², entre outros, denotando o que se poderia considerar como um ecletismo de posições teóricas. Em apertada síntese, pode-se afirmar que o pensamento criminológico em voga era de que a compreensão do crime e do criminoso passaria a ser complexa demais para

²¹⁹ ALVAREZ, Marcos César. **Bacharéis, criminologistas e juristas: Saber jurídico e nova escola penal no Brasil (1889-1930)**. 1996. Tese (Doutorado em Sociologia) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 1996, p. 53.

²²⁰ RIBEIRO, Bruno de Moraes. **Defesa social e Código Penal do inimigo: Visão crítica** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 6.

²²¹ ALVAREZ, Marcos César. **Bacharéis, criminologistas e juristas: Saber jurídico e nova escola penal no Brasil (1889-1930)**. 1996. Tese (Doutorado em Sociologia) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 1996, p. 67.

²²² O ecletismo se manifesta na tendência a apagar as diferenças entre as diversas correntes de pensamento voltadas para o problema criminal, tal como se definiam na Europa, justapondo autores e teorias rivais. A própria terminologia utilizada é, na maioria das vezes, vaga: Antropologia Criminal, Criminologia e Sociologia Criminal são usadas frequentemente como sinônimos que indicariam uma única disciplina. Mas mesmo este ecletismo não é totalmente estranho ao desenvolvimento da criminologia na Europa. Principalmente os autores ligados à Antropologia Criminal, Lombroso à frente, não podem ser classificados como autores por demais rigorosos na construção de seus conceitos. E é também seguindo as orientações de Lombroso que a maioria dos autores nacionais pensa a Sociologia Criminal quase que como um prolongamento da antropologia criminal, de tal que os aspectos sociais aparecem como causas entre outras capazes de explicar a fraqueza moral dos criminosos. Assim, a forte cisão, presente nos debates europeus, entre a Antropologia Criminal de Lombroso, Ferri e Garofalo, e a Sociologia de Tarde e Durkheim, no Brasil se dilui em benefício das concepções da escola antropológica, aparecendo todos os autores como pertencendo ao campo único da Criminologia. Para exemplificar essa frequente indiferenciação, basta mencionar como os autores que, ainda no final do Império, defendiam a necessidade de incorporação da Antropologia Criminal pelo pensamento jurídico nacional, que essa incorporação se dê sobretudo através da criação da cadeira de sociologia nas faculdades de Direito (ALVAREZ, 1996, p. 67).

ser estudada de um ponto de vista único, não comportando tal estudo deveria ser feito tanto do ponto de vista biológico como do social.²²³

[...] Partindo da premissa de que o criminoso era o resultado da somatória dos caracteres físicos de sua raça e de sua correlação com o meio, juristas e criminólogos brasileiros passaram a definir seu fenótipo como o “espelho da alma”, no qual se refletiam as virtudes e os vícios. Por essa interpretação, nas características físicas do povo estariam estampadas e poderiam ser reconhecidas as marcas da criminalidade e dos fracassos de um país.²²⁴

Desse modo, como dito anteriormente, muito embora difícil seja falar em um Positivismo Jurídico puro no Brasil, é inegável a propagação de suas ideias.

Na década de 1920 segundo Marcos César Alvarez, Lombroso já não era mais tão citado, muito embora Ferri ainda fosse inspiração de muitos juristas brasileiros, novos juristas começam a ser observados em razão da atenção dada a publicações que eram feitas pelos juristas europeus. Entre outros, é importante citar Alcântara Machado e sua análise sobre o período:

[...] Da revolução levada a efeito na segunda metade do século transato por Cesar Lombroso, por seus discípulos e também por seus contraditores, um resultado ficou, vitorioso e perdurável: a ciência penal tornou-se uma ciência positiva, nos métodos, que são os da observação e da experiência, na matéria, que são o criminoso e as condições do meio, e no objetivo que é a defesa social pela prevenção e pela repressão. Quaisquer que sejam as nossas convicções filosóficas, todos nós sentimos que é impossível o regresso à concepção antiga do delito, como simples entidade jurídica, e ao conceito anacrônico da pena inspirada exclusivamente na natureza do crime, sem atenção à natureza do criminoso.²²⁵

Em meio a essa situação, atenta-se que o discurso da Nova Escola penal buscava redefinir o papel do Estado frente à sociedade, no intuito de propor ações preventivas para aqueles que, em tese, estariam mais próximos de delinquir.

Na década de 1920, o Direito de punir ganhou uma nova roupagem, uma justificativa, que seria a defesa social, como uma necessidade da sociedade de se proteger dos criminosos. Nesse desiderato, passou a ser de extrema importância conhecer a figura do criminoso e não apenas do crime. Assim posto, pode-se concluir que as funções do Direito Penal saíram de uma

²²³ ALVAREZ, Marcos César. **Bacharéis, criminologistas e juristas: Saber jurídico e nova escola penal no Brasil (1889-1930)**. 1996. Tese (Doutorado em Sociologia) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 1996, p. 67.

²²⁴ MARTINS JÚNIOR, Carlos. A nova escola penal: Direito, controle social e exclusão no Brasil (1870-1920). **Anais... XXVIII Simpósio Nacional de História**. Florianópolis: UFSC, 27-31 jul. 2015, p. 1-13, p. 11.

²²⁵ MACHADO, Alcântara. Discurso proferido na sessão de instalação pelo Dr. Alcântara Machado. **Archivos Sociedade de Medicina Legal e Criminologia de São Paulo**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 13-16, 1922, p. 13-14.

esfera meramente repressiva para o debate sobre a ideia de prevenção e terapêutica, as reformas na legislação penal caminhariam nesse sentido.²²⁶

Aniceto Masferrer, referindo-se ao caso espanhol, informa que, na segunda metade do século XIX, houve um intenso aumento na criminalidade em toda Europa e, conjuntamente, a reincidência e criminalidade precoce. Na Espanha, o número de processos criminais deu um salto bastante expressivo e tal questão fez com que estudiosos começassem a analisar qual seria a alternativa para mudar essa realidade, e se a punição seria o caminho correto para solução do problema²²⁷.

Masferrer analisa, ainda, que, se punição lançada à responsabilidade não conseguia resolver todas as questões, voltava-se, então, o olhar para a periculosidade, porque, pelo viés positivista, seria mais importante a proteção da sociedade do que a punição daqueles que cometeram crimes. Sendo assim, referindo-se aos positivistas:

[...] Ele reivindicava uma lei penal preventiva – ou cautelar – que perseguisse dois objetivos: i) não punir aqueles que não são culpados pelo que fizeram (loucos infratores), e ii) defender a sociedade da periculosidade de algumas pessoas (incluindo também os loucos). infratores). Isso implicou a substituição das penas por medidas de segurança para alcançar a inocuidade daqueles que constituem uma ameaça à sociedade. Como se verá, a questão era se tal inocuidade poderia ser imposta antes mesmo de um crime ser cometido²²⁸²²⁹.

Outrossim, o autor argumenta que, embora o Positivismo se tenha espalhado por toda a Europa e América, tal escola experimentou limites – como a historiografia tem mostrado recentemente – e o alcance e a intensidade de sua recepção variaram de uma jurisdição para outra.

Na Espanha, não se pode falar na existência de um embate entre escolas penais, do tipo classicismo *versus* Positivismo, justamente pelo fato da escola kraussiana²³⁰ ter ganhado

²²⁶ ALVAREZ, Marcos César. **Bacharéis, criminologistas e juristas: Saber jurídico e nova escola penal no Brasil (1889-1930)**. 1996. Tese (Doutorado em Sociologia) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 1996, p. 165.

²²⁷ MASFERRER, Aniceto. **The rise of dangerousness in the Spanish criminal law (1870-1931)**. The case of insane offenders: Medical experts vs. judges and criminal lawyers? Artigo ainda não publicado pelo autor. Valência, 2023, p. 3.

²²⁸ MASFERRER, Aniceto. **The rise of dangerousness in the Spanish criminal law (1870-1931)**. The case of insane offenders: Medical experts vs. judges and criminal lawyers? Artigo ainda não publicado pelo autor. Valência, 2023, p. 3.

²²⁹ No original em inglês: . He claimed for a preventive – or precautionary – criminal law that pursued two goals: i) not to punish those who are not guilty for what they did (insane offenders), and ii) defend society from the dangerousness of some people (also including insane offenders). This implied the replacement of punishments with security measures to achieve the innocuousness of those who constitute a threat to society. As will be seen, the question was whether such innocuousness could be imposed even before a crime was committed.

²³⁰ Karl Christian Friedrich Krause, filósofo alemão, falecido em 1831.

bastante destaque no país, o que dificultou o desenvolvimento de um Positivismo do tipo empirista. As pesquisas sobre o período em debate denotam que não existia um positivista de primeira linha, com exceção de Rafael Salillas, que abertamente se dizia como tal²³¹.

Para Sebastian Matin²³², não se pode negligenciar a influência dos italianos, no Direito Penal espanhol, devido ao fato de existirem estudos sobre as escolas de Direito Penal italiano no período, bem como poderem ser destacados dois grupos relativos ao pensamento penal no momento, um grupo católico-liberal (que se identificavam com a Escola Clássica) e os krausopositivistas (que se identificavam com os postulados da escola positivista).

Para os penalistas de corrente católica, existia uma ordem natural preexistente, na qual a legislação positiva seria apenas uma “emanação congruente”, destacando-se a Luis Silvela y a José María Valdés²³³; para tal, o Direito Penal é uma ferramenta para restaurar a ordem, em razão do cometimento de delitos.

Canizares alega que Luis Silvela, em seus escritos, afirma que o delito não era meramente um desobedecer a lei, mas também um desvio moral, à medida que afetaria a ordem divina. Para além, não seria uma mera violação do Direito, mas também de uma ordem moral, e da lei religiosa. Neste raciocínio, a lei penal teria um caráter restaurador da ordem jurídica/religiosa; o Direito Penal seria o Direito para restabelecimento do Direito.²³⁴

No mesmo passo, José Maria Valdés, de cunho ortodoxo católico, apresentava a ideia de que o Direito Penal estava relacionado à realização da justiça material, conforme aponta Enrique Roldán Cañizares:

[...] Essa lei penal, em sua busca de justiça e restauração da ordem, era "boa, moralizante, garantidora sancionatória, conservadora, pública, interna, repressiva e coercitiva"; e foi apresentado como uma reação ao crime, que foi uma violação do Direito pela livre vontade do infrator. Essa visão explica por que Valdés considerava impossível fundar uma teoria penal nas bases postuladas pelo Positivismo e que a pena, em seu objetivo de reintegrar o

²³¹ CAÑIZARES, Enrique Roldán; ASÚA, Luis Jiménez de. **Derecho penal, república, exilio**. Madrid: Editorial Dykinson, 2019, p. 90.

²³² MARTÍN, Sebastián. Penalística y penalistas españoles a la luz del principio de legalidad (1874-1944). **Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno**, v. 36, n. 1, p. 503-609, 2007, p. 521.

²³³ CAÑIZARES, Enrique Roldán; ASÚA, Luis Jiménez de. **Derecho penal, república, exilio**. Madrid: Editorial Dykinson, 2019, p. 90.

²³⁴ CAÑIZARES, Enrique Roldán; ASÚA, Luis Jiménez de. **Derecho penal, república, exilio**. Madrid: Editorial Dykinson, 2019, p. 94.

Direito, era uma necessidade baseada na retribuição moral e jurídica do crime.
^{235 236}

Santiago Mir Puig informa que, se, na Itália, Beccaria inicia a ciência penal moderna e, na Alemanha, Feuerbach, na Espanha foi Lardizábal²³⁷, que incorporou e deu entrada na das ideias reformistas da ilustração. Partindo do racionalismo e sob forte influência do liberalismo, os autores espanhóis captaram muito da Escola Clássica, com um tom reformista e com foco na realidade do Direito positivo, a aproximação desse legalismo a diferencia um pouco da abstração desenvolvida pelos clássicos.²³⁸

O correccionalismo que sucedeu a Escola Clássica, conforme leciona Mir Puig, é uma escola tipicamente espanhola, tendo forte influência de Krause e de Roeder; os correccionalistas partem da ideia de um Direito Penal natural; em assim sendo, buscava-se a alteração da vontade doentia do delinquente, ao se analisar a causa do crime, na busca de conter a criminalidade²³⁹. Por ser uma das características principais do correccionalismo espanhol, o causalismo tinha diferenças consideráveis quanto ao método, como explica Santiago Mir Puig:

[...] A diferença entre o "causalismo" correccionalista e o positivista reside, no entanto, precisamente no método diferente usado por ambas as direções. Ao contrário do Positivismo criminológico, baseado na observação empírica, o correccionalismo atinge sua abordagem causal a partir de uma contemplação apriorística, muito mais "filosófica" do que "científico-positiva" -para falar em termos positivistas-. O que no Positivismo quer é o resultado da aplicação à realidade do método indutivo, no correccionalismo é o resultado de uma dedução filosófica.^{240 241}

²³⁵ CAÑIZARES, Enrique Roldán; ASÚA, Luis Jiménez de. **Derecho penal, república, exilio**. Madrid: Editorial Dykinson, 2019, p. 95.

²³⁶ No original: Este derecho penal, en su búsqueda de la justicia y de la restauración del orden era "bueno, moralizador, sancionador garantizador, conservador, público, interno, represivo y coactivo"; y se presentaba como la reacción ante el delito, que era un quebrantamiento del derecho por la libre voluntad del delincuente. Esta visión explica que Valdés considerara que era imposible fundar una teoría penal sobre las bases que postulaba el positivismo y que la pena, en su objetivo de reintegrar el derecho, fuese una necesidad basada en la retribución moral y jurídica del delito.

²³⁷ Manuel de Lardizábal y Urive/Uribe (San Juan del Molino, Tlaxcala, 22 de diciembre de 1739 - Madrid, 25 de diciembre de 1820), jurista, estudioso de Código Penal.

²³⁸ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**, 2. ed. Buenos Aires: Editorial IB de F., 2003, p. 241.

²³⁹ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. Buenos Aires: Editorial IB de F., 2003, p. 245

²⁴⁰ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. Buenos Aires: Editorial IB de F., 2003, p. 245.

²⁴¹ No original em espanhol: La diferencia entre el "causalismo" correccionalista y el positivista radica, sin embargo, precisamente en el distinto método empleado por ambas direcciones. A diferencia del positivismo criminológico, basado en la observación empírica, el correccionalismo llega a su planteamiento causal desde una contemplación apriorística, mucho más "filosófica" que "científico-positiva" -para hablar en términos positivistas-. Lo que en el positivismo quiere ser resultado de la aplicación a la realidad del método inductivo, en el correccionalismo es fruto de una deducción filosófica.

Acentuando-se ainda mais o assunto, para os correccionalistas, o delito seria uma concepção artificial que responde pelos direitos perseguidos por quem estabelece o Direito. O delinquente seria aquele incapaz de reger racionalmente sua conduta e, portanto, deveria ser retirado do grupo de homens honrados em que vivia, tendo direito a pena, pois teria ela um caráter pedagógico, na busca de ensinar o indivíduo a viver com os demais²⁴².

Para os correccionalistas, a função da Justiça Penal seria similar à dos médicos, não sendo o castigo que iria solucionar o problema da delinquência, mas cuidados e remédios, sendo, inclusive, interessante tomar como base o título da obra de Dorado Monteiro: “O Direito Protetor dos Criminosos”.²⁴³

A pena, para os correccionalistas, é a forma de correção da vontade pervertida do delinquente; ela seria um bem e um direito do cidadão, já que, por meio dela, poderia conviver com os demais. Dessa forma, em regra, a pena deveria ser indeterminada e variável, indeterminada pois seria aplicada quanto tempo fosse necessário até se alcançar a cura e variável, de modo a depender da personalidade do autor²⁴⁴.

Para Aniceto Masferrer e Yves Cartuyvels, em se tratando do Positivismo na Europa e na América Latina, na virada do século XIX para o XX, e suas diferentes recepções, informam que a Espanha não detinha o mesmo debate criminológico que a Alemanha, da mesma forma que França e Bélgica haviam passado por revoluções sociais e teriam uma recepção diferente do Positivismo²⁴⁵.

Partindo então dessa linha de raciocínio, como o Positivismo se irradiou da Itália para outros países, na Espanha não foi diferente, mas, diante das especificidades espanholas, houve uma recepção do Positivismo (Lombroso, Ferri e Garofalo), ao mesmo tempo em que conservaram-se características do classicismo (Beccaria e Lardizábal). Os professores espanhóis e boa parte dos juristas ligados ao Direito Penal detinham conhecimento das teorias que circulavam, havendo relações com algumas teorias, mas sem adoção de uma teoria única²⁴⁶.

²⁴² QUISBERT, Ermo; **Historia del derecho penal a través de las escuelas penales y sus representantes**, La Paz, Bolívia: Editora CED, Centro de estudios de derecho, 2008, p. 56.

²⁴³ No original espanhol: el Derecho Protector De Los Criminales.

²⁴⁴ QUISBERT, Ermo; **Historia del derecho penal a través de las escuelas penales y sus representantes**, La Paz, Bolívia: Editora CED, , Centro de estudios de derecho, 2008, p. 57.

²⁴⁵ CARTUYVELS, Yves; MASFERRER, Aniceto. An introduction to the birth of criminal positivism in Europe and Latin America at the end of the 19th century: rise and resistance. **GLOSSAE: European Journal of Legal History**, n. 17, p. 1-21, 2020, p. 15.

²⁴⁶ CARTUYVELS, Yves; MASFERRER, Aniceto. An introduction to the birth of criminal positivism in Europe and Latin America at the end of the 19th century: rise and resistance. **GLOSSAE: European Journal of Legal History**, n. 17, p. 1-21, 2020, p. 16.

É de se notar que, no que tange à Medicina, e a necessidade de tratamento dos criminosos, o Positivismo criminológico na Espanha deu bastante sinais de sua influência. Aniceto Masferrer apresenta estudo sobre o médico espanhol José Maria Esquerdo, que realizava cooperação com juízes à época, informando que o loucos eram tão irresponsáveis como as crianças, mas não havia uma preocupação pela tratativa correta dessa categoria, que deveria ter um tratamento penal diferenciado, observa-se:

[...] Esquerdo não conseguia entender como o imbecil, que era como “uma criança com as paixões violentas e poderosas do homem”, recebeu “nenhuma atenuação da pena, já que sua irresponsabilidade não é reconhecida, como deveria ser”, e por que ou o imbecil ou o deformado mental, para chegar à irresponsabilidade, ele deve ser uma monstruosidade humana, horrível, um animal de carga.” Ele não podia aceitar a “contradição” e os “ataques contra a lógica” que refletiam o fato de o exército recorrer a médicos para examinar se um candidato estava apto ou não para o exército, mas um louco poderia ser condenado e preso sem exame médico adequado²⁴⁷²⁴⁸.

Ainda demonstrando a influência do Positivismo Jurídico na virada do século XIX para o XX, Aniceto Masferrer também cita o médico espanhol Ángel Pulido Fernández, que, após estudos sobre a loucura, afirmava, em suas palestras, que um louco pode agir por sua vontade, mas isso não significa que ele não seja louco, dessa forma não basta que o Código puna a vontade para isentar os loucos²⁴⁹.

O que Aniceto Masferrer busca delimitar ao trazer o comentário sobre os importantes médicos espanhóis, então, é demonstrar que havia, por vezes, um desencontro entre o pensamento médico e as práticas do Judiciário, pois o que os médicos desejavam era justamente um tratamento preventivo do louco delinquente, e não seu julgamento com base na capacidade de discernir ou não determinado fato.

Apesar da relevância da Escola Positivista na Espanha, nunca constituiu um núcleo compacto e definido, além de Rafael Salillas, que foi advogado e autor; há, também, figuras como Dorado Montero, muito mais correcionalista e defensor social que positivista. Em suma,

²⁴⁷MASFERRER, Aniceto. The rise of dangerousness in the Spanish criminal law (1870-1931).The case of insane offenders: Medical experts vs. judges and criminal lawyers? Artigo ainda não publicado pelo autor. Valência, 2023, p. 8

²⁴⁸No original em inglês: Esquerdo could not understand how the imbecile, who was like “a child with the violent, powerful passions of man,” received “no mitigation of the penalty, since his irresponsibility is not recognized, as it should be,” and why “[f]or the imbecile or the mentally deformed, to reach irresponsibility, he must be a human monstrosity, horrible, a pack animal.” He could not accept the “contradiction” and the “attacks against logic” that reflected the fact that the army resorted to medical doctors to examine whether a candidate was fit or not for the army, but an insane person could be convicted and imprisoned without a proper medical examination

²⁴⁹MASFERRER, Aniceto. The rise of dangerousness in the Spanish criminal law (1870-1931).The case of insane offenders: Medical experts vs. judges and criminal lawyers? Artigo ainda não publicado pelo autor. Valência.2023. p.11

embora o Positivismo tenha tido um forte impacto na Espanha, as posturas críticas fizeram com que tivesse diferentes configurações²⁵⁰.

Retomando a questão do Positivismo Espanhol, Aniceto Masferrer, em conformidade com o autores já referenciados, comunga da ideia de que o Positivismo sequer teve um impacto legislativo significativo na Espanha, mas seus principais caminhos foram traçados por Pedro Dorado Montero e, posteriormente, por seus admiradores Jiménez de Asúa e Quintiliano Saldaña, autores que serão estudados nessa tese²⁵¹.

Dessa forma, pode-se afirmar que:

[...] Enquanto Dorado Montero aplica o método da escola positiva a abordagens correccionais que se desviam dos ensinamentos dessa escola, outros autores espanhóis seguem mais fielmente o credo positivista. Alguns, como Mariano Cubí (1801-1875) e Felipe Monlau (1808-1871), são até anteriores ao surgimento da escola positiva italiana. O primeiro destaca-se, em particular, ao avançar da frenologia para o conceito de "criminoso nato" que Lombroso mais tarde popularizaria. Aqui importa como expressão do método experimental único que, do ponto de vista médico, Mariano Cubí utilizou, no mesmo sentido que Lombroso faria mais tarde.^{252,253}

Pode-se inferir, também, que o pragmatismo também se desenrola na Espanha no início do século XX, porém não influencia muitos autores, tendo como autores Quintiliano Saldaña, seu discípulo Jamime Masaveu. O pragmatismo penal desenvolvido na Espanha foi uma tentativa de fazer circular o pensamento de James²⁵⁴ na América do Norte, de Schiller²⁵⁵, na Inglaterra, e de Simmel na Alemanha, apresentando-se como superação da Escola Clássica e da Escola Positivista de uma única vez²⁵⁶.

²⁵⁰ CARTUYVELS, Yves; MASFERRER, Aniceto. An introduction to the birth of criminal positivism in Europe and Latin America at the end of the 19th century: Rise and resistance. **GLOSSAE: European Journal of Legal History**, n. 17, p. 1-21, 2020, p. 16.

²⁵¹ MASFERRER, Aniceto. The rise of dangerousness in the Spanish criminal law (1870-1931). The case of insane offenders: Medical experts vs. judges and criminal lawyers? Artigo ainda não publicado pelo autor. Valência, 2023, p. 21

²⁵² MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2.ed., Buenos Aires: Editorial IB de F. 2003, p. 247.

²⁵³ No original em Espanhol: Mientras que Dorado Montero aplica el método propio de la escuela positiva a planteamientos correccionalista que se apartan de las enseñanzas de esa escuela, otros autores españoles siguen con mayor fidelidad el credo positivista. Algunas como Mariano Cubí (1801-1875) y Felipe Monlau (1808-1871), son incluso anteriores a la aparición de la escuela positiva italiana. Destaca, en especial, el primero, que adelantó desde la frenología al concepto de "criminal nato" que popularizaría más tarde Lombroso. Aquí importa en cuanto expresión del método experimental único que, desde el punto de vista médico, empleó Mariano Cubí, en el mismo sentido en que lo haría después Lombroso.

²⁵⁴ William James (1842-1910), considerado o pai do pragmatismo norte-americano.

²⁵⁵ Ferdinand Canning Scott Schiller (Schleswig-Holstein, 16 de Agosto de 1864 – Los Angeles) 6 de Agosto de 1937) foi um filósofo germano-britânico, o mais importante nome do pragmatismo na Inglaterra.

²⁵⁶ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2.ed. Buenos Aires: Buenos Aires: Editorial IB de F. 2003 2003, p. 248.

[...] É importante sublinhar que o método do pragmatismo penal não busca o conhecimento do Direito positivo, mas situa-se para além dele, com a pretensão de lege ferenda. Nesse sentido, participa da aproximação comum à escola clássica e à escola positiva: seu distanciamento do Direito positivo. Não é um método dogmático, mas uma manifestação do pensamento político-criminal que von Liszt difundiu pela Europa.^{257,258}

Ao contrário de outros momentos da História Penal espanhola, houve uma mudança de intercâmbio de ideias. No século XIX, havia uma forte relação com o Direito Penal francês e italiano e, no século XX, inclusive por questão de bolsas de estudos, passou-se a haver um maior contato com a Alemanha, o que foi condição importante para a recepção das ideias de Von Listz²⁵⁹.

Na Alemanha, foram realizados estudos de importantes autores para a presente tese, Quintiliano Saldaña e Jiménez de Asúa, que, juntamente com Cuello Calón, introduziram as ideias relativas à política criminal alemã na Espanha: Saldaña com o pragmatismo e Cuello Calón e Jiménez de Asúa adicionando à política criminal a dogmática²⁶⁰.

[...] Introduziram ideias político-criminais em nosso país: Saldaña, chegando à versão do pragmatismo, e Cuello Y Jiménez de Asúa combinando o trabalho dogmático com a política criminal-embora -sobretudo Jiménez de Asúa- já abrem as portas para uma posterior fase, que chega até nossos dias: a dogmática jurídico-penal. As instituições que foram introduzidas nos Códigos de 1928 e 1932 sob o signo da liderança moderna e do movimento internacional pela reforma político-criminal provavelmente se devem a Cuello Calón e Jiménez De Asúa, respectivamente. Ele e Ruiz Funes também corresponderam à elaboração-embora não a iniciativa- da Lei de Vagabundos e Meliantes.^{261, 262}

²⁵⁷ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2.ed. Buenos Aires: Editorial IB de F. 2003, p. 250.

²⁵⁸ No original em Espanhol: Importa subrayar que el método del pragmatismo penal no busca el conocimiento del derecho positivo, sino que se sitúa más allá de él, con pretensión de lege ferenda. Participa, en este sentido, del planteamiento común a escuela clásica y escuela positiva: su alejamiento del derecho positivo. No es un método dogmático, sino una manifestación del pensamiento político-criminal que extendió Von Liszt por Europa.

²⁵⁹ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2.ed. Buenos Aires: Editorial IB de F. 2003, p. 251.

²⁶⁰ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. Editorial IB de F. 2.ed. Buenos Aires: Editorial IB de F. 2003, p. 249.

²⁶¹ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2.ed. Buenos Aires: Editorial IB de F. 2003, p. 250.

²⁶² No original em Espanhol: Ellos introdujeron las ideas político-criminales en nuestro país: Saldaña, llegando a la versión del pragmatismo, y Cuello Y Jiménez de Asúa aunando a la política criminal el trabajo dogmático-aunque -sobre todo Jiménez de Asúa- ya abren las puertas a una fase posterior, que llega hasta nuestros días: la dogmática jurídico-penal. Las instituciones que en los Códigos de 1928 y 1932 se introdujeron bajo el signo de la dirección moderna y del movimiento internacional de reforma político-criminal, se deben probablemente a Cuello Calón Y Jiménez De Asúa, respectivamente. A éste y a Ruiz Funes correspondió además la elaboración -aunque no la iniciativa- de la Ley de Vagos y Maleantes.

Na década de 1920 e seguinte, a dogmática passou a ter grande importância no cenário do Direito Penal espanhol, passando a elaboração da lei a ser tarefa essencial da verdadeira ciência jurídico-penal, sendo ponto relevante a separação entre dogmática e política criminal²⁶³.

Não se deve esquecer que Von Liszt foi professor de Jiménez de Asúa e, devido à influência do penalista, os anos 1920 tiveram forte influência do pensamento alemão. Na década de 1930, iniciou-se, na Espanha, a difusão do neokantismo valorativo, que teve lugar com a tradução de Mezger por Rodríguez Muñoz, todavia, ainda ficariam as marcas de dogmatismo difundido por Jiménez de Asúa. Na próxima subseção, discorre-se a respeito do discurso da defesa social nas décadas de 1920 e 1930 no Brasil e na Espanha, a partir da Escola Positiva.

2.2.4 O discurso da defesa social nas décadas de 1920 e 1930 no Brasil e na Espanha a partir da Escola Positiva

Em primeiro momento, deve-se confessar a grande dificuldade de uma conceituação cabal do que seria defesa social, dada a grande variedade de sentidos que se encontram para tal expressão, não apenas dentro do próprio Direito, mas também em outras ciências irmãs.

Para Marcos Cezar Alvarez, a expressão “defesa social”, no contexto jurídico estudado, primeiro foi manifestada por Ferri, no sentido de servir de objeto e de justificação para a ação da escola positivista e, posteriormente, Adolphe Prins teria sido responsável por um movimento de renovação das doutrinas penais. Sociólogo e penalista belga, Adolphe Prins materializou a ideia de defesa social em sua obra “*La Défense Sociale et les transformations du droit pénal*”²⁶⁴²⁶⁵, em que o autor expõe um “novo Direito Penal”, marcado por deveres para com a sociedade, espaço no qual o criminoso seria aquele que atentasse contra a ordem social.

Para Prins, o princípio da defesa social é bem simples:

[...] Assim como a vida física dos homens é impossível sem a estabilidade das leis da natureza, a vida em sociedade é impossível sem a estabilidade das leis sociais. Para assegurar semelhante estabilidade se faz necessário o poder do

²⁶³ MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2.ed. Buenos Aires: Editorial IB de F. 2003, p. 252.

²⁶⁴ PRINS, Adolphe. **La defensa Social y las transformaciones del derecho penal por A. Prins**. Versão espanhola y prólogo sobre la génesis de la defensa social de Frederico Castejon Y Martínez de Arizala. Madri: Editora Hijos de Reus, 1917, v. 11, p. 14.

²⁶⁵ Nesta tese, utilizamos a versão em espanhol da obra.

Estado com sua maquinaria aperfeiçoada, suas rodas, seus múltiplos órgãos e seu procedimento regular” (tradução livre).²⁶⁶

Em sua tese doutoral, Bartira Macedo afirma que o advento do Direito Penal como instrumento de defesa social foi obra da Escola Positiva italiana, formada por César Lombroso (1835-1909), Enrico Ferri (1856-1929) e Rafael Garofalo (1851-1934).²⁶⁷

Para a autora, o médico Cézare Lombroso desempenhou importante papel na teoria criminal à medida que o foco de seu estudo não mais estava na figura do crime, outrora bastante discutido na Escola Clássica, mas o olhar estaria dirigido à figura do criminoso. Assim sendo, Lombroso buscou descrever, incansavelmente, a figura dos criminosos em detrimento dos sujeitos normais.²⁶⁸ Nesse contexto, o sistema penal teria a função precípua de proteger a sociedade como um todo. Como decorrência, a escola positivista se consolidou, não no sentido da consolidação abstrata do estudo do crime, mas no estudo de dados empíricos que buscavam no criminoso a justificativa dos males sociais.

Nessa toada, o Direito Penal desempenharia importante papel, que seria o de criar uma categoria para esses criminosos, propondo meios adequados para curar cada delinquente, para defender a sociedade de quaisquer males. Com sua teoria do criminoso nato, Lombroso nega o livre-arbítrio e a responsabilidade que, antes, na escola Clássica, estava baseado no fato e passou a se basear na periculosidade, pois, mesmo que o criminoso não o fosse pelo seu próprio desejo, a sociedade não poderia estar à mercê de seu arbítrio.²⁶⁹

Em sua obra “O homem delinquente”, Lombroso aponta importantes ideais que demonstram essa fixação pela figura do delinquente e não do crime em si, aponta tais desvios de conduta como algo natural, podendo-se encontrar não apenas nos homens, assim descreve:

[...] Em suma, o delito, tanto pela estatística como pelo exame antropológico, parece um fenômeno natural; se quisermos usar o linguajar dos filósofos – um fenômeno necessário, como o nascimento, a morte, a concepção, as doenças mentais, e mesmo das plantas, não aparecem mais separados como por um abismo, daqueles atos de homem criminoso: a diferença vai diminuindo

²⁶⁶ PRINS, Adolphe. **La defensa Social y las transformaciones del derecho penal por A. Prins**. Versão espanhola y prólogo sobre la génesis de la defensa social de Frederico Castejon Y Martínez de Arizala. Madri: Editora Hijos de Reus, 1917, v. 11, p. 61.

²⁶⁷ SANTOS, Bartira Macedo de Miranda. **As ideias de defesa social no sistema penal brasileiro: Entre o garantismo e a repressão (de 1890 a 1940)**. 2010. Tese (Doutorado em História da Ciência) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 12.

²⁶⁸ SANTOS, Bartira Macedo de Miranda. **As ideias de defesa social no sistema penal brasileiro: Entre o garantismo e a repressão (de 1890 a 1940)**. 2010. Tese (Doutorado em História da Ciência) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 12.

²⁶⁹ SANTOS, Bartira Macedo de Miranda. **As ideias de defesa social no sistema penal brasileiro: Entre o garantismo e a repressão (de 1890 a 1940)**. 2010. Tese (Doutorado em História da Ciência) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 17.

sempre, até desaparecer; e na forma estranha da “maldade brutal” do criminoso entrevenemos uma analogia, eu diria quase uma identidade, na qual não pensavam certamente aqueles que abusavam dessa palavra.²⁷⁰

Esse paradigma lombrosiano do delinquente como um louco, doente que deve, de forma ou outra, ser objeto de uma atuação estatal, ganhou espaço significativo, inclusive, no imaginário popular, de modo que o criminoso, para muitos, é um ser irreparável, de correção impossível.

Ferri, em comparação a Lombroso, tinha um viés muito mais sociológico e, para ele, a responsabilidade penal se derivaria do simples fato de viver em sociedade, portanto, o fim do Direito Penal seria a defesa social.²⁷¹ Para o autor italiano, independia se o homem fosse doente ou não, estando em sociedade, deveria respeitar as regras a ele impostas.

Para Garofalo, haveria um delito natural, partindo da ideia de criminoso nato de Lombroso, sendo assim haveria também delitos naturais que se repetiriam em qualquer lugar ou época, não menos que Lombroso também procura classificar os criminosos:

[...] Garófalo enquadra os criminosos em quatro categorias, a saber: a) assassinos; b) violentos ou enérgicos; c) ladrões ou neurastênicos; d) cínicos. Os assassinos, ou delinquentes típicos, consoante Garófalo: “Obedecem unicamente o próprio egoísmo, aos próprios desejos e apetites instantâneos, atuando sem cumplicidade alguma indireta, do meio social. Oferecem, frequentemente, anomalias anatômicas, uma vez regressivas, outras teratológicas ou atípicas; muitos sinais exteriores falam neles de uma suspensão de desenvolvimento moral, compatível, aliás, com uma anormal faculdade de ideação, pelos instintos, como pelos apetite; aproximam-se estes delinquentes dos selvagens e das crianças”. Nos violentos, ou enérgicos, falta o sentido de compaixão ou é sobremaneira escasso, a ponto de, facilmente, permitir-lhes a prática criminosa sob pretexto de falsa ideia, de exagerado amor próprio ou de preconceitos sociais, religiosos ou políticos. Dos criminosos violentos se destaca um subgrupo, os impulsivos, ou seja, os que cedem à cólera ou à excitação nervosa exacerbada. Eles não têm a fisionomia peculiar ou característica dos violentos e neles poucas vezes se percebem as assimetrias e hemiatropias do crânio ou da face, correspondentes ou desequilíbrio funcional das faculdades.

Em suma, o Positivismo criminológico gerou o surgimento do Direito Penal de defesa social, uma ideologia que estava extremamente atrelada à intervenção social e, a pretexto da segurança, tratou-se de teoria de extremo controle social, arraigada à ideia de periculosidade,

²⁷⁰ LOMBROSO, Cesare. **O homem criminoso**. Edição histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1983, p. 501.

²⁷¹ SANTOS, Bartira Macedo de Miranda. **As ideias de defesa social no sistema penal brasileiro: Entre o garantismo e a repressão (de 1890 a 1940)**. 2010. Tese (Doutorado em História da Ciência) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 30.

fundamentada por questões médicas, que substituía a culpabilidade com pressuposto de aplicação da lei penal.²⁷²

Era comum o debate sobre as chamadas “sentenças indeterminadas”,²⁷³ pois já que o crime era uma patologia, o doente deveria ser afastado do meio social o máximo possível, a pena passaria, então, a ter uma finalidade terapêutica, na cura daqueles considerados perigosos.

No Brasil, as ideias de defesa social, tais quais apontamos, chegaram às principais Universidades Brasileiras da época, a de São Paulo e a de Recife. A Escola de Recife incorporou bastante os ideais clássicos, graças a boa parte dos professores que ali lecionavam terem vindo de Portugal e trazido consigo tais ideais. Todavia, no final do século XIX, vozes insurgentes começaram a surgir na faculdade de Recife, como Tobias Barreto, e alguns debates começaram a ser encampados naquele ambiente universitário, inicialmente com as ideias de Comte e de Spencer e, posteriormente, com a própria teoria lombrosiana.²⁷⁴

A Faculdade de Direito de São Paulo encontrou em Pedro Lessa um grande entusiasta das ideias positivistas, entretanto, o foco de tal instituição de ensino era muito mais político do que o da Faculdade de Recife.²⁷⁵ Nesse mesmo raciocínio, aponta Lilia Moritz Schwarz, para quem

[...] São Paulo foi mais influenciada pelo modelo político liberal, enquanto a faculdade de Recife, mais atenta ao problema racial, teve nas escolas darwinista social e evolucionista seus grandes modelos de análise. Tudo isso sem falar do caráter doutrinador dos intelectuais da faculdade de Pernambuco, perfil que se destaca principalmente quando contrastado com o grande número de políticos que partiam majoritariamente de São Paulo.²⁷⁶

Significativa é a análise da autora citada, que desenvolveu cuidadosa análise em relação à Revista da Faculdade de Direito de Recife, que passou a circular, pela primeira vez em 1891. Tal periódico, já no primeiro volume, relatava sobre autores que ali figurariam durante anos: Lombroso, Ferri, Haeckel, Le Bon e Darwin.

²⁷² RIBEIRO, Bruno de Moraes. **Defesa social e Código Penal do inimigo**: Visão crítica Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2011, p. 9.

²⁷³ RIBEIRO, Bruno de Moraes. **Defesa social e Código Penal do inimigo**: Visão crítica Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2011, p. 9.

²⁷⁴ SANTOS, Bartira Macedo de Miranda. **As ideias de defesa social no sistema penal brasileiro**: Entre o garantismo e a repressão (de 1890 a 1940). 2010. Tese (Doutorado em História da Ciência) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 88.

²⁷⁵ RIBEIRO, Bruno de Moraes. **Defesa social e Código Penal do inimigo**: Visão crítica Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2011, p. 88.

²⁷⁶ SCHWARTZ, Lilia Moritz. O espetáculo das raças, cientistas, instituições e questão racial no Brasil 1870-1930). São Paulo: Editora Companhia das Letras, 1993, p. 144.

Na mesma toada, a opção pelo evolucionismo era evidente, com muitos artigos relacionados à Antropologia Criminal, seguindo os moldes do Positivismo Jurídico, desviaram-se as lentes do crime em si, voltando-se todo o olhar para o criminoso. Partindo da interpretação dos professores da faculdade, a criminalidade estava em vários lugares, em face do critério objetivo de reconhecimento da criminalidade.²⁷⁷

Até a década de 1920, o tom da Revista era a questão do evolucionismo relacionado à teoria criminológica positivista. Posterior e timidamente, a partir de tal década, vão surgindo críticas à Antropologia Criminal:

[...] Nos anos 20, higiene, saúde e educação se transformam nos grandes temas da revista, como se fosse preciso encontrar “um pouco de evolução em meio a tanta degeneração”. Ou seja, sem abrir mão do paradigma evolucionista, ou das teorias antropológicas da época, torna-se mais frequente um tipo de artigo que se indagava sobre a especificidade brasileira diante das determinações das teorias, sobretudo europeias. “Com a diversidade do *typo anthropologico* e do meio, a criminologia no Brasil não pode guiar-se pelas mesmas normas que conduzem a Europa”, concluía o artigo do prof. Luis e Silva na revista de 1927.²⁷⁸

Higienizar o País e educar o seu povo, esses eram os argumentos que brotaram na década de 1920 na Revista, de modo que o debate entre Direito e Medicina era bastante acirrado, no sentido de o Brasil ser uma nação doente e ter que ser sanitizada. Na sequência dos debates, sem dúvida, o envolvimento com o evolucionismo perdeu adeptos, de modo que surgiram, aos poucos, críticas acirradas a tal movimento.²⁷⁹ Lilia Schwartz atesta, ainda, que, em sua análise na década de 1930, todo o paradigma evolucionista “[...] parecia ultrapassado para esses intelectuais que até pouco tempo antes o empregavam quase que cegamente”.²⁸⁰

Em relação à Faculdade de Direito de São Paulo, Lilia Schwartz apresenta como conclusões de sua análise da Revista institucional de 1892, que os debates da faculdade envolviam questões mais internas, como o bom funcionamento da instituição, e havia forte influência política de modo que vários eram os ensaios de autores, que não se desvincilhavam

²⁷⁷ RIBEIRO, Bruno de Moraes. **Defesa social e Código Penal do inimigo**: Visão crítica Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2011, p. 166.

²⁷⁸ RIBEIRO, Bruno de Moraes. **Defesa social e Código Penal do inimigo**: Visão crítica Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2011, p. 168.

²⁷⁹ RIBEIRO, Bruno de Moraes. **Defesa social e Código Penal do inimigo**: Visão crítica Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2011, p. 171.

²⁸⁰ RIBEIRO, Bruno de Moraes. **Defesa social e Código Penal do inimigo**: Visão crítica Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2011, p. 174.

do tom evolucionista em seus anos iniciais, mas, ao mesmo tempo, muito preocupada com o progresso que era temática bastante debatida em tal periódico.²⁸¹

Na Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, houve o florescer de um debate entre o Direito e a Medicina sobre a Medicina Pública, no qual tiveram amplo destaque os que eram bastante acolhidos pelos juristas, mas havia uma ideia de superioridade dos juristas, que detinham certa proeminência sobre os médicos na análise da sociedade, assim temas como democracia também apareciam ora ou outra.

Na década de 1920, apesar de críticas às ideias deterministas, ainda não havia uma mudança abrupta no pensamento:

[...] Dessa maneira, a partir do final dos anos 20, tendo como pano de fundo um novo contexto político — de um lado o fantasma da guerra, do fascismo e da ditadura, e de outro um grande receio em relação ao porvir —, nas páginas da revista surge de forma ainda mais nítida um modelo próprio da escola paulista. Da crítica às interpretações sobre as raças, resta ainda “a verdade da desigualdade entre elas”. Além disso, apesar da adoção de um modelo liberal, a interpretação evolucionista é ainda consensual, servindo como fonte de legitimação a um Estado que se pretende “o fruto de uma evolução social ininterrupta.”²⁸²

Muito embora não seja possível dizer sobre a existência de uma escola penal unificada, unitária, importante é notar o quanto havia de evidência no cenário político brasileiro, de modo que se sentiam como escolhidos para dirigir os eleitos da nação, em apertada síntese:

[...] A figura do jurista permanecia, em meio a toda essa batalha, como que intocada. Confiantes em sua posição de “missionários”, buscavam os juristas brasileiros cunhar para si próprios uma representação que os distinguisse dos demais cientistas nacionais. Eram eles os “eleitos” para dirigir os destinos da nação e lidar com os dados levantados pelos demais profissionais de ciência. Na sua visão, encontravam-se distanciados do trabalho empírico dos médicos, das pesquisas teóricas dos naturalistas dos museus, da visão eclética e oficial dos intelectuais dos institutos históricos e geográficos. Entendiam-se como mestres nesse processo de civilização, guardiões do caminho certo.²⁸³

Espelhando o debate no além mar, tratando do caso espanhol, as ideias de Lombroso ganharam terreno fértil, no final do século XIX, na busca de uma solução para as questões

²⁸¹ SCHWARTZ, Lilia Moritz. O espetáculo das raças, cientistas, instituições e questão racial no Brasil 1870-1930). São Paulo: Editora Companhia das Letras, 1993, p. 181.

²⁸² SCHWARTZ, Lilia Moritz. O espetáculo das raças, cientistas, instituições e questão racial no Brasil 1870-1930). São Paulo: Editora Companhia das Letras, 1993, p. 182.

²⁸³ SCHWARTZ, Lilia Moritz. O espetáculo das raças, cientistas, instituições e questão racial no Brasil 1870-1930). São Paulo: Editora Companhia das Letras, 1993, p. 188.

criminais que envolviam o país, principalmente no que tange à punição de determinados grupos, seja por questões sociais, seja por questão ideológica distinta à do Governo vigente.

Como exemplo, no final do século XIX, vários foram os atentados anarquistas na Espanha²⁸⁴, ligados a desencontros com o pensamento governamental. Assim, assim a teoria de Lombroso foi incorporada pelo Governo vigente para rechaçar esse grupo então considerado perigoso. O anarquista passou a ser considerado como um doente, aquele que não conseguia adaptar-se à vida social, promovendo o caos político. Com esse fundamento, uma campanha foi travada na Espanha para criminalizar o movimento libertário. Especificamente se buscou o respaldo na teoria lombrosiana, pelo fato de o autor ter escrito sobre o tema e associar os anarquistas à epilepsia, ao histerismo, à loucura²⁸⁵, pelo que tais indivíduos deveriam estar fechados em um manicômio.

Do mesmo modo, a prostituição foi duramente atacada na Espanha, justamente por entender-se que a prostituição era um desvio de conduta grave, e que deveria ser extirpado com a atuação do Estado, assim, cabia também a internação. As ideias de Enrico Ferri e Garofalo, conforme dito alhures, o primeiro com viés mais social e o segundo em um prisma de caráter fisiológico, em encontro com as ideias de Lombroso passaram a espelhar a ideia de que o meio social é o caldo de cultivo da criminalidade.

As ideias positivistas, principalmente relacionadas a Lombroso, ganharam corpo no interior da sociedade, de modo que grassaram sobre aqueles que eram considerados seres desviados de um padrão social, não só os anarquistas e prostitutas como dito alhures, mas os doentes mentais, os homossexuais e parcela famigerada da população.

Fazendo justiça, não se pode esquecer que a Antropologia Criminal espanhola também foi fortemente influenciada por Mariano Cubí, médico catalão frenólogo²⁸⁶ que, durante a primeira metade do século XIX, encampou vários estudos sobre o tema, inclusive organizando debates, palestras, mas, em razão da incerteza científica do tema, ele foi caindo em desuso até a retomada, em parte, pelas novas teorias referenciadas no final do século XIX.²⁸⁷

Em termos de escola de pensamento, acredita-se que a primeira exposição das ideias Lombrosianas coube a Félix de Aramburu, em sua cátedra em Olviedo, onde teria organizado

²⁸⁴ Atentado ao General Martinez Campos no Liceo de Barcelona; Assassinato de Cánovas del Castilho, entre outros acontecimentos relacionados ao movimento anarquista espanhol.

²⁸⁵ OCON, Cristina Vara. **Cimininalidad y orden penal**: Estudio de la delincuencia en la granada la restauracion (1875/1902). 2007. Tese (Doutorado em Direito) – Universidad de Granada, España, 2007, p. 75.

²⁸⁶ A frenologia se base em análise de características do crânio para prever problemas mentais.

²⁸⁷ OCON, Cristina Vara. **Cimininalidad y orden penal**: Estudio de la delincuencia en la granada la restauracion (1875/1902). 2007. Tese (Doutorado em Direito) – Universidad de Granada, España, 2007, p. 194.

uma série de conferências sobre o tema, contando com o desenvolvimento de três veículos de difusão: as revistas de Antropología e Ciencias medico-legales o la de Legislación y jurisprudencia y la Escuela de Criminología e Boletín de la institución Libre de Enseñanza.²⁸⁸

Entre os autores que mais se destacaram, no âmbito do estudo da Antropologia Criminal na Espanha foi Pedro Dorado Monteiro, que foi tradutor de obras de Ferri e de Garofalho, publicando também a obra “*La Antropología Criminal en la Itália*”. Dorado não aceitou as teses positivistas sem qualquer crítica, inclusive não incorporou a ideia do criminoso nato, pensando na possibilidade de recuperação do delinquente.²⁸⁹

Interessante, no mesmo sentido do debate, pensar que, na Espanha, não se conhece o que seria uma Escola Sociológica puramente espanhola, como em outros países europeus. Tais ideias baseadas no pensamento de Ferri e de Tarde, enxergavam o crime como uma questão social e utilizavam-se a Sociologia, a Antropologia, a Psicologia e o Direito para pensar o fenômeno da delinquência.

Na mesma via, também o que se denominou Terceira Escola, ou escola crítica, que seria uma síntese da Escola Clássica com a Escola Positivista, parece não ter reinado na Espanha. Como anteriormente elucidado, tivemos, na Espanha, o correccionalismo entre outras escolas de pensamento sobre Direito Penal, não havendo, no país, a inserção de um Positivismo aos moldes italianos.²⁹⁰

O que se observa é que, embora não se tenha uma posição teórica tipicamente sociológica na Espanha, é indubitável que tais teorias também influenciaram o Direito Penal espanhol, sendo inegável que o fervilhar de ideias gerou um ecletismo.²⁹¹

Ao mesmo tempo, também no final do século XIX, baseada na obra de Carlos Augusto Roder, autor alemão, influenciado pela filosofia panteísta de Karl Christian Friedrich Krause, que defendia a aplicação da pena como correção moral, tem-se o desenvolvimento da Escola Correccionalista, na Espanha, traduzida por Francisco Giner de los Ríos. Nesse contexto, temos importantes autores, entre os quais Félix de Aramburu y Zuloaga, Luis Jiménez de Asúa, Pedro Dorado Monetero e Concepción Arenal. No próximo capítulo, debate-se a defesa social e a punição da pobreza na cultura jurídico-penal entre as décadas de 1930 e 1940.

²⁸⁸ OCON, Cristina Vara. **Criminalidad y orden penal**: Estudio de la delincuencia en la granada la restauracion (1875/1902). 2007. Tese (Doutorado em Direito) – Universidad de Granada, España, 2007, p. 214.

²⁸⁹ OCON, Cristina Vara. **Criminalidad y orden penal**: Estudio de la delincuencia en la granada la restauracion (1875/1902). 2007. Tese (Doutorado em Direito) – Universidad de Granada, España, 2007, p. 207.

²⁹⁰ OCON, Cristina Vara. **Criminalidad y orden penal**: Estudio de la delincuencia en la granada la restauracion (1875/1902). 2007. Tese (Doutorado em Direito) – Universidad de Granada, España, 2007, p. 212.

²⁹¹ OCON, Cristina Vara. **Criminalidad y orden penal**: Estudio de la delincuencia en la granada la restauracion (1875/1902). 2007. Tese (Doutorado em Direito) – Universidad de Granada, España, 2007, p. 214.

3 A DEFESA SOCIAL E A PUNIÇÃO DA POBREZA NA CULTURA JURÍDICO-PENAL ENTRE AS DÉCADAS DE 1930 E 1940

Neste capítulo, trata-se do discurso da defesa social em meio ao Estado Novo Brasileiro, buscando alguns apontamentos históricos sobre o período, tendo como marco temporal o ano de 1937, que foi o ano do golpe que centralizou o poder no Executivo, inaugurando o regime ditatorial, ao passo que, na Espanha, o marco também é o mesmo ano, momento em que o país estava dividido em plena Guerra Civil, ~~e em breve também chegaria o~~ **que resultaria** na implantação do regime Franquista.

O que se busca é justamente captar a existência das escolas penais, seus principais contornos e a circulação das ideias de defesa social, nos marcos temporais já elucidados. Para tanto, resolveu-se por buscar nas doutrinas de época **o referido ideário**, utilizando-se de quatro autores principais: ~~a possibilidade de suas obras tratarem da teoria da defesa social~~: na Espanha, Jiménez de Asúa, com uma visão relativa ao Direito protetor dos criminais, herdada de Dorado Montero, Quintiliano Saldaña e seu pragmatismo jurídico; no Brasil, Nelson Hungria e Roberto Lyra.

Em razão do marco temporal, optou-se, também, por trazer ao capítulo a lei espanhola de vagos e meliantes, que demonstra a circulação das ideias de defesa social, **iniciada** ainda durante a Segunda República espanhola. Não obstante, será feita uma análise crítica de tal legislação no sentido da interpretação, de quem seria o vagabundo ou meliante, já que entende-se pela existência de uma seletividade do Direito Penal.

3.1 O DISCURSO DA DEFESA SOCIAL EM MEIO AO ESTADO NOVO BRASILEIRO E AO FRANQUISMO ESPANHOL

Getúlio Dorneles Vargas assumiu o poder no Brasil em 1930, por intermédio um golpe de estado – **denominado na história tradicional como Revolução de 1930** – e **governou governando** provisoriamente até 1934, quando **após eleições gerais foi eleito um parlamento renovado que acabou por votar a** ~~houve~~ a criação de uma constituição, que sinalizaria a existência de eleições nos anos seguintes. Todavia, em meio à existência de um suposto/forjado plano de ameaça comunista no Brasil, aplicou um golpe de Estado em 1937, implantando uma ditadura chamada de Estado Novo, **que se manteve até o final da guerra, em 1945**.

Deve-se retomar o fato de que a revolução de 1930 teve um papel fundamental nas mudanças legislativas, pois foi um momento marcado economicamente pelo esgotamento do

modelo agroexportador e a busca pelo desenvolvimento industrial. Juntamente com isso, aos poucos, houve a incorporação, **ainda que paternalista, dos interesses** da classe trabalhadora, **cujos marcos foram:** ~~e um marco~~ foi a criação das Caixas de Previdência, em 1931, pela **a autorização da** organização sindical, **ainda que nos moldes do corporativismo fascista italiano**, e a gradual consolidação da legislação trabalhista, que edificou um Estado intervencionista e previdenciário²⁹².

Nesse contexto, é necessário salientar que a criminalização da vadiagem é quase um elemento da estrutura capitalista, não se podendo afirmar concretamente que tenha havido um endurecimento da punição das pessoas assim enquadradas, simplesmente pelo advento do Estado Novo, ou da Revolução de 1930, mas pode-se afirmar que o Estado Novo também se preocupava-se com tais questões. Assim, em meio à criação do Código Penal de 1940 e da Lei e contravenções penais, é inegável que existiram influências da criminologia positivista, mas dizer que o Código é estruturado por tal pensamento é um exagero, já que houve forte influência metodológica do tecnicismo jurídico²⁹³.

Nesse cenário, a Constituição de 1937 modificou totalmente o processo legislativo brasileiro, de modo que os projetos de lei passam a ser de iniciativa do Presidente da República e ao parlamento restava a possibilidade de proposição legislativa desde que viesse de, ao menos, 1/3 dos membros de uma das casas e versasse sobre princípios de legislação. Deve-se consignar que o parlamento apenas se reunia com a convocação do Presidente, de modo que tal convocação não ocorreu durante o Estado Novo²⁹⁴.

O governo estadonovista optou, então, por um corpo técnico para elaborar a legislação, sendo o Ministro da Justiça, ~~que era~~ Francisco Campos, o responsável por todo o direcionamento **e produção legislativa de interesse governamental**. Esse foi o caso da legislação penal brasileira gestada no período. O Projeto de Código Penal foi então encomendado ao Professor Alcântara [**inserir nota com demais dados ?**], que tentou trazer para o texto temas que eram tratados em legislações apartadas. O Ministro da Justiça à época entendia que seria

²⁹² BATISTA, Nilo. **Apontamentos para uma história da legislação penal brasileira**. São Paulo: Editora Renavan, 2016.p.93

²⁹³ BATISTA, Nilo. **Apontamentos para uma história da legislação penal brasileira**. São Paulo: Editora Renavan, 2016.p.93

²⁹⁴ NUNES, Diego. Processo legislativo para além do parlamento em estados autoritários: Uma análise comparada entre os Códigos Penais Italiano de 1930 e Brasileiro de 1940. **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 74, p. 153-180, dez. 2016.p. 165.

necessária outra forma de Código, mais estável, já que as legislações com as contravenções sofreriam constante modificação e o Código deveria ser duradouro²⁹⁵.

O Código de 1940 foi criado pela comissão de juristas [inserir nota com os nomes e currículos ?] e tudo era passado pelas mãos do Ministro, de modo que ele mesmo opinava sobre o feito e propunha alterações, pois o ato de legislar era um reforço à autoridade do regime. Deveria, então, o parlamento cuidar de questões principiológicas, já que a atividade técnica legislativa seria do Executivo, graças à necessidade de modernização administrativa²⁹⁶.

Deve-se consignar que existe uma semelhança no que tange à questão legislativa tanto no regime estadonovista de Getúlio Vargas, como no fascismo de Benito Mussolini, pois tanto Alfredo Rocco como Francisco Campos ocuparam papel de protagonismo em ambos os países, em termos da coordenação e decisão final sobre a ~~e~~ construção de legislação penal. Coincidentemente, após completar as transformações políticas de seus países, foram afastados de seus encargos, mas é inegável seu papel na construção dos regimes autoritários, já que, no caso brasileiro a própria criação da Constituição de 1937 esteve imbricada a Francisco Campos²⁹⁷.

Nesse sentido, o argumento do tecnicismo jurídico, buscado pelo Governo Vargas, findou por ser encampado por Nelson Hungria, tendo por diretor dos trabalhos de constituição do Código o Ministro Francisco Campos, e sua contratação gerou um debate entre ele e Alcântara Machado, de modo a manter o que seria um projeto de Código.

Dessa feita, o pela abordagem denominada tecnicismo jurídico, buscava-se afastar a influência do Positivismo em seu viés sociológico e antropológico, e almejava a formação de um Direito mais “autônomo e voltado para o saber do jurista”, de modo a se enquadrar-se bem na busca de Estados autoritários, como o brasileiro, de afastar a representação popular.

A Espanha experimentou um rápido crescimento econômico no final do século XIX e início do XX, graças, principalmente, ao setor de mineração e metalurgia, todavia essa prosperidade econômica não significou avanço nas condições de vida da maioria da população. Os grandes proprietários rurais ainda exerciam forte influência política na Espanha, submetendo

²⁹⁵ NUNES, Diego. Processo legislativo para além do parlamento em estados autoritários: Uma análise comparada entre os Códigos Penais Italiano de 1930 e Brasileiro de 1940. **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 74, p. 153-180, dez. 2016, p. 166.

²⁹⁶ NUNES, Diego. Processo legislativo para além do parlamento em estados autoritários: Uma análise comparada entre os Códigos Penais Italiano de 1930 e Brasileiro de 1940. **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 74, p. 153-180, dez. 2016, p. 166.

²⁹⁷ NUNES, Diego. Processo legislativo para além do parlamento em estados autoritários: Uma análise comparada entre os Códigos Penais Italiano de 1930 e Brasileiro de 1940. **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 74, p. 153-180, dez. 2016, p. 172.

o restante do povo a seus anseios de manutenção do poder, subjugando, principalmente, os camponeses, que viviam em situação de miséria²⁹⁸.

Vale salientar que a Espanha, no início do século XX, não havia passado por uma revolução burguesa; as estruturas do Antigo Regime ainda se faziam presentes, e os poderes da monarquia, da nobreza detentora de terra e da Igreja permanenciam intactos.²⁹⁹

Nesse contexto, se formou um conjunto de forças de contestação ao *status quo* vigente, tendo por destaque o movimento operário, marcado, sobretudo, pelas ideias anarquistas, socialistas e comunistas. Se, de um lado, a existência desses grupos denotava o desejo de mudanças na sociedade espanhola, por outro, grupos reacionários desejavam manter-se no poder, conforme afirma Paul Preston:

[...] A Guerra Civil foi o ponto culminante de uma série de lutas desiguais entre as forças de reforma e de reação que dominaram a História espanhola desde 1808. Há uma constante curiosa na História moderna de Espanha que vem de um fosso entre a realidade social e a estrutura do poder político que o governou. Os períodos muito longos durante os quais os elementos reacionários tentaram usar o poder político e militar para atrasar o progresso social inevitavelmente foram seguidos por explosões de fervor revolucionário. Em 1850, 1870, entre 1917 e 1923 e, principalmente, durante a Segunda República, foram realizados esforços para colocar a política espanhola em sintonia com a realidade social do país. Isso inevitavelmente envolveu tentativas para introduzir reformas fundamentais, especialmente agrária, e para levar a cabo a redistribuição de riqueza. Esses esforços causaram, alternativamente, tentativas reacionárias para parar o relógio e reimpor a desigualdade tradicional na posse de poder econômico e social.^{300,301}

O desencadeamento principal desse complexo cenário político espanhol se materializou, em 1936, com a vitória nas eleições da Frente Popular, uma ampla coligação de forças

²⁹⁸ PRESTON, Paul. **La guerra civil española: Reacción, revolución y venganza**. Madri: Editora Debolsilho, 2011, p. 37.

²⁹⁹ PRESTON, Paul. **La guerra civil española: Reacción, revolución y venganza**. Madri: Editora Debolsilho, 2011, p. 31.

³⁰⁰ No original em espanhol: La Guerra Civil fue la culminación de una serie de luchas desiguales entre las fuerzas de la reforma y las de la reacción que dominaban la Historia española desde 1808. Hay una constante curiosa en la historia moderna de España que procede de un frecuente desfase entre la realidad social y la estructura de poder político que la regía. Los larguíssimos períodos durante los cuales los elementos reaccionarios han intentado utilizar el poder político y militar para retrasar el progreso social se han intentado utilizar el poder político y militar para retrasar el progreso social se han visto inevitablemente seguidos de estallidos de fervor revolucionario. En 1850, 1870, entre 1917 y 1923 y, principalmente durante la Segunda República, se llevaron a cabo esfuerzos para poner la política española em sintonía con la realidad social del país. Ello implicó, inevitablemente, intentos de introducir reformas fundamentales, especialmente agrarias, y de llevar a cabo redistribuciones de la riqueza. Tales esfuerzos provocaron, alternativamente, intentos reaccionarios de detener el reloj y reimponer la tradicional desigualdad en la posesión del poder económico y social.

³⁰¹ PRESTON, Paul. **La Guerra Civil Española: Reacción, revolución y venganza**. Madri: Editora Debolsilho, 2011, p. 31.

progressistas e grupos de esquerda, que conseguiu fazer frente a uma oposição radical de direita, em especial com a Falange Espanhola (grupo nacionalista de inspiração nazifascista).³⁰²

Com a vitória da Frente Popular, em 1936, tornou-se ainda mais forte a reivindicação dos trabalhadores que, em situação de carência, exigiam melhor padrão de vida e acreditavam que poderiam ditar condições [para a superação da pobreza e da miséria](#). Não obtendo uma atuação imediata do Governo, um grande número de *braceros* sem terra começaram a ocupar propriedades em várias regiões da Espanha. Assim, não conseguiu o Governo satisfazer nem os trabalhadores, nem mesmo os proprietários rurais e acabaria sendo deposto.³⁰³

Nesse contexto, uma onda de violência ocorreu na Espanha, os falangistas realizaram uma série de ataques a civis, [sendo que](#), de outro lado, os republicanos também se organizam, como é o caso dos comunistas que formaram milícias (Milicias Antifascistas Obreras y Campesinas, Maoc) para combater os fascistas, e as ideias anarquistas também ganharam as ruas e tornaram-se comuns os enfrentamentos entre os grupos.³⁰⁴

Em julho de 1936, em Marrocos, onde se encontravam importantes setores do exército, uma rebelião militar ali surgida se espalhou pela Espanha, sob a liderança de Francisco Franco e o apoio de outros chefes militares, proprietários de terras, industriais e católicos tradicionais. Encontrando a contraofensiva do Governo republicano, os falangistas conseguiram apenas tomar parte do território espanhol. Dessa forma, a Espanha ficou dividida entre os dois grupos.³⁰⁵

Importante é salientar que, durante o período da Guerra Civil, os dois grupos tinham apoio de outras potências europeias, os falangistas eram auxiliados pelos governos fascistas italiano e alemão e os republicanos detinham o apoio da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas.

³⁰² PRESTON, Paul. **La Guerra Civil Española**: Reacción, revolución y venganza. Madri: Editora Debolsilho, 2011, p. 113.

³⁰³ BEEVOR, Antony. **A batalha pela Espanha**: Guerra civil espanhola 1936-1939. Tradução de Maria Beatriz de Medina. Rio de Janeiro: Record, 2007, p. 90.

³⁰⁴ Os grupos que compunham a Frente Popular tinham fortes divergências internas como pode ser observado no Filme: Terra e Liberdade (*Land and Freedom*) do diretor Ken Loach, lançado em 1995. O filme narra a vitória da Frente Popular nas eleições de 1936, iniciando um crise política no país, entre aqueles que desejavam mudanças sociais e os que desejavam a manutenção do *status quo* vigente. Nesse contexto, o jovem David Carr deixa a Inglaterra para lutar pelos ideais de Revolução Espanhola, chegando à Espanha junta-se à membros do Partido Operário de Unificação Marxista, POUM, que criticava o socialismo soviético de Stalin devido ao seu viés burocrático e autoritário. Em contrapartida a personagem acaba deparando-se com a existência do Partido Comunista Espanhol, PCE, ligado aos ideais stalinistas. As divergências entre os dois partidos podem ser evidenciadas no decorrer do filme, no que se refere à coletivização das terras proposta pelo POUM e a manutenção da propriedade reivindicada pelo PCE.

³⁰⁵ BEEVOR, Antony. **A batalha pela Espanha**: Guerra civil espanhola 1936-1939. Tradução de Maria Beatriz de Medina. Rio de Janeiro: Record, 2007, p. 104.

Essa influência de forças extrafronteiras ~~espanholas~~ **na Espanha** pode bem ser exemplificada quando falamos no bombardeio a Guernica, em 26 de abril de 1937, cidade de maioria republicana: aviões alemães e italianos atacaram o vilarejo com cerca de 5.000 pessoas, ocasionaram a morte de centenas delas, incendiaram a cidade, e possibilitaram sua posterior tomada pelas forças falangistas.³⁰⁶

Não apenas os falangistas cometeram atrocidades contra os opositores, os republicanos, durante o período de conflito, criaram instalações às margens da lei (cheka) para interrogar, torturar, e julgar de maneira sumária os participantes dos grupos nacionalistas.³⁰⁷ Assim ainda podemos notar:

[...] A ação dessas checas e os assassinatos cometidos por sujeitos “indesejáveis” geraram um clima de terror e insegurança em Madri, especialmente para aqueles que eram suspeitos de pouca simpatia pela República ou eram conhecidos simpatizantes de partidos que se opunham à Frente Popular. Muitos deles imediatamente se dedicaram a procurar um esconderijo seguro ou, em breve, a encontrar refúgio em uma embaixada ou propriedade protegida por uma bandeira estrangeira.^{308,309}

Afirma Javier Cervera Gil que, nos primeiros meses da Guerra Civil, houve grande violência em Madri, **pois** cada organização política colocava em prática seu sistema policial, sua própria perseguição àqueles que considerava suspeitos, seus próprios métodos de interrogatório e eliminação dos que considerava suspeitos.

Com o fim do conflito e a vitória da Falange, buscou-se propagandear a necessidade da Guerra Civil para a derrota dos “vermelhos”; assim buscavam evidenciar o incêndio a Igrejas, a morte de párocos, e um número muito superior de mortos do lado republicano. Com o

³⁰⁶ O bombardeio a Guernica foi representado pelo filme: O massacre em Guernica (Gernika), 2016, no qual o diretor Koldo Serra relatou o trabalho do Jornalista George Lowther Steer, que constituiu os mais importantes relatos sobre a guerra que, inclusive, teriam inspirado Pablo Picasso na elaboração da obra Guernica.

³⁰⁷ GIL, Javier Cervera. Violência en el Madri de la Guerra Civil: Los “Paseos” (Julio a Diciembre 1936). **Ediciones Universidad de Salamanca**, v. 13, p. 63-82, 1995, p. 65.

³⁰⁸ No original em espanhol: La actuación de estas checas y los asesinatos cometidos por sujetos indeseables generaron un clima de terror e inseguridad en Madrid, sobre todo para aquellos sobre los que se sospechaba pocas simpatías por la República o eran conocidos simpatizantes de partidos contrarios al Frente Popular. Muchos de ellos se dedicaron en seguida a la búsqueda de un escondite seguro o, pronto, conseguir el refugio en alguna embajada o inmueble protegido por un pabellón extranjero.

³⁰⁹ GIL, Javier Cervera. Violência en el Madri de la Guerra Civil: Los “Paseos” (Julio a Diciembre 1936). **Ediciones Universidad de Salamanca**, v. 13, p. 63-82, 1995, p. 66.

Franquismo, apenas a morte dos vencedores se celebrava, com discursos, livros e monumentos como o *Valle de los caídos*.^{310, 311}

Dessa forma se buscou efetivar na Espanha um discurso que privilegiava os feitos franquistas, buscando justificar a existência da Guerra Civil e abafando as vozes dissidentes que poderiam também ter apresentado sua versão dos fatos. Os desdobramentos de tal conflito fratricida terão grande influência no processo de transição para a democracia com o fim do Franquismo, como veremos mais adiante.

O Governo ditatorial franquista foi implantado em 1939 e, para se estabelecer, utilizou a repressão generalizada. A imposição do regime de Franco foi levada a cabo por meio do terror em todas as províncias espanholas, tanto naquelas em que houve resistência, como nas que aderiram desde o primeiro momento à sublevação militar³¹².

Os vitoriosos da Guerra Civil foram implacáveis com os derrotados. Após o conflito, inumeros foram os métodos utilizados para manutenção do poder: prisões, assassinatos e criação de campos de concentração:

[...] E se a Espanha de Franco lançou suas bases políticas em um imenso investimento em violência para viver depois de suas rendas, não nos devemos ter “meia tinta” quando se trata de afirmar que Franco contou e se baseou em uma rede densa de campos de concentração e exploração da força de trabalho republicana para resolver seu poder. Campos de concentração. Nem centro de prisão, nem depósitos, nem acampamentos, eufemismos que só procuram esconder ou temperar uma realidade: a existência em Espanha de mais de 180 campos (104 deles, permanentes) onde os prisioneiros de guerra foram internados, reeducados e torturados, aniquilados ideologicamente e preparados para fazer parte da enorme legião de escravos que construíram e reconstruíram infraestruturas estatais, como parte do castigo que tinham que pagar à Espanha "real", por terem entrado nas fileiras de um suposto "anti-Espanha".³¹³

De um lado, os campos de concentração serviam para arregimentar trabalhadores, **visto que**, o emprego da mão de obra forçada era habitual durante o período a Guerra Civil, e continuou a ser utilizado até o período final da Segunda Guerra Mundial. Por outro lado, essa

³¹⁰ Trata-se de um memorial construído durante o governo Francisco Franco para exaltar os nacionalistas mortos durante a Guerra Civil.

³¹¹ GODICHEAU, François. La represión y la guerra civil española. Memoria y tratamiento histórico. **Prohistoria**, v. 5, n. 5, p. 103-123, 2001, p. 103.

³¹² SOMBRÍA, Santiago Vega. Las manifestaciones de la violencia franquista. **Hispania Nova - Revista de História Contemporânea**, n. 7, p. 1-30, 2007, p. 5.

³¹³ JAVIER, Rodrigo. Internamiento y trabajo forzoso: Los campos de concentración de Franco. **Hispania Nova. Revista de Historia Contemporânea**, n. 6, p. 618-642, 2006, p. 7.

forma de escravidão por motivos políticos representava o desejo de castigar os perdedores, fazer com que passassem por humilhações e fossem submetidos a trabalhos forçados.³¹⁴

A justificativa ideológica para os campos de concentração estava na suposta existência dos “inimigos da Espanha”, que deveriam pagar o preço pela Guerra Civil. “[...] Nos campos de concentração se ensinava o lugar que dos vencidos na Nova Espanha que teriam que aguentar a violência do Estado, humilhações e a reeducação política e ideológica”.³¹⁵

Os campos de concentração marcaram o momento inicial do regime franquista, mas as ações violentas perpetuaram-se ao longo dos anos. A tortura, por exemplo, foi utilizada em larga escala durante toda a ditadura, principalmente contra os presos e opositores.³¹⁶

Sendo os opositores do regime franquista afastados do cenário político, e por vezes até mesmo universitários, surgiram novos nomes **no cenário jurídico dispostos a legitimar o Direito para** o novo Estado que se constituía:

[...] En este grupo podemos identificar plenamente a José Arturo Rodríguez Muñoz (1899-1955), Isaías. Sánchez Tejerina (1892-1959), Federico Castejón (1888-1972), Eugenio Cuello Calón (1879-1963), Juan del Rosal (1908-1973), José Guallart (1899-1955), José María Rodríguez Devesa (1916-1987)⁴¹, Jaime Masaveu, Antonio Ferrer Sama (1913-1986), Manuel Serrano. Rodríguez, Octavio Pérez Vitoria (1912-2010), Valentín Silva Melero (1905-1982, Catedrático, Rector y Presidente del Tribunal Supremo).

O Direito Penal durante a ditadura franquista, marcadamente autoritário, teve suas raízes anteriores ao regime; durante a ditadura de Primo de Rivera (1923-1930) foi promulgado um novo Código Penal, em 1928, alterando então vários pontos do Código Penal de 1870, tendo como responsáveis Eugenio Cuello Calón, Galo Ponte e Quintiliano Saldaña.

O Código de 1928 trouxe à tona **o conceito de** periculosidade sem delito, princípio estrutural da defesa social; rompendo com o Direito Penal clássico em que a periculosidade de um indivíduo só poderia ser aferida pelo ato criminoso que ferisse a lei. Não ~~há~~ se deve negligenciar que essa ideia advinha da Escola Positivista Italiana, no sentido de que deveria ser medido o grau de periculosidade do indivíduo, fixar seu grau de ameaça social e criar mecanismos de defesa.

³¹⁴ JAVIER, Rodrigo. Internamiento y trabajo forzoso: Los campos de concentración de Franco. *Hispania Nova. Revista de Historia Contemporánea*, n. 6, p. 618-642, 2006, p. 9.

³¹⁵ JAVIER, Rodrigo. Internamiento y trabajo forzoso: Los campos de concentración de Franco. *Hispania Nova. Revista de Historia Contemporánea*, n. 6, p. 618-642, 2006, p. 9.

³¹⁶ GÓMEZ, Francisco Moreno. La gran acción represiva de Franco que se quiere ocultar. *Hispania Nova*, n. 1, p. 183-210, 2015, p. 202.

As ideias positivistas italianas contribuíram para a patologização das ideias contrárias ao Estado, principalmente no que tange à política. O governo ditatorial trouxe uma Psiquiatria dura, politizada e repressiva, negando a Psiquiatria do início do século XX e do final do século XIX, principalmente do período republicano, pois se acreditava que a Psiquiatria ~~teria~~ deveria ter um papel de liderança na reconstrução espiritual e moral, em meio ao catolicismo aflorado do período. Em síntese, o médico psiquiatra seria uma apóstolo na busca do firmamento do franquismo³¹⁷.

O Código Penal de 1928 seria o primeiro a ter a duplicidade, no sentido de imprimir penas e medidas de segurança, assim como demonstra seu tom defensivo, ao colocar como agravante o fato de o réu ser vagabundo.

O próprio pensamento de Jiménez de Asúa, que contemplaria essa tese, demonstra uma preocupação com o abandono dos conceitos de liberdade moral e livre-arbítrio, para pensar a ideia do Estado Perigoso, abandonando também os conceitos clássicos de intencionalidade e de responsabilidade. A preocupação estava na possibilidade de esse indivíduo delinquir, o risco que representaria à sociedade. Dessa forma, ao invés da pena, a medida de segurança, seria o elemento essencial que visaria a inocular e corrigir o delincente, devendo o mesmo estar submetido até que cessasse sua periculosidade, devendo ser o Direito Penal, constituir-se não em um Direito repressivo, mas, ao contrário, em protetor dos criminosos.

Com a Segunda República Espanhola (1931-1939) surgiram na Espanha diversas questões políticas e sociais. Basta lembrar que pouco antes tivera lugar a grande crise de 1929, e a deposição de Primo de Rivera gerou intenso descontentamento nos setores militares, iniciaram-se fermentações sociais, com greves, reivindicações que findaram por incorrer em confrontos nas ruas, sobretudo a classe trabalhadora reivindicava mais direitos³¹⁸.

Em meio ao caos econômico/político/social, muitos penalistas começaram a pensar uma solução a ser ditada pela lei. A Ley de Vagos e Maleantes surgiu nesse processo como algo preventivo, com imposição de medidas de segurança tanto em relação ao delito ou ao pré-delito, buscando uma ferramenta para responder as questões que não se conseguia contornar no início da década de 1930. A intenção da lei era evitar prisões desnecessárias, com aplicação de

³¹⁷ CAMPOS, Ricardo; NOVELLA, Enric. La higiene mental durante el primer franquismo: de la higiene racial a la prevención de la enfermedad mental (1939-1960). *Dynamis*, v. 37, n. 1, p. 65-87, 2017, p. 72.

³¹⁸ AZPARREN, Andrea Iribarren. **Análisis de la regulación de la peligrosidad social en el Nacionalsocialismo y en el Franquismo**. 2016. Disponível em: <https://addi.ehu.es/bitstream/handle/10810/18961/Iribarren%20Azparren%20Andrea.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 15 abr. 2023, p. 34.

medidas de segurança e buscando o tratamento do indivíduo, muito embora se tenha tornado ferramenta para a ditadura franquista.

Em 1932, foi criado o Código Penal da Segunda República, cujos principais nomes eram Jiménez de Asúa e Antón Oneca:

[...] A teoria do delito exposta por Luis Jiménez de Asúa, se dedicava com maior atenção ao sistema elaborado por Ernst Beling, anteriormente mencionado como representante do causalismo positivista alemão, assim como a clara influência da teoria da ação apresentada por Von Liszt. Para ambos os autores, a tipicidade supõe ponto de referência da antijuricidade e culpabilidade em uma ação. Sem embargo, essa tipicidade deve ser valorada como algo puramente objetivo e funcional. Os elementos subjetivos que podem estabelecer o tipo penal e podem condicionar a antijuricidade, não devem influir no mesmo tipo, já que posteriormente serão tratados na culpabilidade^{319, 320}.

Durante a Guerra Civil (1936 -1939), ambos os lados tiveram que exercer a violência, buscando impor seu Direito Penal de guerra, cada um ao seu modo. Tanto para os nacionalistas como para os republicanos, o objetivo do Direito Penal era similar: julgar os inimigos políticos, as sentenças seriam válidas apenas dentro do grupo que as ditava. Durante tal período, os nacionalistas retiraram do então Código Penal alguns crimes e colocaram como sendo de competência da justiça militar, julgando cidadãos suspeitos por intermédio do tribunal de guerra³²¹.

O avanço dos nacionalistas pela Espanha e sua conseqüente vitória levaria a uma grande mudança em termos de legislação penal. Instaurou-se na Espanha um regime muito influenciado pelas ditaduras italiana e alemã, assim como dos últimos buscou-se importante inspiração em termos de dogmática penal, principalmente no que tange às ideias de inimigo e de amigo estatal retirada de Carl Schmitt.³²²

³¹⁹ AZPARREN, Andrea Iribarren. **Análisis de la regulación de la peligrosidad social en el Nacionalsocialismo y en el Franquismo**. 2016. Disponível em: <https://addi.ehu.es/bitstream/handle/10810/18961/Iribarren%20Azparren%2C%20Andrea.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 15 abr. 2023, p. 35.

³²⁰ No original em espanhol: En la teoría del delito expuesta por Luis Jiménez de Asúa, se dedica una mayor atención al sistema elaborado por Ernst Beling, anteriormente mencionado como representante del causalismo positivista alemán, así como una clara influencia de la teoría de la acción presentada por Von Liszt. Para ambos autores, la tipicidad supone el punto de referencia de la antijuricidad y de la culpabilidad en una acción. Sin embargo, esa tipicidad debe ser valorada como algo puramente objetivo y funcional. Los elementos subjetivos que puedan establecerse en el tipo penal y que pueden condicionar la antijuricidad, no deben influir en el mismo tipo, ya que posteriormente serán tratados en la culpabilidad.

³²¹ AZPARREN, Andrea Iribarren. **Análisis de la regulación de la peligrosidad social en el Nacionalsocialismo y en el Franquismo**. Grado en criminología. 2016, p.37

³²² AZPARREN, Andrea Iribarren. **Análisis de la regulación de la peligrosidad social en el Nacionalsocialismo y en el Franquismo**. Grado en criminología. 2016, p. 46

[...] Este termo tornou-se elementar na política hegemônica do franquismo, se perpetrando na justiça criminal em todos seus âmbitos. A Política Criminal franquista institucionalizou essa teoria por meio de uma série de regras e sentenças. Isso significava, dentro da sociedade espanhola, o total controle disciplinar e policial daqueles que representavam um perigo para o Estado (inimigos). Por isso, o uso do conceito moderno de "Direito Penal do inimigo" serve para definir o tipo de "combate ao Direito Penal" da época, em plena Guerra Civil, e posteriormente³²³.

Em apertada síntese, o Direito Penal do inimigo de Carl Schmitt apresenta quatro características que foram utilizadas na Espanha: a) adiantamento da punibilidade: os atos preparatórios à lesão do bem jurídico são igualmente puníveis; b) Penas desproporcionalmente elevadas para alguns crimes; c) Garantias processuais relativizadas ou suprimidas, denotando uma ausência de direitos por parte do inimigo; d) Direito Penal do autor, sendo perigoso todo aquele que atentasse contra o Estado³²⁴.

Em 1938, em plena guerra civil, houve a criação do projeto de um Código Penal franquista, mas tal iniciativa não prosperou ~~obteve o efeito desejado~~. Durante o período houve apenas alterações no que tange ao Código de 1932, de modo que, em 1944, um novo Código foi criado, trazendo a marca do regime que seria a aspereza dos delitos contra o Estado³²⁵, avivando a pena de morte que havia sido abolida no Código de 1932 e inserindo como agravante o cometimento de crime em local sagrado. Para um vislumbre, observe-se a seguir o Quadro 1, que estabelece uma comparação em códigos penais espanhóis da República e do Franquismo.

Quadro 1 Quadro comparativo entre códigos penais

Código Penal de 1932	Código Penal de 1944
Governo Republicano (art. 162)	Governo da Nação (art. 163)
Supressão da pena de morte (art. 27)	Pena de Morte (art. 27)
Não existe presença de atenuantes relacionadas com a moral e o patriotismo (art.9)	Atenuantes: trabalhar por motivos morais, altruístas ou patrióticos de notória importância. (art. 9)
Não há agravantes relacionadas com a Igreja (art. 10)	Agravante: cometer o delito em local sagrado (art. 10)

³²³ No original em espanhol: Este término se volvió elemental en la política hegemónica del franquismo, que perpetró en la justicia penal en todos sus ámbitos. La Política Criminal franquista institucionalizó a través de una serie de normas y de sentencias dicha teoría. Esto supuso, dentro de la sociedad española, el control total disciplinario y policial de aquellos que suponían un peligro para el Estado (enemigos). Es por ello que el uso del moderno concepto de "Derecho penal del enemigo" sirve para definir el tipo de "Derecho penal de combate" de la época, en plena Guerra Civil, y posterior.

³²⁴ AZPARREN, Andrea Iribarren. **Análisis de la regulación de la peligrosidad social en el Nacionalsocialismo y en el Franquismo**. 2016. Disponível em: <https://addi.ehu.es/bitstream/handle/10810/18961/Iribarren%20Azparren%2C%20Andrea.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 15 abr. 2023, p. 47.

³²⁵ AZPARREN, Andrea Iribarren. **Análisis de la regulación de la peligrosidad social en el Nacionalsocialismo y en el Franquismo**. 2016. Disponível em: <https://addi.ehu.es/bitstream/handle/10810/18961/Iribarren%20Azparren%2C%20Andrea.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 15 abr. 2023, p. 50.

Fonte: Organizado pelo pesquisador.

Como se pode observar, embora o Código [qual? Republicano ou Franquista?] tenha sido anunciado como liberal, é evidente a busca pela centralização o poder, inclusive trazendo o temor da população com a pena de morte, favorecendo aqueles que cometeriam crimes em nome da nação e demonstrando a forte relação da Igreja com o regime franquista.

Durante o período ditatorial, várias foram as leis especiais criadas para a defesa da sociedade, bem como a utilização de leis publicadas anteriormente que receberam uma nova interpretação pelo regime. É o caso da Ley de Vagos y Maleantes, publicada em 1933, transformada em regulamento em 1935, em regulamento sobre Vagos y Maleantes, [não está claro como passou de “lei” a um “regulamento” ...] e não tardou que passasse a ser utilizada contra os inimigos do Estado³²⁶.

[...] Além disso, os tipos penais incluídos na Lei inicialmente criada foram mal interpretados. Por exemplo, os afetados pelo “desemprego forçado” não foram excluídos do conceito de vadiagem, nem os jogadores foram distinguidos dos que viviam de jogos proibidos, nem, claro, os mendigos que se encontravam nessa situação por falta de proteção social^{327,328}

Deve-se ter em conta que a repressão, por vezes, era justificada por uma legislação de exceção. Na perspectivava de Guillermo Portilla Contreras³²⁹, o franquismo forjou sua própria legalidade, fundando-se mediante violência, justificando a existência de um Direito Penal do autor, criando legislações repressivas para grupos específicos como o caso da Lei de 1.º de março de 1940³³⁰, que dispunha sobre a repressão ao comunismo e à Maçonaria.

³²⁶ AZPARREN, Andrea Iribarren. **Análisis de la regulación de la peligrosidad social en el Nacionalsocialismo y en el Franquismo**. 2016. Disponível em: <https://addi.ehu.es/bitstream/handle/10810/18961/Iribarren%20Azparren%2C%20Andrea.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 15 abr. 2023, p. 64.

³²⁷ AZPARREN, Andrea Iribarren. **Análisis de la regulación de la peligrosidad social en el Nacionalsocialismo y en el Franquismo**. 2016. Disponível em: <https://addi.ehu.es/bitstream/handle/10810/18961/Iribarren%20Azparren%2C%20Andrea.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 15 abr. 2023, p. 65.

³²⁸ No original em espanhol: Además, los tipos penales recogidos en la Ley que se creó inicialmente fueron malinterpretados. Por ejemplo, no se excluía del concepto de vagancia a los afectados por el “paro forzoso”, tampoco se distinguía al jugador del que viviese de juegos prohibidos ni por supuesto a los mendigos que se encontraban en dicha situación por la falta de protección social.

³²⁹ CONTRERAS, Guillermo Portilla. Orígenes de la Ley de 1 de Marzo de 1940 y criterios penales e procesales adoptados por el tribunal especial para la represión de la masonería y el comunismo. In: LÓPEZ, Federico Fernández-Crehuet. **Derecho, Memória Histórica y Dictaduras**. Sevilla: Editora Comares, 2010, p. 327.

³³⁰ ESPAÑA. Ley de 1 de Marzo de 1940 sobre la represión de la masonería y del comunismo. **Boletín Oficial del Estado**, n. 62, p. 1537-1539, 1940. Disponível em: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1940/062/A01537-01539.pdf>. Acesso em: 15 maio 2023.

Na exposição dos motivos da lei sobre a repressão da maçonaria, afirma-se que a Maçonaria adotava métodos às margens da vida social, figurando organizações subversivas e, em sua maior parte, assimiladas ao comunismo. E ainda: proporcionaram armas, apoio e meios econômicos aos opressores da pátria, difundiam, revestiam-se de um falso humanitarismo [...] calavam e escutavam os crimes perpetrados pelos vermelhos, quando não eram cúmplices da execução. Em seu artigo primeiro dispunha a Lei de 1.º de março de 1940:

[...] Primeiro artigo: Constitui uma figura de crime, punida de acordo com as disposições desta lei, pertencente [não seria... pertencer ?] à Maçonaria, ao comunismo e a outras sociedades clandestinas a que se referem os seguintes artigos. O Governo pode adicionar às referidas organizações os ramos ou números auxiliares que julgar necessários e, em seguida, aplicar as mesmas disposições desta Lei devidamente adaptadas³³¹.

Para Contreras³³², a ausência do princípio da legalidade era flagrante no artigo retrocitado, pois sua tipificação não tinha definição específica: à Maçonaria, ao comunismo e “demais sociedades secretas”. Assim, o Governo poderia incluir os grupos que considerasse conveniente para penalizá-los. O ódio à Maçonaria e ao comunismo se deve ao fato de, possivelmente, enxergá-los como opositores ao regime.

A lei ainda dava ao ato preparatório a mesma pena do ato consumado, ou seja, o artigo terceiro afirma que: “[...] toda propaganda em benefício da Maçonaria ou do comunismo, ou contrária à religião [...] será castigada com a supressão dos periódicos, apreensão dos bens e com pena de reclusão maior para os culpados”.

Tal lei não respeitava o princípio da irretroatividade da lei pena desfavorável, pois, em seu artigo sétimo, afirmava que quem, em tempo anterior à publicação dessa lei estivesse pertencido à Maçonaria ou o comunismo, deveria retratar-se, enviando uma declaração ao Governo no prazo de dois meses.

Para Contreras³³³, o caráter de exceção assumido pela lei se configurou no Direito Penal do autor, ao afirmar que os maçons que lutaram em favor do Movimento Nacional poderiam beneficiar-se de atenuantes e de excusas absolutórias. Tal caráter ainda foi reforçado

³³¹ ESPAÑA. Ley de 1 de Marzo de 1940 sobre la represión de la masonería y del comunismo. **Boletín Oficial del Estado**, n. 62, p. 1537-1539, 1940. Disponível em: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1940/062/A01537-01539.pdf>. Acesso em: 15 maio 2023.

³³² CONTRERAS, Guillermo Portilla. Orígenes de la Ley de 1 de Marzo de 1940 y criterios penales e procesales adoptados por el tribunal especial para la represión de la masonería y el comunismo. In: LÓPEZ, Federico Fernández-Crehuet. **Derecho, Memória Histórica y Dictaduras**. Sevilla: Editora Comares, 2010, p. 329.

³³³ CONTRERAS, Guillermo Portilla. Orígenes de la Ley de 1 de Marzo de 1940 y criterios penales e procesales adoptados por el tribunal especial para la represión de la masonería y el comunismo. In: LÓPEZ, Federico Fernández-Crehuet. **Derecho, Memória Histórica y Dictaduras**. Sevilla: Editora Comares, 2010, p. 339.

pela criação do Tribunal Especial sobre a Repressão da Maçonaria e do Comunismo (TERMC), inserida no artigo 12.

Na mesma toada, Contreras³³⁴ ainda afirma que a maior das teses criadas pelo tribunal a respeito da Maçonaria eram falsas: “[...] não existiu casamento entre a Maçonaria e o comunismo, nem entre Maçonaria e judaísmo, tampouco foi o que sustentou a República.” O que se evidenciou era que boa parte dos maçons eram contrários ao poder da Igreja, pertenciam à esquerda, ocupavam posições de destaque dentro do Estado e nas instituições de ensino e irradiavam ideias opostas ao nacional-catolicismo.

Assim, os trabalhos do TERMC, iniciados em 1941, findaram por processar e julgar uma série de maçons, e as condenações em grau mínimo chegavam a doze anos e um dia. O aumento se dava de acordo com as condições pessoais do acusado: quanto mais graduado e influente fosse dentro da instituição maçônica, maior a pena; os trabalhos do tribunal apenas se encerrariam em 1963 com a extinção do Tribunal.³³⁵

Não só os maçons e comunistas foram vítimas da repressão por meio do Direito Penal do autor; os ciganos, que já sofriam uma forte discriminação na sociedade espanhola, também vivenciaram tempos difíceis durante o Franquismo.

O marco repressor dos ciganos não se originou do Franquismo, mas, sim, da lei republicana chamada de lei dos vagabundos e meliantes das Cortes Republicanas de 05 de agosto de 1933. O modo de vida dos ciganos, por vezes, **também** não era aceito pelo Estado Franquista, que não respeitava a existência de modos de viver distintos. Assim, os ciganos, contrários ao trabalho nos moldes franquistas, que viam a sociedade com um organismo que todos deveriam fazer funcionar, desempenhando seu papel por meio do labor, não podiam pertencer à Pátria.

A negativa ao trabalho fazia com que os ciganos fossem incluídos na categoria de “anti-Espanha”, à medida que não eram úteis a seus semelhantes, portanto podiam ser configurados como marginais e perigosos. Em 04 de agosto de 1970, foi ditada a lei de Periculosidade e Reabilitação, com a derrogação da Lei dos vagabundos e meliantes de 1933. Assim, novamente os ciganos foram afetados, pois pertenciam ao seguimento da população bastante desfavorecido economicamente e eram considerados mendigos.

³³⁴ CONTRERAS, Guillermo Portilla. Orígenes de la Ley de 1 de Marzo de 1940 y criterios penales e procesales adoptados por el tribunal especial para la represión de la masonería y el comunismo. In: LÓPEZ, Federico Fernández-Crehuet. **Derecho, Memória Histórica y Dictaduras**. Sevilla: Editora Comares, 2010, p. 340.

³³⁵ CONTRERAS, Guillermo Portilla. Orígenes de la Ley de 1 de Marzo de 1940 y criterios penales e procesales adoptados por el tribunal especial para la represión de la masonería y el comunismo. In: LÓPEZ, Federico Fernández-Crehuet. **Derecho, Memória Histórica y Dictaduras**. Sevilla: Editora Comares, 2010, p. 345-347.

Por isso, muitos ciganos foram parar em campos de trabalho, porque, neles, sua mão de obra era apropriada aos fins econômicos, por estarem fora do sistema social aceito pelo Estado, por participarem de forma precária dos processos de produção. Dessa forma, por estarem fora dos centros de decisão, não podiam nem mesmo ditar as regras de seus comportamentos sociais.

3.1.1 O Positivismo criminológico: Jiménez de Asúa (Espanha) e Roberto Lira (Brasil)

Dado o contexto social, político e jurídico geral de Brasil e Espanha, nesta subseção, será iniciada a reflexão criminológica pelo pensamento do ~~iniciaremos a pensar sobre~~ penalista espanhol, Luís Jiménez de Asúa. A escolha se deve a distintas razões: por ser um autor com intensa produção intelectual no recorte temporal proposto na tese; por pertencer a uma forte rede de pensadores, inclusive relacionada a países latino-americanos como o Brasil, e, finalmente, por seus estudos estarem por vezes atrelados ao que ele mesmo denomina de a “luta das escolas penais”³³⁶, inclusive no que tange ao Positivismo criminológico.

Importante é destacar que foi necessário recorrer à obras anteriores à década de 1930, para iniciar-se o pensamento do autor, e tentar, atrevidamente traçar as influências intelectuais do mestre madrileno, bem como um mapeamento das influências positivistas e de outras fontes de pensamento que ele recebeu.

Para a construção do presente capítulo, foram utilizadas como fontes primárias as seguintes obras: “O Estado Perigoso” (1920); “O delito do contágio venéreo” (1929); “El Derecho Penal en La Republica de Peru” (1926); “Crónica Del Crimen” (1929); “Un Viaje Al Brasil” (1929); “Notas de un Confinado” (1930); “Codigo Penal Reformado de 27 de outubro de 1932” (1934); “La Vida Penal en Rusia” (1931); “La Ley y El Delito” (1945)³³⁷.

Luis Jiménez de Asúa nasceu em Madri, no ano de 1889 e bacharelou-se em Direito no *Instituto General y Técnico Cardenal Cisneros de Madrid*. Avançando seus estudos, defendeu sua tese doutoral com título de: “*El sistema de penas determinadas a posteriori en la ciencia y en la vida*”, em que trabalhou a questão de que a pena não deveria ser previamente determinada, conforme determinação da Escola Clássica, mas, sim, haveria um amplo arbítrio do julgador, que faria seu mister de acordo com a possibilidade de correção do réu. Dessa forma,

³³⁶ Em “A Ley y el Delito”, o autor trata da existência de uma luta das escolas penais, que aos poucos foi desaparecendo, dando espaço à política criminal (ASÚA, 1973, p. 68).

³³⁷ As referências completas serão colocadas ao longo das citações no texto.

como existem pessoas diferentes, a pena deveria ser imposta em relação às circunstâncias do réu e sua corrigibilidade.

O autor teve diversas influências em suas teorias, graças à bolsa de estudos para doutoramento obtida, e conseguiu viajar para outros países, tendo oportunidade de estudar em Genebra com professor Alfred Gautier (1858-1920)³³⁸, em Paris com o professor Émile Garçon (1851 -1922)³³⁹ e Psiquiatria como matéria afim do Direito Penal como professor Gustavo Aschffenburg³⁴⁰ (1866-1944), tendo também contato com Franz Von Liszt (1851-1919)³⁴¹, de quem foi tradutor do tratado de Direito Penal para o castelhano³⁴². Ademais, manteve relação proximal com Enrique Ferri, e não se pode negligenciar a possibilidade de estudar na Suécia, quando teve forte relação com as teses relativas à defesa social, afirmadas por Johan Thyren (1861-1933)³⁴³:

[...] O fato de não ter conseguido a bolsa na nova candidatura não impediu Jiménez de Asúa de decidir percorrer uma Europa em guerra com o objetivo de conhecer pessoalmente o professor Thyren, cuja obra já havia estudado detalhadamente no seminário de von Liszt. Refira-se que a caminho da Suécia fez escala em Berlim, onde recolheu os manuscritos do seu trabalho sobre o anteprojeto Suíço, que foi obrigado a refazer, com a ajuda de Gautier e Mercier, devido ao aparecimento de um novo projeto. Ele continuou sua jornada com uma parada final em Lund, onde conheceu um Thyren exatamente como o homem que ele havia imaginado, e com uma Universidade, Carolina Gothorum, onde pôde trabalhar com o mais alto representante da defesa social na Suécia durante um período em que concentrou seus esforços em encontrar um ponto intermediário entre a pena retribuição e a pena defesa.^{344 345}

³³⁸ Professor de Direito Penal da Universidade de Genebra, importante estudioso sobre codificação penal.

³³⁹ Professor da Universidade de Paris, foi advogado, trata-se de estudioso sobre o Código Penal.

³⁴⁰ Foi professor na Universidade da Colônia, dedicado psiquiatra, rejeitou a tese de Lombroso sobre o homem delinquente nato; tratou de estudar a possibilidade de fatores genéticos e ambientais influenciarem na conduta dos criminosos.

³⁴¹ Professor de Código Penal e Direito Internacional na Universidade de Berlim.

³⁴² CAÑIZARES, Enrique Roldán; ASÚA, Luis Jiménez de. **Derecho penal, república, exilio**. Madrid: Editorial Dykinson, 2019, p. 84.

³⁴³ Professor de Direito Penal da Universidade de Lund, Suíça.

³⁴⁴ CAÑIZARES, Enrique Roldán; ASÚA, Luis Jiménez de. **Derecho penal, república, exilio**. Madrid: Editorial Dykinson, 2019, p. 91.

³⁴⁵ No original em espanhol: El hecho de que no le concedieran la beca en la nueva solicitud, no fue óbice para que Jiménez de Asúa decidiera atravesar una Europa en guerra con el objetivo de conocer en persona al profesor Thyren, cuyos trabajos ya había estudiado con detenimiento en el seminario de von Liszt. Cabe destacar que en su trayecto hacia Suecia hizo una parada en Berlín, donde recogió los manuscritos de su trabajo sobre el Anteproyecto suizo, el cual se vio obligado a rehacer, con el auxilio de Gautier y Mercier, debido a la aparición de un nuevo proyecto. Prosiguió su camino con parada final en Lund, donde se encontró con un Thyren igual al hombre que había imaginado, y con una Universidad, la Carolina Gothorum, donde pudo trabajar con el máximo representante de la defensa social en Suecia durante un periodo en el que centraba sus esfuerzos en encontrar un punto intermedio entre la pena-retribución y la pena defensa.

Deve-se ter em consideração que os contatos para estudos travados com os grandes pensadores de sua época, nas diversas áreas do pensamento médico, jurídico e social, levaram Jiménez de Asúa a desenvolver uma visão progressista e transdisciplinar – como se poderia afirmar hodiernamente — sobre questões dogmáticas em Direito Penal, ampliando seus horizontes em relação à política criminal e função da pena, de modo que, na elaboração de seu pensamento, buscou materializar a experiência em seus estudos doutorais³⁴⁶.

Com o título de Doutor, ingressou como professor na cadeira de Direito Penal na Universidade Central de Madrid, atual Universidade Complutense, no período em que estava no poder na Espanha o ditador Primo de Rivera³⁴⁷. Tratava-se de um momento histórico na Espanha caracterizado por uma forte oposição e repressão política, principalmente a ideais diferentes do regime, já que havia um temor da bolchevização dos países europeus, em razão da Revolução Russa de 1917.

Por entender pela necessidade de maior liberdade política ao povo espanhol³⁴⁸, em meio ao período ditatorial que se instalaria, inclusive tratando sobre tal assunto em sua cátedra, foi-lhe imposto o exílio nas ilhas Canárias, em 1926³⁴⁹, do qual retornou por ocasião do aniversário do rei Alfonso XIII, após ter sido indultado³⁵⁰. O exílio serviu não para calar o catedrático, mas a postura arbitrária do ditador transformou Jiménez de Asúa em um símbolo de oposição do regime. Ele não apenas utilizava de sua postura política, mas também **de do papel de** jurista para atacar o regime, dado ao fato de que suas ideias emancipatórias relacionadas ao amor do homem, à eutanásia, eram frontais ao regime nitidamente

³⁴⁶ Não se objetivou na presente pesquisa buscar o pensamento de todos os autores que Jiménez de Asúa teve em contato durante seu trabalho doutoral, pois para além de extrapolar o marco temporal da pesquisa, haveria uma dificuldade com fontes e teria que ser tratado em uma tese específica. Preocupou-se em mencioná-los com vistas a situar o leitor da estrutura do desenvolvimento do penalista estudado.

³⁴⁷ No capítulo 1, tratou-se sobre a década de 1920 na Espanha. **Oportuna**, ~~mas é~~ **válida é** a lembrança de que Primo de Rivera deu um golpe de Estado em 1923 e centralizou as decisões estatais em suas mãos, de modo que houve intensa perseguição a anarquistas e a membros do Partido Socialista Espanhol, entre outros considerados divergentes políticos.

³⁴⁸ Como será visto adiante, apesar de ser defensor de um Código Penal do porvir, o autor sempre foi entusiasta da necessidade de direitos que outrora foram defendidos pela Escola Clássica, lembrando, inclusive, em sua escrita, os lemas da Revolução Francesa de 1789: Liberdade, Igualdade e Fraternidade.

³⁴⁹ Deve-se ter em consideração que Jiménez de Asúa não foi o único intelectual a ser exilado nesse período, de modo que, por meio da pesquisa, visualizou-se também o exílio do importante filósofo espanhol Miguel Unamuno, que esteve no exílio nas Ilhas Canárias e na França de 1926 a 1930. Nota-se que existia uma inquietação de Asúa em relação ao autoritarismo, e uma empatia com o socialismo, de modo que passou a integrar o PSOE (Partido Socialista Obrero Espanhol) em 1931, e lutar por uma Espanha livre do autoritarismo. A justificativa para o governo de Primo Rivera era que Jiménez de Asúa era um homem pago pelo Estado e lutava contra o próprio pagador, além de incentivar revoltas universitárias.

³⁵⁰ CAÑIZARES, Enrique Roldán; ASÚA, Luis Jiménez de. **Derecho penal, república, exilio**. Madrid: Editorial Dykinson, 2019, p. 27.

conservador³⁵¹. As constantes pressões e a possibilidade de exercer a profissão de advogado fizeram com que no ano de 1929 o jurista viesse a pedir demissão do cargo de professor universitário.

Retomando a questão de seu exílio, o autor escreveu um livro tratando da experiência: “Notas de un confinado”³⁵². Na referida obra, esclarece Asúa que o Governo espanhol desejava transformar seus funcionários em servos, não permitindo que houvesse qualquer contestação às ordens impostas. Mesmo com as ameaças do regime, e em clara violação da lei, com coragem observa:

[...] Yo no creo en el poder intimidante de la pena; pero parece que las pérdidas de empleos resultan eficaces. Coloquémosles, pues, entre dos fuegos: el castigo ilegítimo y arbitrario de la tiranía, que manda violar la ley; y la sanción legítima y jurídica de las leyes, que ordenan su respeto. Acaso haya muchos que, entre los dos males, escojan aquel cuyo padecimiento honra³⁵³.

Em relação às perseguições sofridas por Jiménez de Asúa, essas não pararam com seu encarceramento em 1927, quando resolveu por organizar uma conferência sobre o novo Código Penal russo. Após submeter à censura uma monografia de caráter científico que foi elaborada, obteve ordens da autoridade central da universidade de que não estaria autorizado a proferir tais ensinamentos³⁵⁴. Tais episódios fizeram com que o autor “confessasse” – com um sutil toque de humor - a sua condição de “réu habitual”.

[...] E, apesar de tais perseguições, confesso, confesso minha categoria de “criminoso habitual”. Não nego que protestei aos alunos sobre o confinamento de Unamuno e as frases, impregnadas de mentiras traiçoeiras, que queria apresentá-lo, na nota dada aos jornais, como um professor constantemente ausente de sua cadeira; Não nego que, como membro do Conselho do Ateneo, tenha orgulhosamente incluído minha assinatura em todos os protestos que essa corajosa corporação, asilo do pensamento liberal espanhol, lançou; (...) Outra coisa estou disposto a confessar: que não pretendo me emendar e que pretendo repetir diariamente o crime de censura do Governo. As perseguições mais cruéis e os piores métodos podem ser usados para me amordaçar; mas forçar-me a perpetrar a indignidade de fingir outros pensamentos e renunciar à propaganda ideológica nunca será alcançado.^{355,356}

³⁵¹ Cañizares e Asúa (2019, p. 29), nos informam que Jiménez de Asúa foi, inclusive, acusado de atentar contra a família e a sociedade espanhola, por tratar o tema da eutanásia, tendo, em determinado momento de suas atividades seu salário suspenso. Deve-se ter em consideração que outro tema bastante polêmico à época era a questão das doenças venéreas, o que será exposto também em razão da obra: “O delito do contágio venéreo”.

³⁵² ASÚA, Luis Jiménez de. **Notas de un confinado**. Madrid: Editora Mundo Latino, 1930.

³⁵³ ASÚA, Luis Jiménez de. **Notas de un confinado**. Madrid: Editora Mundo Latino, 1930, p. 109.

³⁵⁴ ASÚA, Luis Jiménez de. **Notas de un confinado**. Madrid: Editora Mundo Latino, 1930, p. 110.

³⁵⁵ ASÚA, Luis Jiménez de. **Notas de un confinado**. Madrid: Editora Mundo Latino, 1930, p. 125-127.

³⁵⁶ No original em espanhol: Y, a pesar de tales persecuciones, yo confeso, confeso mi categoría de “reo habitual.” No niego que protesté ante los estudiantes del confinamiento de Unamuno y de las frases, impregnadas de

Em se tratando de tais polêmicos estudos sobre Direito soviético, Jiménez de Asúa escreveu a obra “La vida penal en Rusia, las leyes penales y reformadoras de la Rusia soviética”³⁵⁷, ainda que o autor tenha admitido não saber o idioma do Código, bem como nunca ter viajado para tal país. Destaque-se que o referido Código entrou em vigor em 01 de janeiro de 1927.

Reconhece o autor, recordando-se da época e do contexto em que a obra foi escrita, de que ainda era possível se falar de uma criminologia socialista, que acreditavam que o crime **iria transformando-se e desaparecendo [como? o crime ou o ambiente que leva ao crime?]**, havendo importante atuação da propaganda socialista. Asseverava, ainda, que, em seu opinião, haveria uma grande possibilidade de a teoria de Enrique Ferri ser adaptada ao socialismo, entretanto, como será dito posteriormente, informava estar entristecido com os caminhos percorridos pelo autor, que, no final de sua vida, aderiu aos ideais fascistas³⁵⁸.

No que tange ao estreito relacionamento com a América, Jiménez de Asúa no ano de 1923 foi convidado pelo professor de Direito Penal Jorge Eduardo Coll (1882-1967),³⁵⁹ professor da Universidade de Buenos Aires, para ministrar um curso em terras argentinas, visitando também a Universidade de Córdoba e La Plata, bem como no ano seguinte esteve em Lima, no Peru, e caiu nas graças de algumas universidade latinas, também ministrando conferências no Chile, e em Cuba³⁶⁰.

No Brasil, o autor esteve presente em fins da década de 1920, e ficou maravilhado com a República, escrevendo inclusive um livro sobre sua visita: “Un Viaje al Brasil”³⁶¹. Recebeu ainda distintas homenagens, tornando-se professor honorário da Faculdade de Direito do Rio de Janeiro e membro honorário da Ordem dos Advogados do Brasil. A passagem pelo autor no

mendacidad alevosa, que le querían presentar, en la nota dada a los diarios, como un profesor constantemente ausente de su cátedra; no niego que, como miembro de la Junta del Ateneo, he incluido orgulloso mi firma en cuantas protestas ha lanzado esa corporación valiente, asilo del pensamiento liberal español; (...) Algo más estoy dispuesto a confesar: que no tengo propósito de enmienda y que me propongo reincidir coditariamente en el delito de censura al Gobierno. Podrán emplearse para amordazarme las persecuciones más sañudas y los métodos peores; pero obligarme a perpetrar la indignidad de fingir otros pensamientos y de renunciar a propaganda ideológica, jamás será logrado.

³⁵⁷ ASÚA, Luis Jiménez de. **La vida penal en Rusia, las leyes penales y reformadoras de la Rusia Soviética**. Madrid: Editora Reus, 1931.

³⁵⁸ ASÚA, Luis Jiménez de. *La vida penal en Rusia, las leyes penales y reformadoras de la Rusia Soviética*. Madrid: Editora Reus, 1931, p. 25.

³⁵⁹ Foi importante penalista argentino sua obra esteve voltada para a responsabilidade do Estado em relação aos menores.

³⁶⁰ CAÑIZARES, Enrique Roldán; ASÚA, Luis Jiménez de. **Derecho penal, república, exilio**. Madrid: Editorial Dykinson, 2019, p. 31.

³⁶¹ ASÚA, Luis Jiménez de. **Un Viaje al Brasil**. Impressões de um conferenciante, seguida de um estudio sobre el derecho penal brasileiro. Madrid: Editora Reus, 1929.

Brasil é bastante interessante, primeiramente porque ele mesmo afirma que o então “general-presidente” da Espanha Primo Rivera teria reclamado ao governo brasileiro, que era sinal de má amizade ter acolhido um inimigo político³⁶².

Em território brasileiro, Jiménez de Asúa produziu importante análise da cultura jurídica brasileira, lembrando nomes com Teixeira de Freitas, Rui Barbosa, Tobias Barreto, Clóvis Beviláqua e Edgardo de Castro Rebello, bem como fez alusões às faculdades de Direito do Recife e do Rio de Janeiro, em sua proficuidade na formação de juristas³⁶³.

Tratando especificamente do Direito Penal brasileiro, Asúa ~~se demonstrou~~ ~~apresenta-~~ ~~se~~ como interessado pelos escritos de Tobias Barreto, informando que seu destaque como penalista estaria relacionado ao fato de o Brasil ser um país jovem e, como tal, homens que vão além do comportamento mediano, mesmo que em data recente, podem ser vistos como ídolos³⁶⁴.

Ainda tratando de Tobias Barreto, afirma que, da análise da obra do autor, pode inferir que se trata de penalista com forte influência alemã, o que lhe permitiu abarcar horizontes técnicos não percebidos por seus contemporâneos, não apenas brasileiros, mas todos latino-americanos e europeus³⁶⁵. Aprofundando a análise, observou que o autor não professava o Positivismo Jurídico **criminológico**, e muito menos era um seguidor cego do classicismo, reconhecendo que o delito era produto de fatores individuais e sociais. **Nesse sentido, afirma ainda** cita o autor:

[...] A imparcialidade científica tornaria necessário destacar algumas contradições fundamentais na obra de um eminente brasileiro. Por exemplo: é difícil conciliar seus ataques iniciais *nullum crime nulla poena sine lege*, com sua ideia de pena-mal. No geral, Tobias Barreto é um dos espíritos mais finos e cáusticos que a ciência jurídica brasileira pode apresentar³⁶⁶³⁶⁷.

³⁶² ASÚA, Luis Jiménez de. **Un Viaje al Brasil**. Impressões de um conferenciante, seguida de um estudio sobre el derecho penal brasileño. Madrid: Editora Reus, 1929, Prólogo, X.

³⁶³ ASÚA, Luis Jiménez de. **Un Viaje al Brasil**. Impressões de um conferenciante, seguida de um estudio sobre el derecho penal brasileño. Madrid: Editora Reus, 1929, p. 71-73.

³⁶⁴ ASÚA, Luis Jiménez de. **Un Viaje al Brasil**. Impressões de um conferenciante, seguida de um estudio sobre el derecho penal brasileño. Madrid: Editora Reus, 1929, p. 84.

³⁶⁵ ASÚA, Luis Jiménez de. **Un Viaje al Brasil**. Impressões de um conferenciante, seguida de um estudio sobre el derecho penal brasileño. Madrid: Editora Reus, 1929, p. 85.

³⁶⁶ ASÚA, Luis Jiménez de. **Un Viaje al Brasil**. Impressões de um conferenciante, seguida de um estudio sobre el derecho penal brasileño. Madrid: Editora Reus, 1929, p. 85.

³⁶⁷ No original: La imparcialidade científica obligaría a destacar algunas contradicciones fundamentales em la obra de eminente brasileño. Por ejemplo: difícilmente se compaginam sus ataques al principio *nullum crime nulla poena sine lege*, con su ideia de pena-mal. Com todo, Tobias Barreto es uno de los espíritus más finos y cáusticos que puede lucir la ciência jurídica brasileña

Citou ainda Mario Tiburcio Gomes Carneiro, que escreveu sobre Direito Marcial, inclusive tendo estudado na Alemanha, e é apontado pelo autor como escritor de trabalhos densos e elegantes. Da mesma forma, não deixa de citar Dr. Antônio José de Costa e Silva, Ministro do Tribunal de Justiça de São Paulo, que não detinha grandes publicações, mas era grande leitor das obras alemãs, inclusive dando notícias do Código Alemão de 1927³⁶⁸.

Destaca o autor a figura de José Hygino Duarte Pereira, que foi professor da Faculdade de Direito do Recife e traduziu do alemão o Tratado de Direito Penal de Franz von Liszt. Tal trabalho teria caráter impar no Brasil, já que tal tradução para o Português antecedeu, inclusive, a tradução francesa da obra de Liszt. De igual forma, não negligenciou os trabalhos doutrinários de João Vieira de Araújo e de Antônio Bento de Faria, citando ainda os estudos sobre Direito Penal de Esmeraldino Bandeira e Evaristo de Moraes³⁶⁹.

Em termos de Escolas Penais, segundo Asúa, havia no Brasil uma grande preocupação como as ideias das Escolas Italianas, mas em caráter muito mais informativo, ausentando-se do debate de máxima importância sobre os problemas nacionais, que são o mote das ciências experimentais. Não negligenciou autores com J. F Viveiros de Castro, com seus estudos estatísticos, bem como Nina Rodrigues, no que tange às raças, dando especial destaque aos estudos criminológicos de Clóvis Bevilacqua³⁷⁰.

Nesse sentido, é importante, analisar que esses encontros se devem, em grande medida, à formação de redes intelectuais de discussão e difusão da cultura jurídico-penal, e que os encontros tramados por tais intelectuais, como poderá ser analisado no futuro, foram de suma importância para o desenvolvimento do Direito Penal na América Latina³⁷¹.

Em obra sobre o Direito Penal peruano³⁷², Asúa, começa a demonstrar seu descontentamento com a teoria positivista, demonstrando o duro golpe que ela teria buscado dar no penalismo peruano embebido dos ideais clássicos. Esse desencantamento deve-se à mudança paulatina de pensamento do autor, que, como posteriormente iremos ver, terá a adoção de um Direito Penal do porvir.

³⁶⁸ ASÚA, Luis Jiménez de. **Un Viaje al Brasil**. Impressões de um conferenciante, seguida de um estudio sobre el derecho penal brasileño. Madrid: Editora Reus, 1929, p. 87.

³⁶⁹ ASÚA, Luis Jiménez de. **Un Viaje al Brasil**. Impressões de um conferenciante, seguida de um estudio sobre el derecho penal brasileño. Madrid: Editora Reus, 1929, p. 91.

³⁷⁰ ASÚA, Luis Jiménez de. **Un Viaje al Brasil**. Impressões de um conferenciante, seguida de um estudio sobre el derecho penal brasileño. Madrid: Editora Reus, 1929, p. 97.

³⁷¹ CESANO, José Daniel. Luis Jiménez de Asúa (1923-1930): Viajes académicos, redes intelectuales y cultura jurídico-penal. **Revista Derecho Penal Y Criminología**, v. 3, n. 2, p. 251-264, 2012, p. 254.

³⁷² ASÚA, Luis Jiménez de. **El Derecho Penal em la república del Perú**. Buenos Aires: Editora Cuesta, 1926.

Em relação à adoção de uma corrente única de pensamento por Asúa, é difícil definir o autor em uma “escola”, dado o fato de que viveu em um período de grande embate de pensamentos relativos ao Direito Penal, e teve a oportunidade de receber diversas influências, o que não se pode negligenciar, que o reflexo da discussão das escolas penais, esteve presente em suas obras, assim como outras abordagens sobre o Direito Penal.

Tratando-se de Espanha, quando Jiménez de Asúa ingressou no mundo acadêmico, não havia uma disputa entre escola clássica e escola positivista. O predominante krausismo, uma corrente de pensamento muito mais metafísica que a empiria positivista, havia ganhado bastante espaço nas terras espanholas, dificultando uma expansão de um Positivismo puro de matriz italiana. Nas palavras de Asúa: “A teoria de Krause deixou de ser uma doutrina filosófica puramente especializada para transformar-se, na Península Ibérica, em um modo de conduta de base política e social”³⁷³.

Na opinião de Asúa, o que havia na Espanha era uma corrente católica “católico-liberal” que se identificava com a escola clássica, ou os krausopositivistas, que não eram positivistas criminológicos, mas também não concordavam com os católicos liberais³⁷⁴. Para o autor, o krausianismo enquadrou-se muito bem na Espanha, em seus princípios da reforma do homem e da sociedade, observa-se:

[...] Para conectar a força do krausismo na Espanha com sua influência no Direito, é essencial entender a concepção de Krause sobre ele, entendendo-o como a "série de condições temporárias de todos os tipos dependentes da liberdade para alcançar o fim da vida". Essa concepção, indicou Manuel de Rivacoba, fazia com que qualquer sistema penal que surgisse como resultado do Krausismo tivesse um caráter correccional. É neste ponto que entra em jogo o correccionalismo de Karl Roeder, um discípulo de Krause que, segundo Jiménez de Asúa, teve a particularidade de fazer pela primeira vez o Direito Penal olhar para o homem em vez da pena.^{375 376}

Outra influência teórica importante nos debates de então na Espanha, Karl Roder, importante correccionalista, partia da concepção de que a pena não deveria atingir o homem em

³⁷³ ASÚA, Luis Jiménez de. **El Criminalista**. Tomo VII. Buenos Aires: Editorial La Ley, 1947, p. 44.

³⁷⁴ CAÑIZARES, Enrique Roldán; ASÚA, Luis Jiménez de. **Derecho penal, república, exilio**. Madrid: Editorial Dykinson, 2019, p. 92.

³⁷⁵ CAÑIZARES, Enrique Roldán; ASÚA, Luis Jiménez de. **Derecho penal, república, exilio**. Madrid: Editorial Dykinson, 2019, p. 92.

³⁷⁶ No original em espanhol: Para conectar la fuerza del krausismo en España con su influjo en el derecho, se hace fundamental entender la concepción que Krause tenía del mismo, entendiéndolo como la “serie de condiciones temporales de toda índole dependientes de la libertad para la consecución del fin de la vida”. Esta concepción, indicaba Manuel de Rivacoba, condujo al hecho de que cualquier sistema penal surgido a raíz del krausismo tuviera un carácter correccional. Es en este punto cuando entra en juego el correccionalismo de Karl Roeder, discípulo de Krause que, según Jiménez de Asúa, tuvo la peculiaridad de hacer que el derecho penal por primera vez comenzara a mirar al hombre en lugar de a la pena.

abstrato, mas deveria haver uma individualização dessa pena, analisando o homem em concreto, aproximando bastante da concepção de Jiménez de Asúa, de sentença determinada *a posteriori*, como ainda será tratado. Para Roder, a pena exerceria um bem sobre o ânimo do apenado. Ao tratar do correccionalismo, Jiménez de Asúa declara:

[...] Porém a teoria correccional roderiana carecia de base solida. Só dum ponto de vista especulativo atribuiu o delito à torcida vontade do réu, e fez da pena uma tutela do homem que se acha necessitado de emenda. Faltava nela o sentido antropológico experimental e carecia de concepção sociológica, que só a Estatística pode proporcionar. Por isso a doutrina correccionalista, naquele sentido unilateral e romântico em que Roder a concebeu, se relega ao esquecimento com um belo ideal irrealizável.³⁷⁷

Neste ponto, uma pausa deve ser dada, com a reafirmação de que o pensamento de Jiménez de Asúa de 1920 e em alguns anos seguintes, está fortemente relacionado com este ambiente penalístico espanhol. Nota-se então a forte influência do Positivismo ao molde alemão e, ao fazer a leitura de suas obras inaugurais dos referidos anos, observa-se um apego declarado a ideias positivistas, bem como a teorias a ele relacionadas, como a da defesa social.

Novamente um passo atrás é necessário, para pensarmos a tese doutoral do autor, que teve como mote a resposta ao problema da possibilidade da sentença indeterminada.

No trabalho doutoral do autor³⁷⁸, em 1913, informou que a luta contra o crime reclama novos métodos, a sociedade tem que defender-se, inclusive com a aplicação do correccionalismo, com a readaptação do delinquente. **Isto posto**, o caminho estaria em um processo de individualização da pena, que se daria pela sentença determinada *a posteriori*³⁷⁹. **Nesse sentido**, ~~assim~~ relata o autor:

[...] A realização ideal do sistema de penalidades ulteriores determinadas requer as seguintes condições: 1.º Que os juízes do novo sistema penal tenham conhecimento suficiente. 2.º Que a pena seja cumprida na reforma dos estabelecimentos. 3.º Que o pessoal penitenciário seja adequado. 4.º Que haja uma comissão especial e um Conselho de Curadores. 5. Que o preso seja solto até que, como sinal de sua emenda, tenha adquirido um meio de vida honesto.

³⁷⁷ ASÚA, Luis Jiménez de. **O Estado Perigoso, nova fórmula para o tratamento penal preventivo**. São Paulo: Publicações Brasil, 1933, p. 18.

³⁷⁸ ASÚA, Luis Jiménez de. **El sistema de penas determinadas a posteriori en la ciencia y en la vida**. 1913. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Madrid, Madrid, 1913.

³⁷⁹ ASÚA, Luis Jiménez de. **El sistema de penas determinadas a posteriori en la ciencia y en la vida**. 1913. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Madrid, Madrid, 1913, p. 407.

6º. Que o liberto seja condicionalmente. 7º. Que a liberação condicional seja monitorada e protegida.³⁸⁰³⁸¹

Contudo, em sua tese doutoral, o penalista espanhol parecia entender que a Espanha não estaria preparada para a implantação da sentença determinada *a posteriori*, de modo que a implantação deveria ser gradual: primeiro, deveria ser implantada a liberação condicional, e eliminando as regras casuísticas dadas aos juízes, ao analisar as circunstâncias agravantes e atenuantes, posteriormente aplicando-se nos jovens primários e partindo para a materialização dos ideais propostos pelo autor.

Em 1920, em “O Estado Perigoso”, nova fórmula para o tratamento penal e preventivo, uma de suas obras de maior destaque, revela o autor ser partidário da ideia positivista da destruição da crença no livre-arbítrio, entretanto ao destruir tal concepção, era necessária uma nova, que estaria localizada não em uma responsabilidade do indivíduo, mas em uma responsabilidade social, saindo do conceito de temibilidade de Garofalo, passando ao conceito de periculosidade.

Para Jiménez de Asúa, a Escola Positivista minou o terreno da teoria clássica, visto que, com a escola antropológica italiana, as ciências penais se teriam removido até o fundo. Nesse sentido, observa não que Lombroso estivesse certo em seu tipo delinquente, mas o método experimental lhe dá base sólidas, e após alguns anos de críticas, deixa dois postulados de valor: o princípio da defesa social, e o sentido subjetivo de atenção muito mais ao sujeito do que ao ato³⁸².

Em continuidade, ainda em “O Estado Perigoso”, lança a apresentação do que entende por um Positivismo crítico, do qual ele informa que é formado por juristas interessados em criticar as teorias positivistas construindo novas bases. Revela o autor que essa escola não teve um grande crescimento na Itália, onde foi chamada de “Terza Scuola”, entretanto assevera que se desenvolveu na Alemanha e em todo mundo, ganhando mundialmente a denominação de escola de defesa social³⁸³.

³⁸⁰ ASÚA, Luis Jiménez de. **El sistema de penas determinadas a posteriori en la ciencia y en la vida**. 1913. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Madrid, Madrid, 1913, p. 410.

³⁸¹ No original: La ideal realización del sistema de penas ulteriores determinadas exige las siguientes condiciones: 1ª. Que los jueces del nuevo sistema penal tengan los conocimientos suficientes. 2ª. Que la pena se cumpla em estabelecimentos reformadores. 3ª. Que el personal penitenciario sea idóneo. 4ª. Que exista una comisión especial y n Patronato. 5ª. Que el reo sea liberado hasta que, como una muestra de su emenda, haya adquirir un medio honrado de vivir. 6ª. Que el liberada lo sea condicionalmente. 7ª. Que la Liberación condicional estea vigilada y protegida.

³⁸² ASÚA, Luis Jiménez de. **O Estado Perigoso, nova formula para o tratamento penal preventivo**. São Paulo: Publicações Brasil, 1933, p. 19.

³⁸³ ASÚA, Luis Jiménez de. **O Estado Perigoso, nova formula para o tratamento penal preventivo**. São Paulo: Publicações Brasil, 1933, p. 21.

Dessa forma, boa parte da guinada dada pela Escola Positivista teria então relação com a União Nacional de Direito Penal³⁸⁴, fundada por Gerardo A. Van Hamel, Franz von Liszt e Adolfo Prins. A teoria da defesa social surgiria com vida nova, apegada às tendências antropossociológicas, e não a de Lombroso, que apontava padrões de delinquentes. Daquele momento por diante – propunha a escola alemã de criminologia — haveria a análise das variações individuais, e a necessidade de individualização do tratamento penal.

Jiménez de Asúa se declarava partidário do Positivismo crítico, da teoria da defesa social. O princípio defensivo teria feito com que se abandonasse a responsabilidade e intencionalidade, para se pensar pela concepção de estado perigoso, ia-se deixando de lado o ato delituoso e buscado o sujeito homem em primeiro plano³⁸⁵. Quando tratava da questão da pena, afirmava que, talvez, o conceito indeterminado não fosse o mais correto, mas também não seria criado *a priori*, mas sim *a posteriori*, pois a análise não partiria do fato em si, mas da análise das circunstâncias do réu, e a sanção imposta para corrigir sua conduta. Nesse sentido, assim leciona Henny Goulart:

[...] A pena pré-determinada, defendida pela Escola Clássica, numa reação ao antigo e abusivo arbítrio judicial, trazia também o sentido político de garantia dos direitos do acusado, contrapondo-se ao sistema de penas determinadas a "posteriori", designada por VON LISZT, GABRIEL TARDE e VAN HAMEL com a sentença relativamente ou ulteriormente determinada; esta pretende submeter o condenado ao tratamento de que realmente necessite, como se faz com o enfermo, até completar-se a cura. Suas finalidades seriam, assim, a emenda do culpado e, ao mesmo tempo, a defesa social, com base na teoria correcionalista.³⁸⁶

Na busca pelo desenvolvimento do conceito de “Estado Perigoso”, o autor assinala que o livre-arbítrio e o determinismo são infecundos para o Direito Penal, e que tais questões são atinentes tão só à Filosofia, interessando para o Direito Penal a importância da teoria do Estado Perigoso, o que esse delinquente representa para a sociedade, estando comprovada sua periculosidade social, seja o ato livre ou determinado, existe a necessidade de defender a

³⁸⁴ Interessante que no momento da publicação do livro em 1920 o autor informa que a União Nacional de Direito Penal estava praticamente morta, mas que ao que tudo indica renasce nas mãos de Herique Ferri (ASÚA, 1933, p. 22).

³⁸⁵ CESANO, José Daniel. Luis Jiménez de Asúa (1923-1930): Viajes académicos, redes intelectuales y cultura jurídico-penal. **Revista Derecho Penal Y Criminología**, v. 3, n. 2, p. 251-264, 2012, p. 254.

³⁸⁶ GOULART, Henny. Pena indeterminada. **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, v. 70, p. 165-184, jan. 1975, p. 169.

sociedade e, quando da aplicação da medida, é que será levada em conta a peculiar condição do sujeito³⁸⁷.

Para Asúa, a noção do que o perigo que o homem representa foi tratada com precisão pela primeira vez com Garofalo, buscando de um ponto de vista do Positivismo **criminológico**, um critério para penalidade, asseverando que a pena deve ser dada de acordo com a temeridade do delincente. Von Liszt teria tratado também bastante sobre o tema, de modo que enquadrava no estado perigoso os delinquentes por natureza, com foco nos enfermos mentais, e ao longo de sua trajetória amplia tal conceito para aqueles que se dedicavam à vadiagem e ao alcoolismo, reincidentes múltiplos, alienados e diminuídos mentais, inclusive englobando aqueles que não delinquiram ainda, tais como adolescentes abandonados; assevera o autor que, em muitos casos, é utilizado o conceito de caráter antissocial do delincente³⁸⁸.

Jiménez de Asúa informa que, em seu tempo, existia uma grande dificuldade de definição do que seria o estado perigoso, havendo variações. Deve-se, para tanto, observar-se:

[...] Tudo que se pode dizer a respeito da noção que tem formado os modernos autores sobre o estado perigoso do delincente, é que consiste na probabilidade de que um indivíduo cometerá ou voltará a cometer um delito. Parecem coincidir neste conceito - que não pode pretender chegar a uma definição – penalistas diferentes, como von Liszt, Garçon, Kulischer, Mitermaier, Cramer e alguns escritores médicos.³⁸⁹

Elenca o autor elementos para detectar a perigosidade de um indivíduo, tratando-se de pontos interessantes para a análise de seu pensamento, observa-se:

[...] a) A personalidade do homem em se triplo aspecto antropológico, psíquico e moral; b) A vida anterior ao delito ou ato de perigo manifesto; c) A conduta do agente, posterior ao cometimento do fato delituoso ou revelador do fato perigoso; d) A qualidade dos motivos; e) O delito cometido ou o ato que põe de manifesto a perigosidade³⁹⁰.

Desfiando, então, os critérios de periculosidade, insta salientar que o autor afirma que o estado perigoso pode ser declarado mesmo antes do cometimento de delito algum, tendo lugar próprio as medidas de ordens preventiva e asseguradora.

³⁸⁷ ASÚA, Luis Jiménez de. **O Estado Perigoso, nova formula para o tratamento penal preventivo**. São Paulo: Publicações Brasil, 1933, p. 45.

³⁸⁸ ASÚA, Luis Jiménez de. **O Estado Perigoso, nova formula para o tratamento penal preventivo**. São Paulo: Publicações Brasil, 1933, p. 54.

³⁸⁹ ASÚA, Luis Jiménez de. **O Estado Perigoso, nova fórmula para o tratamento penal preventivo**. São Paulo: Publicações Brasil, 1933, p. 59.

³⁹⁰ ASÚA, Luis Jiménez de. **O Estado Perigoso, nova fórmula para o tratamento penal preventivo**. São Paulo: Publicações Brasil, 1933, p. 60.

Em análise comparada da legislação existente à época da escrita de “O Estado Perigoso”, em 1920, o autor, aponta as categorias de infratores, tal como descritas no Direito positivo de então:

[...] a) Delinquentes por vagância, contra os quais se prescreve a casa de trabalho, (Código Noruego, Anteprojeto Suiço de 1918, Projeto da Comissão e Projeto de 1919, de Alemanha; Anteprojeto e Projeto do Governo de Austria); b) *Delinquentes bêbado*, contra os quais se estabelece o asilamento (lei da Noruega de 1891; lei de Cantão de São Galo de 29 de junho de 1891....); c) Delinquentes habituais, profissionais incorrigíveis, em algumas leis, por um numero fixo de reincidências, contra os quais se prescreve um internato de segurança na Europa e em algumas colonias inglesas (Codigo Noruego de 1902, Projeto da Comissão e Projeto da Alemanha; Lei inglesa de 21 e dezembro de 1908...) d) *Delinquentes alienados*, anormais, etc. contra os quais se estabelece na Europa Hispano-America, a hospitalização em manicômios criminais (Projeto Noruego, Anteprojeto Suiço, Projeto do Governo da Austria; Projeto Peruano....) e) *delinquentes menores*, para os quais se criou um verdadeiro Direito Penal próprio, cujas disposições são, principalmente, educativas e tutelares, como a colocação em família, as casas educativas e disciplinares, escolas agrícolas e industriais, a admoestação, etc., etc., e no processual têm-se instituído os Tribunais para crianças (Anteprojeto Suiço.; Projeto do Governo da Áustria; Projeto Mexicano; Projeto Peruano)³⁹¹.

Com relação à legislação espanhola, assevera que, no momento de sua escrita, não existia uma preocupação com o Estado Perigoso, negligenciando o sujeito do delito, e preocupando-se com o fato. Em relação às medidas de segurança, nada poderia ser encontrado no Código Penal de 1870 então vigente, de modo que os meios defensivos não estavam presentes na legislação, tanto que os bebedores contumazes, os criminosos habituais, entre outros, que deveriam ser abarcados em nome da defesa da sociedade³⁹².

Lamentava o autor o desaparecimento da punição da vadiagem, que no Código de 1848 ocupava destaque, e naquele tempo, passava a ser um agravante no Código penal vigente, mas fez questão de consignar que não lhe causava prazer ver a mendicância e a vadiagem de menores e adultos nos grandes centros da Espanha³⁹³.

Segundo ele, que poderia ser entendido como fecundo na lei penal, no caso o Código Penal de 1870, quanto aos alienados e perigosos deveria haver a reclusão em hospitais, ou entregar à família se tivesse condições de custódia, no entanto, mesmo estando legislado, na prática não se materializava, pois os hospitais não haviam sido criados, e os delinquentes eram

³⁹¹ ASÚA, Luis Jiménez de. **O Estado Perigoso, nova fórmula para o tratamento penal preventivo**. São Paulo: Publicações Brasil, 1933, p. 147.

³⁹² ASÚA, Luis Jiménez de. **O Estado Perigoso, nova formula para o tratamento penal preventivo**. São Paulo: Publicações Brasil, 1933, p. 161.

³⁹³ ASÚA, Luis Jiménez de. **O Estado Perigoso, nova formula para o tratamento penal preventivo**. São Paulo: Publicações Brasil, 1933, p. 162.

colocados em estabelecimentos comuns, e a família não tinha, na maioria das vezes, condições de ficar com o detento³⁹⁴.

O autor tece duras críticas ao Código Penal de 1870, relatando que não detém meios modernos para lutar contra o delito, sendo o conceito de temibilidade e até as categorias de perigosos estão ausentes, sendo desprovido, inclusive, de medidas assecuratórias. Relatando a pouca esperança em uma penalística moderna, já que, na Espanha, a política se intrometeria em tudo, pois um Código técnico só poderia ser redigido por um corpo técnico nomeado para tanto, como foi feito em países como Suíça, Dinamarca e Suécia.

Interessante mencionar que, no prefácio da tradução brasileira, escrito pelo penalista paulista Noé Azevedo, havia um olhar sobre Luis Jiménez de Asúa como um homem propagador dos ideais defensistas, ligados ao Positivismo Jurídico **criminológico**. Cabe a citação:

[...] Formou-se um corpo de doutrina com preceitos práticos a que chamou política criminal, tendente a promover a defesa social contra o perigo da criminalidade, sem cogitar do livre-arbítrio nem do determinismo. E é essa doutrina que Jiménez de Asúa dá um impulso avassalador, transformando a ideia restrita de temibilidade do delinquente, que Garofalo esboçaria, no conceito amplo de perigosidade³⁹⁵.

Ao se dizer adepto do Positivismo crítico, o autor denotava a possibilidade de um olhar diferente sobre o Positivismo, que detinham um viés diferente, expressamente ao tratar do Positivismo crítico, leciona:

[...] Os extremismos da Escola Positiva, que nos primórdios subordinavam o jurídico ao biológico e ao social, fizeram com que juristas, desconcertados com a negação da independência do Direito punitivo, adotassem posições em que Enrique Ferri, e os melhores tempos de seu ardor combativo, chamou de eclético. Repitamos, de passagem, que assim como a Escola Clássica teve vários ramos de caráter nacional e o Positivismo se caracterizou por seu caráter internacionalista, o Positivismo crítico irrompeu também nas Escolas nacionais. Poderíamos dizer que esta era a sua nota típica, pois foi engendrada pelo Positivismo internacional sobre as bases nacionais do respectivo classicismo.^{396 397}

³⁹⁴ ASÚA, Luis Jiménez de. **O Estado Perigoso, nova formula para o tratamento penal preventivo**. São Paulo: Publicações Brasil, 1933, p. 162.

³⁹⁵ AZEVEDO, Noé. **Prefácio**. O Estado Perigoso, nova formula para o tratamento penal preventivo. São Paulo: Publicações Brasil, 1933, p. 8.

³⁹⁶ ASÚA, Luis Jiménez de. **La Ley y el delito principios de derecho penal**. 6. ed. Buenos Aires: Editorial Sudamérica, 1973, p. 53.

³⁹⁷ No original: Os extremismos da Escola Positiva, que nos primórdios subordinavam o jurídico ao biológico e ao social, fizeram com que juristas, desconcertados com a negação da independência do Direito punitivo, adotassem posições em que Enrique Ferri, e os melhores tempos de seu ardor combativo, chamou de eclético. Repitamos, de passagem, que assim como a Escola Clássica teve vários ramos de caráter nacional e o positivismo se

Existem pontos de vista divergentes sobre a questão de adesão de Jiménez de Asúa ao Positivismo Jurídico criminológico, justamente porque em “O Estado Perigoso”, e nas obras **acima analisadas** e expostas, ~~que foram analisadas~~, não se observou a existência de busca de um criminoso nato, por exemplo. O fato de ter uma ligação com Enrique Ferri não pode levar a condená-lo como positivista clássico, muito embora tivesse vivido durante a pungência deste.

[...] Afastando-se da visão desses autores, Jiménez de Asúa propôs a criação de um Código preventivo em que a chave fosse a periculosidade sem crime, adotando para isso um sistema misto de definições e categorias que tivessem o mero valor de exemplo, e não uma casuística fechada. Em suma, postulou o uso de uma "definição ampla e estática que permitisse lutar abertamente contra os perigos que ameaçavam a sociedade". Nesse ponto de sua evolução penal, ao contrário do que fez quando escreveu O estado perigoso, ele expôs como deveriam ser os meios de luta. Deviam ser de três tipos: internados em asilos, casas de trabalho para não criminosos perigosos e estabelecimentos de inocuidade^{398, 399}.

Em 1929, o autor publicou a obra “O delito de Contágio Venéreo” e, em suas “palavras preliminares”, sinaliza o a autor o momento político que vivia, ainda em meio ao período ditatorial:

[...] Duvidei muito ao escolher o tema. Meus desejos indicavam o campo dos problemas políticos ou daqueles assuntos que, no confim do Direito Penal, se encontram com a vida publica; porém atravessamos dias em que o eufemismo ou a prudência bordeiam a área punitiva. As questões políticas devem ser enfrentadas com palavra dura e com atitude sincera, porém os tempos não são propícios de tais audácias, e mais vale esperar épocas mais serenas, que que a censura não se aproveite das páginas do escritor imparcial⁴⁰⁰.

Na obra retromencionada, o autor propõe-se a tratar dos problemas do Direito Penal e a proteção em torno das enfermidades sexuais, tema que já havia palestrado em 1923 na Argentina e no Uruguai, bem como em Lima, no Peru. Na obra o autor relata a necessidade de legislações que tratem especificamente do tema, informando que, no caso espanhol, no

caracterizou por seu caráter internacionalista, o positivismo crítico irrompeu também nas Escolas nacionais. Poderíamos dizer que esta era a sua nota típica, pois foi engendrada pelo positivismo internacional sobre as bases nacionais do respectivo classicismo.

³⁹⁸ No original: Para separarse de la visión de estos autores, Jiménez de Asúa planteó la creación de un Código preventivo en el que la clave fuese la peligrosidad sin delito, adoptando para ello un sistema mixto de definiciones y categorías que tuvieran el mero valor de un ejemplo, y no de una casuística cerrada. En definitiva, postulaba el uso de una “definición amplia y estática que permitiera luchar abiertamente contra los peligros que acechaban la sociedad”. En este momento de su evolución penal, a diferencia de lo que hizo cuando escribió El estado peligroso, sí expuso cómo debían ser los medios de lucha. Tenían que ser de tres tipos: internado en instituciones manicomiales, casas de trabajo para peligrosos no criminales y establecimientos de inocuidación

³⁹⁹ CAÑIZARES, Enrique Roldán; ASÚA, Luis Jiménez de. **Derecho penal, república, exilio**. Madrid: Editorial Dykinson, 2019, p. 120.

⁴⁰⁰ ASÚA, Luis Jiménez de. O Delito de contágio venéreo, problemas de Código Penal e prevenção, em torno às enfermidades do sexo. Tradução de J. Catoira. São Paulo: Publicações Brasil, 1933, p. 14.

momento da sua escrita nem o Código Penal vigente, ou lei especial ou doutrina, teria trazido a possibilidade; de modo que a doutrina teria avançado apenas no sentido de punir o contágio venéreo em caso de cumulado com algum delito contra a honestidade⁴⁰¹.

Assevera Asúa que a prevenção do delito deve passar, em primeiro plano, ante a delinquência. Vale mais prevenir que reprimir, pois a pena é uma arma antiga, que consegue pouco na luta contra a criminalidade. Por essa razão, teria Enrique Ferri depositado sua máxima esperança na substituição da pena por outras medidas; é necessário que o técnico em Direito Penal catalogue, entre os delitos os de enfermidades sexuais⁴⁰².

Para o autor, é a vida promíscua dos homens que, em sua idade mais jovem, frequentam os prostíbulos, conhecendo as mais diversas mulheres e, por vezes, a elas retornam após o casamento, que são a semente deste problema que, além de jurídico, é social. A defesa da sociedade da propagação desse mal seria a possibilidade de casamentos precoces, e não advindos de arranjos, mas do amor, de forma que o homem teria na sua esposa a companheira para relações sexuais⁴⁰³.

Importante citar que Asúa, ao longo da década de 1920, rompeu com Enrique Ferri, acusando-o de manter relações com o fascismo, entendendo como uma traição, já que o maestro italiano iniciou os primeiros anos de vida intelectual, ligado aos ideais socialistas. Entre o mestre e o discípulo, inclusive, são trocadas diversas cartas que versam sobre tal debandada de Ferri para os braços de um regime autoritário. Demonstrando seu descontentamento, afirma o autor, “[...] el giro ferriano había de ser en política aun más sorprendente: después de haber sido socialista y de haber dirigido el ‘Avanti’, el famoso orador y sociólogo inclino sua rodilla septuagenária ante el fascimo, deseoso de llegar a los bancos del Senado⁴⁰⁴.

Asúa afirmava que haveria a possibilidade de tomar as linhas mestras do Positivismo e do correccionalismo tal como formulou Dorado Monteiro⁴⁰⁵ e o Derecho protector de los criminales⁴⁰⁶. Nessa concepção de Direito Penal, o delito não teria nenhum valor e o estado

⁴⁰¹ ASÚA, Luis Jiménez de. O Delito de contagio venéreo, problemas de Código Penal e prevenção, em torno às enfermidades do sexo. Tradução de J. Catoira. São Paulo: Publicações Brasil, 1933, p. 123.

⁴⁰² ASÚA, Luis Jiménez de. O Delito de contagio venéreo, problemas de Código Penal e prevenção, em torno às enfermidades do sexo. Tradução de J. Catoira. São Paulo: Publicações Brasil, 1933, p. 128.

⁴⁰³ ASÚA, Luis Jiménez de. **La Ley y el delito principios de derecho penal**. 6. ed. Buenos Aires: Editorial Sudamérica, 1973, p. 53.

⁴⁰⁴ ASÚA, Luis Jiménez de. **La Ley y el delito principios de derecho penal**. 6. ed. Buenos Aires: Editorial Sudamérica, 1973, p. 53.

⁴⁰⁵ Sobre Dorado Montero é importante a leitura do artigo de José Franco-Chasán, “Pedro Dorado Montero: A Transitioning Figure”, **GLOSSAE. European Journal of Legal History** 17 (2020), p. 353-395

⁴⁰⁶ DORADO, Monteiro. **El derecho protector de los criminales**: Estudios de derecho penal preventivo. Madrid: Editora V. Suarez, 1915.

perigoso do delinquente seria suficiente para proteger a sociedade da criminalidade, desaparecendo a figura do delito e das penas como se conhece, existindo então “posições do estado perigoso” surgindo em lugar das penas medidas tutelares e asseguradoras, que o juiz aplicaria de acordo com cada sujeito, assim não estariam enumeradas as condutas na lei, e haveria uma grande possibilidade discricionária do juiz.

[...] Aun así, en su construcción estaba claro que si la ley no recogía hechos delictivos, si la pena no existía y su lugar lo ocupaba una medida tutelar y aseguradora elegible e incluso creada por el juez, y si éste era el que decidía cuándo un sujeto era peligroso y qué medida aplicarle, era obvio entonces que los jueces necesitarían la más amplia libertad de acción, la cual solo sería posible si la formación de los mismos traspasaba las fronteras del derecho, alcanzando conocimientos de psicología, antropología, Psiquiatría⁴⁰⁷.

A pena não seria indeterminada, mas também não seria criada *a priori*, mas sim *a posteriori*, pois a análise não partiria do fato em si, mas da análise das circunstâncias do réu, e a sanção imposta para corrigir sua conduta, assim leciona Henny Goulart:

[...] A pena pré-determinada, defendida pela Escola Clássica, numa reação ao antigo e abusivo arbítrio judicial, trazia também o sentido político de garantia dos direitos do acusado, contrapondo-se ao sistema de penas determinadas a "posteriori", designada por VON LISZT, GABRIEL TARDE e VAN HAMEL com a sentença relativamente ou ulteriormente determinada; esta pretende submeter o condenado ao tratamento de que realmente necessite, como se faz com o enfermo, até completar-se a cura. Suas finalidades seriam, assim, a emenda do culpado e, ao mesmo tempo, a defesa social, com base na teoria correcionalista.⁴⁰⁸

Quando tratou da figura do homem perigoso, valorizando assim o indivíduo ao invés da conduta, foi aos poucos guinando para o que denomina de Positivismo crítico e, já na década de 1930, parece abandonar o Positivismo, afirmando não mais haver embate mais entre escolas penais:

[...] Esta mudança, que foi um sinal da evolução penal de um Jiménez de Asúa que pouco a pouco se afastava do Positivismo, pôde ser plenamente apreciada quando em 1930, ao analisar o Código Penal mexicano de 1929, o identificou

⁴⁰⁷ CAÑIZARES, Enrique Roldán; ASÚA, Luis Jiménez de. **Derecho penal, república, exilio**. Madrid: Editorial Dykinson, 2019, p. 18.

⁴⁰⁸ GOULART, Henny. Pena indeterminada. **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, v. 70, p. 165-184, jan. 1975, p. 169.

com o Positivismo, mas não em tom comemorativo, descrevendo-a como uma "escola que envelhece e atrasa."^{409,410}

Para o autor, o conflito não mais é tratado pelas escolas penais, mas é algo, relacionado ao conflito político-penal, uma verdadeira disputa entre o Direito Penal liberal e o Direito Penal autoritário. O Direito Penal liberal consagra os lemas da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade. A liberdade figuraria na ideia de que não existe crime sem lei anterior que o definisse, bem como a igualdade estaria relacionada à existência de uma descrição objetiva para cada espécie delitiva, sem privilégios pessoais. A fraternidade está no abrandamento da pena. A Revolução Francesa seria o marco da abolição de suplícios atrozes⁴¹¹.

Seria a escola clássica a maior defensora desse Direito Penal, de modo que se materializava nos mais diversos códigos, e o Positivismo naturalista teria buscado quebrar essas liberdades. Assevera o autor que deve ser mantido o Direito Penal liberal, de modo a punir todo ataque ao sistema liberal e democrático.

Destaca que o Positivismo criminológico, criado com ideias universalistas, foi adotado pelo fascismo, e aplaudido por Ferri, sem reconhecer que o criaria para uma civilização socialista e o desnaturalizou para atender Mussolini⁴¹².

Eis aqui o ponto de vista bastante característico do autor: o Direito Penal burguês evitaria um Direito Penal autoritário eliminador das garantias do cidadão, e em um futuro socialista, a defesa penal do cidadão se faria por meio de um Direito protetor dos criminosos. Dispõe assim o autor:

[...] Nossa Lei será cancelada e somente a criminologia, ciência explicativa, complementada com remédios, prevalecerá no futuro. Talvez me digam que isso é uma utopia. Rejeito a acusação: nenhum ideal pode ser considerado estranho a este mundo. A utopia parecia voar com aparelhos mais pesados que o ar; A utopia era o cisne negro, mas a Austrália foi descoberta e apareceram

⁴⁰⁹ CAÑIZARES, Enrique Roldán; ASÚA, Luis Jiménez de. **Derecho penal, república, exilio**. Madrid: Editorial Dykinson, 2019, p. 18.

⁴¹⁰ No original: Este cambio, que era muestra de la evolución penal de un Jiménez de Asúa que poco a poco se va alejando del positivismo, se pudo terminar de apreciar cuando en el año 1930, al analizar el Código penal mexicano de 1929, lo identificaba con el positivismo, pero no en tono celebratorio, sino calificándolo como una "escuela que se avejenta y retrasa.

⁴¹¹ ASÚA, Luis Jiménez de. **La Ley y el delito principios de derecho penal**. 6. ed. Buenos Aires: Editorial Sudamérica, 1973, p. 70.

⁴¹² ASÚA, Luis Jiménez de. **La Ley y el delito principios de derecho penal**. 6. ed. Buenos Aires: Editorial Sudamérica, 1973, p. 71.

aqueles pássaros sombrios, e o homem se inventou e os aviões voam pelo espaço.⁴¹³⁴¹⁴

Essa esperança do mestre madrilenho talvez esteja intimamente ligada à expansão do socialismo soviético. Para partir então para uma legislação relacionada a um Direito Penal protetor dos delinquentes, deveriam ser criadas leis de transição, com características dualistas, sendo dois códigos — um sancionador e outro preventivo — na busca de não corromper as garantias do Direito Penal liberal.

O Código sancionador estaria relacionado a tipos penais, mas a quantidade de penas e de medidas de segurança seria ditada pelo próprio juiz, na ideia de sentença indeterminada, já aqui tratada, de modo que uma comissão, após a sanção, analisaria o delinquente e repassaria ao juiz sua reabilitação, de modo que apenas ao juiz caberia seu retorno ao seio social. Já o Código preventivo seria marcado para perigosidade sem delito, deveria então haver uma definição dos perigos que atormentavam a sociedade.

A culminância do pensamento de Asúa era o Direito protetor dos criminosos, que abarcava tanto o Positivismo como o correccionalismo, todavia, em meio à situação que vivia de autoritarismo, observava que era importante assegurar os valores liberais, vendo que não seria o momento de seu ideal, mas lançando para o futuro tal tarefa.

3.1.2 O Positivismo em Roberto Lyra (Brasil): o aspecto social como análise do crime e do criminoso

Roberto Tavares de Lyra nasceu em 1902, na cidade de Recife, e faleceu em 1982, na cidade do Rio de Janeiro. Por seu papel e importância no pensamento criminológico brasileiro, merece um breve recorrido biográfico a seguir exposto. Em 1916, com apenas treze anos, ingressou na Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, concluindo o curso em 1920. Em 1924, foi nomeado adjunto de Promotor de Justiça da Capital Federal. Em 1931, tornou-se membro do Conselho Penitenciário e da Inspeção Penitenciária do então Distrito Federal, cargos que ocuparia até 1955.

⁴¹³ ASÚA, Luis Jiménez de. *La Ley y el delito principios de derecho penal*. 6. ed. Buenos Aires: Editorial Sudamérica, 1973, p. 70.

⁴¹⁴ No original: Nuestro Derecho será cancelado y sólo la criminología, ciencia explicativa, completada con remedios imperará en el futuro. Acaso se me diga que ésta es una utopía. Rechazo la imputación: de ningún ideal puede decirse que es ajeno a este mundo. Utopía pareció antaño el hecho de volar con aparatos más pesados que el aire; utopía era el cisne negro, pero se descubrió Australia y aparecieron esas aves sombrías, y se ingenió el hombre y los aeroplanos surcan el espacio.

Em 1933, ingressou, mediante de concurso de provas e títulos, como professor da Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro⁴¹⁵, atividade que combinou com o jornalismo em pleno regime do Estado Novo (1937-1945), conseguindo superar, por sua escrita inteligente, a censura do regime ditatorial e elogiar a atuação de escritores perseguidos como subversivos, como Jorge Amado, Graciliano Ramos e Monteiro Lobato. Por sua presença e liderança pública, chegou a ser, por breve período, Ministro da Educação durante o gabinete parlamentarista de Brochado da Rocha em 1962, período de grandes conflitos políticos e sociais, que findariam por resultar no golpe que levaria à destituição do Presidente constitucional João Goulart e a implantação da ditadura civil-militar que perdurou de 1964 a 1985 no Brasil, da qual foi sempre um opositor.

Roberto Lyra teve grande influência como jurista, sendo nome de destaque na elaboração do Código Penal brasileiro de 1940 e nos principais debates sobre Direito Penal até o fim de sua vida; o seu olhar sobre o Direito apresentava uma característica bastante peculiar para o Brasil à época, já que reivindicava para si, em termos criminológicos, o título de positivista, em meio ao tecnicismo jurídico que rondava o Direito Penal brasileiro.

Apenas a título introdutório, não se pode esquecer que, para a sua teoria, a Sociologia era um grande instrumento do penalista, já que a questão do crime e o criminoso tinham estreita relação com aspecto social. Assim posto, será feita análise do referido autor, principalmente no que tange a sua estreita ligação com o Positivismo criminológico, na busca de delimitar suas ideias sobre tal.

3.1.2.1 Roberto Lyra entre o Direito Penal normativo e Direito Penal científico

Conforme já tratado, o período de 1930, no Brasil é bastante marcado pela tentativa de conciliação das Escola Penais, com a implantação do chamado tecnicismo jurídico⁴¹⁶ e, nesse contexto, Roberto Lyra apresenta posicionamento bastante peculiar, na busca por distanciamento de um dogmatismo puro, advogando a possibilidade de um diálogo entre o Direito Penal normativo e o Direito Penal científico.

O autor faz interessante divisão entre Direito Penal normativo e Direito Penal científico, o primeiro como Direito Penal relacionado à ciência social, e o segundo como Direito Penal ligado ao Direito Público. Isso posto, o Direito Penal científico estudaria verticalmente a

⁴¹⁵ ABREU, Alzira Alves de *et al.* Lyra Roberto (verbete). In: ABREU, Alzira Alves de (coord.). **Dicionário-histórico biográfico pós-1930**. Rio de Janeiro: FGV, 2001, v. 3.

⁴¹⁶ Ricardo Sontag tem importantes escritos sobre o tema, [como ... citar](#)

criminalidade, enquanto o primeiro o faria horizontalmente, conforme se verifica nas palavras do próprio autor:

[...] O Direito Penal científico cuidará: a) o Estado Perigoso da Sociedade; b) prevenção geral e indireta; c) da política social específica para orientação do provimento assistencial. O Direito Penal normativo tratará: a) Do estado perigoso do indivíduo; b) da repressão; c) da prevenção especial e direta⁴¹⁷.

A criminologia faria parte, então, do Direito Penal científico, de modo que seu estudo deveria ser separado do campo técnico do Direito Penal (Direito Penal normativo), ressaltando o autor a não necessidade de implantação de tal cadeira nos cursos de Bacharelado, devendo tais discussões serem legadas aos Institutos de Criminologia e para formação extra ou pós-escolar⁴¹⁸.

Importante é salientar que o autor divide a Sociologia Criminal (Criminologia) em sentido estrito, como sendo a ciência explicativa das causas e das manifestações sociais da criminalidade, e que a vocação sociológica da disciplina impediria, mesmo em sentido restrito, que houvesse um desvio do olhar de forma a reduzir o objeto, sendo o foco a perspectiva social⁴¹⁹. Quanto à Sociologia Criminal em sentido lato comportaria a Antropologia Criminal, estudando as manifestações endógenas, a Estatística Criminal, estudo das causas exógenas da criminalidade e [DÚVIDA: aqui seria o campo técnico do direito penal.. normativo?] no ramo jurídico: Direito Penal, Direito processual penal e Direito penitenciário⁴²⁰.

Nesse cenário, o autor apresenta a Sociologia Criminal como ciência geral, com as seguintes conclusões:

[...] 1.º O criminoso apresenta sempre (vencido) anomalias orgânicas e psíquicas hereditárias ou adquiridas, mais ou menos graves e numerosas e mais ou menos corrigíveis; 2.º O aparecimento, ou aumento, a diminuição e o desaparecimento dos crimes não dependem das penas comidas e aplicadas; 3.º. O livre-arbítrio não pode ser a base da responsabilidade penal⁴²¹.

Debruçando-se sobre a criminalidade e o crime, entende Roberto Lyra que o fato social é a criminalidade e não o crime, cada crime é parte desse fato social. Em se tratando de criminalidade, entende o autor que ela se refere a todas as ofensas aos “estados fortes da consciência coletiva”, na forma especificada por Émile Durkheim.

⁴¹⁷ LYRA, Roberto. **Direito penal científico: Criminologia**. Rio de Janeiro: Editora José Konfino, 1974, p. 7.

⁴¹⁸ LYRA, Roberto. **Novíssimas escolas penais**. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1956, p. 148.

²⁸⁶ ASÚA, Luis Jiménez de. **La Ley y el delito principios de derecho penal**. 6. ed. Buenos Aires: Editorial Sudamérica, 1973, p. 70.

⁴²⁰ LYRA, Roberto. **Novíssimas escolas penais**. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1956, p. 152.

⁴²¹ LYRA, Roberto. **Novíssimas escolas penais**. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1956, p. 153.

Sempre deve ser pensado o conjunto, o social, “[...] pois a unidade, uma vez destacada, como a água em relação ao oceano, perde a ebulição ondulante e até a cor”. O sociólogo e o criminólogo não podem ater-se ao normativo ou ao patológico, pois as questões sociais ultrapassam esses temas, sendo certo ainda que, se nos ativermos apenas às pequenas questões, não teremos a resposta adequada, pois as estatísticas são falhas e só apontam aquilo que a polícia declara como conhecimento do fato. Por essa razão acentua:

[...] Com olhos nas manchetes sensacionalistas e nas estatísticas epidérmicas, os curiosos apontam homicídios insignificantes em face dos que se praticam, impunemente, contra massas de inocentes. Para dominá-los, é preciso lançar o coração nas profundezas humanas e sociais. Não se trata, pois, do exame miúdo e direto de tipos. Ultrapassando-se as categorias técnicas e os eufemismos contestadores, não há diferença essencial entre matar e aplicar a pena de morte ou deixar morrer por incúria, roubar ou furtar e confiscar ou requisitar; sequestrar e prender; casar, sendo casado, e viver maritalmente com outra etc.⁴²²

Para o autor, a causa da criminalidade sempre é social. Para desbravar tal questão desenvolveu uma série de artigos denominados “Pobres e Ricos em Direito Penal”, estudos publicados entre 1933 e 1935 na Revista de Direito Penal, periódico da Sociedade Brasileira de Criminologia.

O Direito Penal escapa à rigidez e frieza dos departamentos jurídicos menos expostos à claridade das ciências sociais⁴²³, de forma que é importante salientar:

[...] A Economia affecta, assim, o elemento objetivo do crime, aparelhando o criminoso, gerando organizações formidáveis para exercício ostensivo da delinquência por atacado (tráfico das escravas brancas, contrabandos, jogos, desfalques, extorsões, incêndios, falências), desenvolvendo a técnica do crime pelo aproveitamento primoroso das conquistas da sciencia⁴²⁴.

Reconhece o autor que a Economia transparece, inclusive, na repressão ao crime, já que, em alguns casos, a possibilidade de contratação de advogados, busca de provas, diligências, corrupção, protelação são iniquidades que estão distantes da vontade do juiz. Para além da questão taxativamente prevista em lei, existiam condutas terríveis relacionadas ao

⁴²² LYRA, Roberto. **Novíssimas escolas penais**. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1956, p. 155.

⁴²³ LYRA, Roberto. **Pobres e Ricos em Direito Penal (continuação)**. Rio de Janeiro: Editora Revista de Direito Penal, 1934, v. 4.

⁴²⁴ LYRA, Roberto. **Pobres e Ricos em Direito Penal (continuação)**. Rio de Janeiro: Editora Revista de Direito Penal, 1935, v. 8, p. 39.

aspecto econômico, muito relacionadas à usura, tão duramente combatida, inclusive em textos bíblicos⁴²⁵.

Para Roberto Lyra, Galdino Siqueira⁴²⁶ teria papel ímpar nos estudos sobre criminalidade no tempo de sua escrita:

[...] Encarada em abstracto é, em relação à criminalidade em geral, é inegável tem predomínio o fator social, que não só determina o mal no momento da perpretação do facto delictuoso, como a individualidade do criminoso e a de seus pares.

A observação mostra, com effeito, que a hereditariedade de paes exgotados, alcoolicos, degenerados, e má alimentação, que na infância é só por si causa de anomalias na conformação do craneo e diversos estados de degeneração, a ausência da educação moral, a influencia deletéria, pelo contrario, do exemplo doméstico, as más companhias a miséria economica e tantas outra relações sociaes, são proprias a impelir o indivíduo para o caminho do crime; não se fortalecem as tendencias criminosas com as criam⁴²⁷.

Para Lyra, basendo-se em Lacassagne, não é o atavismo que cria o criminoso, nem outra disposição orgânica, o “[...] meio social é o caldo da cultura da criminalidade, o micróbio é o criminoso”, o micróbio só fermenta no meio que lhe interessa, assim cada sociedade tem o criminoso que merece⁴²⁸.

Novamente citando Émile Durkheim, desfia que o crime é algo normal, pois sempre existiu e sempre irá existir, e essa existência independe da normalidade ou da anormalidade individual. Nessa esteira, Lyra abre a discussão de que o Estado não se preocupa com o que não está tipificado, seja ou não uma conduta que não seja proba diante a sociedade, não interessando a bondade ou honestidade do indivíduo.

[...] O crime sempre existirá, embora acompanhando a evolução social. Na sociedade futura, a meu ver, ao contrário do que esperam os utópicos e os declamadores, a diversidade de crimes há de crescer, porque a sensibilidade dos individuos se totaliza e se manifesta sempre, ao menor detalhe. A sociedade, da ficção atual, passa a ser qualquer cousa de real, de absorvente, em cuja ordem todos se interessam, com aguda e constante susceptibilidade⁴²⁹.

⁴²⁵ LYRA, Roberto. **Pobres e Ricos em Direito Penal (continuação)**. Rio de Janeiro: Editora Revista de Direito Penal, 1935, v. 8, p. 40.

²⁹³ LYRA, Roberto. **Pobres e Ricos em Direito Penal (continuação)**. Rio de Janeiro: Editora Revista de Direito Penal, 1935, v. 8, p. 40.

⁴²⁷ LYRA, Roberto. **Pobres e Ricos em Direito Penal (continuação)**. Rio de Janeiro: Editora Revista de Direito Penal, 1935, v. 8, p. 41.

⁴²⁸ LYRA, Roberto. **Pobres e Ricos em Direito Penal (continuação)**. Rio de Janeiro: Editora Revista de Direito Penal, 1935, v. 8, p. 45.

⁴²⁹ LYRA, Roberto. **Pobres e Ricos em Direito Penal (continuação)**. Rio de Janeiro: Editora Revista de Direito Penal, 1935, v. 8, p. 43.

Analisando o autor em testilha, Ricardo Sontag afirma que Roberto Lyra era detentor de uma postura epistemológica muito mais aberta - o Positivismo criminológico - do que os adeptos do tecnicismo jurídico adotado por exemplo por Nelson Hungria. Lyra não aderiu a esse movimento de fechamento em um dogmatismo rígido com a marginalização da Filosofia, da Criminologia e de ciências afins⁴³⁰. Portanto, deve-se destacar o interessante apontamento de Sontag com relação a Roberto Lyra e seu viés mais aberto, já que entendia como essencial o estudo empírico da criminalidade e do delinquente:

[...]Tratava-se, portanto, de uma concepção de ciência jurídica muito aberta em comparação ao tecnicismo. Essa abertura seria importantíssima para preservar a centralidade do papel da ciência jurídica de orientar o legislador na fase de produção do Direito – é esse âmbito de reflexão e atuação que Nelson Hungria desqualifica como sendo um estéril debate sobre o utópico futuro do Direito Penal. O tecnicismo, ao contrário, deveria enfatizar o papel da ciência jurídica como simples colaboradora dos agentes de aplicação da lei pronta⁴³¹.

Roberto Lyra, durante sua vida pública como jurista, elaborou e apresentou importante crítica ao bacharelismo brasileiro, e sua postura cheia de verbalismos. Tal conduta, para nosso autor, afastava-se do Direito científico, muito mais aberto a diferentes possibilidades de compreensão, opondo-se, assim, à teoria tecnicista que entendia que a lei positiva estatal é que seria elemento fundante para o Direito Penal, assim como para a superação desse bacharelismo exacerbado⁴³².

Roberto Lyra reivindicava, desde o ano de 1933, a criação da Escola Socialista em Direito Penal. Para o autor, o crime no Brasil seria uma consequência da miséria geral e da incipiência da assistência social em todos os terrenos. Nesse sentido, assevera o autor: “Minha perspectiva socialista em Direito Penal nasceu da evidência da realidade do crime e da pena no tempo e no espaço em função das desigualdades sociais⁴³³.”

Nesse sentido, defende o autor que existiam elementos basilares para se falar em uma escola socialista penal:

[...] O corpo de doutrina da escola socialista em Direito penal deve partir destes postulados: a) na sociedade dividida em classes, a ordem jurídico-penal baseia-se na defesa dos interesses individuais ou grupais dominantes; b) as causas

⁴³⁰ SONTAG, Ricardo. Verbalismo de jornal. Ensino de Código Penal, ciência e lei em Roberto Lyra. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 131, n. 25, p. 299-332, 2017, p. 300.

⁴³¹ SONTAG, Ricardo. Verbalismo de jornal. Ensino de Código Penal, ciência e lei em Roberto Lyra. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 131, n. 25, p. 299-332, 2017, p. 305.

⁴³² SONTAG, Ricardo. Verbalismo de jornal. Ensino de Código Penal, ciência e lei em Roberto Lyra. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 131, n. 25, p. 299-332, 2017, p. 307.

⁴³³ LYRA, Roberto. **Direito penal normativo**. Rio de Janeiro: Editora José Konfino, 1975, p. 21.

propriamente ditas da criminalidade são sociais; c) a criminalidade relevante não provém do mau funcionamento da sociedade e sim da má organização desta; d) a responsabilidade deve basear-se na periculosidade contra a sociedade e a humanidade; e) e as sanções devem ser meios de defesa efetiva e direta da sociedade e da humanidade⁴³⁴.

Para Salo de Carvalho e Lucas Matos, a Criminologia de Roberto Lyra nasce da relativização do conceito de crime e de pena, relacionando-as com a questão das desigualdades sociais, trata-se de uma criminologia que se relaciona com o aspecto social. Nesse sentido, a fundação causal da teoria do autor seria derivada do Positivismo **criminológico**, afastando-se do idealismo, buscando pensar o agir humano no plano empírico, analisando o delito como um fenômeno social, todavia distanciando-se dos positivismos de cunho liberal-individualista⁴³⁵.

Pelas razões acima, as tensões sociais, os contrastes culturais seriam elementos-chave nos estudos criminológicos, a personalidade e o ato do criminoso não podem ser compreendidos senão dentro de uma cultura que modela comportamento e lhe empresta uma significação⁴³⁶.

O próprio autor declara-se positivista, em “Novíssimas Escolas Penais”: “Sou positivista em trânsito e, talvez por isto, indisciplinado”. Afirmava não observar no horizonte melhor teoria do que a positivista para a análise do fenômeno criminológico e jurídico-penal⁴³⁷.

Apesar de assumir a filiação, destaca-se que o autor diverge de alguns conceitos da política criminal positivista, talvez daí denominar-se indisciplinado, entre elas a voltada à substituição de instituição como o Júri Popular e a determinação da pena. Em relação ao Júri Popular, é importante lembrar que, em “Direito Penal Normativo”, o autor faz importante constatação:

[...] O Júri é instrumento de direitos e garantias individuais e não somente peça do poder judiciário. Por isso, seu lugar na Constituição é o capítulo sobre direitos e garantias individuais. Não há delegação, mas abdicação do Estado. Equivocam-se os que depreciam o Júri sob o crivo técnico-jurídico ou técnico-científico. Não se enganam, porém, os inimigos da democracia que hão de ser, conseqüentemente, inimigos do Júri⁴³⁸.

⁴³⁴ LYRA, Roberto. **Direito penal normativo**. Rio de Janeiro: Editora José Konfino, 1975, p. 23.

⁴³⁵ CARVALHO, Salo de; MATOS, Lucas Vianna. A criminologia socialista e a crítica anticarcerária em Roberto Lyra (fontes da criminologia crítica brasileira). **Revista Culturas Jurídicas**, v. 8, n. 19, p. 209-239, jan./abr. 2021, p. 212.

⁴³⁶ CARVALHO, Salo de; MATOS, Lucas Vianna. A criminologia socialista e a crítica anticarcerária em Roberto Lyra (fontes da criminologia crítica brasileira). **Revista Culturas Jurídicas**, v. 8, n. 19, p. 209-239, jan./abr. 2021, p. 213.

⁴³⁷ LYRA, Roberto. **Novíssimas escolas penais**. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1956, p. 139.

⁴³⁸ LYRA, Roberto. **Direito penal normativo**. Rio de Janeiro: Editora José Konfino, 1975, p. 134/135.

Roberto Lyra era defensor do Tribunal do Júri, por tratar-se de instituição democrática, e, portanto, espelho da soberania popular. Dessa forma, sendo o júri uma das mais honrosas expressões da democracia, ao juiz togado caberia apreciar apenas as ilegalidades, e aos jurados, as injustiças. Afastando as críticas sobre a necessidade de um corpo técnico de jurados, o autor adverte: “Para julgar um acusado, como homem, co-associado e cidadão, o jurado não precisa mais do que se exige do eleitor. Assim como, deveriam os oradores e o juiz presidente adaptar-se ao senso comum”⁴³⁹. Desfia que o sentimentalismo que é argumento de muitos contra o júri, de modo que esqueceriam que o sentimento é fenômeno humano, de modo que também os juízes togados seriam afetos pelo mesmo sentimento. Assevera, ainda, o autor, que aqueles que gritam contra o júri são os mesmos que pedem por uma destecnização quando a adversidade bate a suas portas⁴⁴⁰.

A prova técnica deve advir da perícia, o que é diferente de julgar, o júri deve receber todos os dados técnicos, médicos, psicológicos, psiquiátricos, e não haver uma preocupação com um rigor técnico na sua composição:

[...] Ao Júri não se pede julgamento técnico-científico e, muito menos, técnico-jurídico, mas, ao contrário, decisões que exprima a Justiça emancipada dos próprios freios jurídicos e legais para os rigores ou as branduras individualizadas, segundo a sensibilidade real do meio e da época⁴⁴¹.

O “Júri de elite” não representa toda a sociedade, em especial as classes trabalhadoras, o que se procura como qualificação é a moral, o júri deve refletir a diversidade populacional que é a perfeição representativa, ser soberano e autônomo⁴⁴². Salo de Carvalho e Lucas Viana, afirmam sobre o tema:

[...] Para o Positivismo, a forma de valoração das provas e o conteúdo das decisões do tribunal popular se distanciam enormemente do rigor metodológico exigido por um Direito Penal científico. A constituição de um corpo de julgadores leigos que decide o caso penal sem fundamento racional (íntima convicção) afastaria a legitimidade do júri e justificaria a sua substituição no conjunto das propostas de reforma da justiça tradicional⁴⁴³.

⁴³⁹ LYRA, Roberto. **Direito penal normativo**. Rio de Janeiro: Editora José Konfino, 1975, p. 138.

⁴⁴⁰ LYRA, Roberto. **Direito penal normativo**. Rio de Janeiro: Editora José Konfino, 1975, p. 138.

⁴⁴¹ LYRA, Roberto. **Direito penal normativo**. Rio de Janeiro: Editora José Konfino, 1975, p. 150.

⁴⁴² LYRA, Roberto. **Direito penal normativo**. Rio de Janeiro: Editora José Konfino, 1975, p. 154.

⁴⁴³ CARVALHO, Salo de; MATOS, Lucas Vianna. A criminologia socialista e a crítica anticarcerária em Roberto Lyra (fontes da criminologia crítica brasileira). **Revista Culturas Jurídicas**, v. 8, n. 19, p. 209-239, jan./abr. 2021, p. 214.

No mesmo posicionamento, destaca-se que, para Lyra, o legalismo e o tecnicismo representavam o afastamento do jurista da análise social, assim como a excessiva análise endógena do indivíduo que levaria os juristas a negligenciarem os fatores exógenos relacionados ao crime e ao criminoso⁴⁴⁴.

Aprofundando a análise do pensamento de Roberto Lyra, pode-se verificar que na edição de abril de 1937, na seção bibliografia, o autor apresenta aspectos interessantes na obra “Novas Escolas Penais”, que foi uma dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade do Brasil, como candidato à cadeira de Direito Penal. O periódico, em apertada síntese, identifica que Lyra entende que apenas uma escola pode ser considerada a rigor, sendo a Escola Positiva, por ter tido a habilidade de adaptar os seus princípios e regras às ideias antropológicas, sociológicas e jurídicas do crime⁴⁴⁵.

No viés da Revista acima citada, resta, então, a conclusão apresentada de que a obra de Roberto Lyra, até então, era uma síntese magnífica do que há de mais moderno em matéria penal.⁴⁴⁶ A modernidade de Lyra, ao que parece, estava intimamente relacionada à forma pela qual concebia o Direito Penal, muito mais próxima do contexto social, reivindicando a interferência do último sobre o primeiro. Posto isso, é indispensável analisar uma citação extraída de uma de suas principais obras sobre o tema da economia e crime:

[...] Actualmente, apesar da evolução do pensamento socialista e de sua aplicação ao Direito positivo, a criminalidade não retrata, ainda, de forma orgânica, as suas ideias e os seus princípios. Em trabalho, que estou organizando, metti ombros á tarefa de consolidar esse corpo de doutrina, desde Platão e Aristoteles até Asúa, na sua conferência sobre “El Código Penal Socialista del porvenir”, publicada em “La Prensa” de 16 de novembro de 1924. Esta these, porém não comporta desenvolvimento excessivo⁴⁴⁷.

Para o autor, desde Carrara, já se desenvolve a ideia de que o fator social é elemento de influência suprema no cometimento de crimes e, nesse fator destaca-se a questão econômica, e esses fatores prevalecem sobre os demais⁴⁴⁸.

Em sequência, destaca Roberto Lyra, que a relevância do fator econômico está escancarada no Direito Penal, a ponto que a legislação finda por acompanhar dificuldades, com

⁴⁴⁴ CARVALHO, Salo de; MATOS, Lucas Vianna. A criminologia socialista e a crítica anticarcerária em Roberto Lyra (fontes da criminologia crítica brasileira). **Revista Culturais Jurídicas**, v. 8, n. 19, p. 209-239, jan./abr. 2021, p. 217.

⁴⁴⁵ LYRA, Roberto. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 34, 1937, p 1.

⁴⁴⁶ LYRA, Roberto. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 34, 1937, p 1.

⁴⁴⁷ LYRA, Roberto. **Economia e Crime**. Rio de Janeiro: Editora A. Coelho Branco Filho, 1933, p. 60

⁴⁴⁸ LYRA, Roberto. **Economia e Crime**. Rio de Janeiro: Editora A. Coelho Branco Filho, 1933, p. 61

a crise do final dos anos 1920 e início dos anos 1930, que foi acompanhada por uma série de legislações que se relacionam à questão:

[...] O projeto Chileno de 1929 abrange, no estado perigoso sem delito, os que viviam ou se beneficiem, ordinariamente, do commercio carnal próprio ou alheio, os mendigos, os ébrios, os vagos, os toxicômanos, os jogadores.

O Código Penaldo México de 1929 creou um capítulo especial para os delictos econômicos-sociaes, erigindo certas actividades do comercio e da indústria, não mais em fonte de crimes, mas em crimes caracterizados, isto é, typos legaes de delictos creados pelos factos e impostos pelos rumos da economia.

A lei Belga de defesa social de 1930, segundo Dr. Vervaeck, diretor dos serviços de anthropologia penitenciária da Belgica, foi ditada pela perturbação economica resultante da guerra, multiplicando-se o número de delinquentes e anormais.⁴⁴⁹

De maneira bastante interessante, o autor relaciona o momento pós- Primeira Guerra Mundial, que gerou uma grave crise no mundo, como sendo o momento em que se começou a fomentar a criação de legislação que buscava punir as consequências geradas pelo aspecto econômico, no que tange ao aumento da criminalidade, mesmo que possa parecer repetitivo, é necessário apresentar o recorte que o autor faz sobre as legislações do período relacionadas ao tema:

[...] Seja com essas medidas de política criminal, seja nos Systemas de contravenção que abrangem criminosos em estado potencial, todos os projetos ou códigos confirmam a abservação: Perú (1924), Yugo-Slavia (1930), Allemanha (1927 e 1930), Austria (1927), Dinamarca (1917), Grecia (1924), Theco-slovaquia (1926), Russia (1927), Hespanha (1928), Panamá (1922), Costa-Rica (1924), Colombia e Cuba (1924), Italia (1931), China (1930), Polonia (1932), Abyssinia (1930), Brasil (1928-1931)⁴⁵⁰

Para o autor, além de ser causa geral, e Economia colabora como concausa da criminalidade, os desprovidos de recursos materiais, sofrem desde a sua concepção, existindo ainda autores que afirmam que a vida antes da concepção é de grande influência. Com a falta de alimentação adequada, a mãe, que continua por vezes a trabalhar em espaço inadequados, dá à luz sem receber qualquer cuidado, com recuperação difícil, a criança nasce e passa por uma educação que é o reflexo da família, e tudo isso vai materializar-se na constituição do indivíduo⁴⁵¹.

⁴⁴⁹ LYRA, Roberto. **Economia e crime**. Rio de Janeiro: Editora A. Coelho Branco Filho, 1933, p. 63.

⁴⁵⁰ LYRA, Roberto. **Economia e crime**. Rio de Janeiro: Editora A. Coelho Branco Filho, 1933, p. 63.

⁴⁵¹ LYRA, Roberto. **Economia e crime**. Rio de Janeiro: Editora A. Coelho Branco Filho, 1933, p. 65.

[...] Nasce e cresce com a sensação de inferioridade, sob a hostilidade do ambiente. Irrita-se pela incompreensão. Desequilibra-se. Defeitos orgânicos e imperfeições constitucionais são documentos sinistros. A observação e o confronto desses constituem o ponto central da vida psíquica. Sobrevêm faltas, equívocos, fracassos, censuras, a susceptibilidade até a excitação, a angústia e a insegurança pra evitar humilhações⁴⁵².

Ainda como reforço de seus argumentos, Roberto Lyra cita o autor Karl Heinrich Otto Rühle⁴⁵³, dizendo que o livro “El alma del niño proletario” deveria ser lido por todos administradores, economistas, magistrados, e todos aqueles que fossem capazes de entender o sofrimento coletivo. Tendo como referência a citada obra, Lyra revela que a constituição orgânica do menino proletário é diferente do menino burguês, pois o primeiro é gerado por pais desgastados pelo excesso de trabalho, por acidentes, pelo álcool. As mães são expostas a ambientes nocivos, bem como lhes faltam alimento antes e após a gestação, depois são criados em casas sem higiene e superlotadas, onde estão expostos a todo tipo de situação, desencadeando uma série de doenças físicas e mentais ao longo do desenvolvimento e da vida adulta⁴⁵⁴.

Completa Lyra que não é apenas a constituição física que vai diferir o burguês do proletário, mas a própria questão social, como um pai que trabalha de dez a doze horas em uma fábrica terá condições de chegar em casa e voltar o olhar para a educação dos filhos, devendo a mãe também ter que trabalhar para auxiliar na economia doméstica. Não existe espaço para resolver as situações de que necessita uma criança em termos de instrução, e logo bem cedo, momento em que deveriam ser instruídos pela educação escolar, devem seguir para também trabalharem nas fábricas⁴⁵⁵.

Para Lyra “o Oceano da criminalidade deve ser explorado a braçadas”, mas sim a mergulhos, em razão de melhor conhecer sobre a questão; esse oceano é formado por uma série de rios, que afluem outras massas, das quais em razão da tônica estudada deve ter em conta o alcoolismo, a vagabundagem a prostituição e o jogo⁴⁵⁶.

Quanto ao álcool, esse seria um verdadeiro criminoso, projetando sua nocividade ao futuro, podendo ser consumido com liberdade na maioria dos lugares, por mais que houvesse

⁴⁵² LYRA, Roberto. **Economia e crime**. Rio de Janeiro: Editora A. Coelho Branco Filho, 1933, p. 66.

⁴⁵³ Karl Heinrich Otto Rühle (23 de outubro de 1874 - 24 de junho de 1943) foi um marxista alemão ativo na oposição à Primeira e à Segunda Guerras Mundiais, bem como teórico do conselho comunista.

⁴⁵⁴ LYRA, Roberto. **Economia e crime**. Rio de Janeiro: Editora A. Coelho Branco Filho, 1933, p. 67.

⁴⁵⁵ LYRA, Roberto. **Economia e crime**. Rio de Janeiro: Editora A. Coelho Branco Filho, 1933, p. 67.

⁴⁵⁶ LYRA, Roberto. **Economia e crime**. Rio de Janeiro: Editora A. Coelho Branco Filho, 1933, p. 73.

tentativas governamentais como nos Estados Unidos com a lei seca, o contrabando fazia com que continuasse a ser cortejado.

Nesse sentido, para o autor, o operário, vivendo em cômodos, em lugares sem condições de existência, com numerosidade de filhos, com problemas diversos, busca consolar-se no álcool, bebendo para dormir, para esquecer questões diversas, adquirindo produtos de má procedência, minando a pouca saúde que detém⁴⁵⁷. O alcoolismo é um problema reflexo tanto do social como do econômico, podendo ser a raiz de outros problemas graves, como a prostituição.

A prostituição seria a filha da miséria, já que, mesmo quando trabalhavam, as mulheres recebiam baixos salários e eram seduzidas pela possibilidade de complementar suas rendas; a prostituição servia de forma a satisfazer os desejos de muitas, seduzidas pelas pretensas necessidades elencadas pelo sistema capitalista, não sendo incomum o tráfico de mulheres, e aqueles que viviam da prostituição⁴⁵⁸.

A vagabundagem, para Roberto Lyra, estaria relacionada à “multidão dos sem trabalho”, cada vez mais densa em razão do sistema capitalista, informando a necessidade de que se volte o olhar para a obra que considera elementar sobre o tema [QUAL ? citar na frase ou inserir como nota...] de Evaristo de Moraes, assim como lançando o argumento de que esse conceito não pode ser adstrito apenas aos pobres, já que no momento de sua escrita era muito comum a existência de membros da classe média e ricos que viveriam no ócio⁴⁵⁹.

Em relação ao jogo, entende o autor que existe uma relação muito proximal com o estelionato, já que a fraude sempre está presente em tal atividade, tanto no jogo dos pobres como no dos ricos. O jogo seria relacionado a organizações poderosas, cujos grandes lucros permitem o pagamento de impostos. Utiliza-se a liberação dos jogos como justificativa ao turismo, mas pelo desejo de se divertir itinerantes, finda-se por incentivar a criminalidade⁴⁶⁰.

Para Lyra, é necessário abrir escolas para esvaziar penitenciárias, mas ao invés de Escolas, abrem-se cassinos, quando as escolas existem e a elas faltam livros, uniformes e quem vive com pouco não teria condições de pagar pelo transporte. E para piorar a situação dessa classe, existem as “indústrias” que se formam paralelamente a estas situações, entre elas a imprensa e o cinema, que seriam os elementos mais poderosos de sugestão ao crime⁴⁶¹.

⁴⁵⁷ LYRA, Roberto. **Economia e crime**. Rio de Janeiro: Editora A. Coelho Branco Filho, 1933, p. 74.

⁴⁵⁸ LYRA, Roberto. **Economia e crime**. Rio de Janeiro: Editora A. Coelho Branco Filho, 1933, p. 79.

⁴⁵⁹ LYRA, Roberto. **Economia e crime**. Rio de Janeiro: Editora A. Coelho Branco Filho, 1933, p. 83.

⁴⁶⁰ LYRA, Roberto. **Economia e crime**. Rio de Janeiro: Editora A. Coelho Branco Filho, 1933, p. 87.

⁴⁶¹ LYRA, Roberto. **Economia e crime**. Rio de Janeiro: Editora A. Coelho Branco Filho, 1933, p. 88.

Em suma, assevera o autor:

[...] A economia a affecta, assim, o elemento objetivo do crime, aparelhando o criminoso, gerando organizações formidáveis para o exercício ostensivo da delinquência por atacado, (tráfico de escravas brancas, contrabandos, jogos, desfalques, extorsões, incêndios, falências), desenvolvendo a technica do crime pelo aproveitamento primoroso das conquistas da sciencia⁴⁶².

Nesse sentido, a economia dita as regras da repressão, e o poder da lei, por vezes, não é proporcional à figura do criminoso, já que aqueles dotados de bons recursos financeiros conseguem contratar bons advogados, buscam protelar o processo e recursos, fazendo com que a iniquidade se consume, à revelia do juiz⁴⁶³.

Virando a página, mas na mesma linha de raciocínio do autor, temos a obra: “Crimes contra a Economia Popular”, relacionando-se à criação do Decreto-Lei n.º 869, de 18 de novembro de 1938 em pleno Estado Novo. Tal lei teria por fito dar ao povo o bom emprego de suas economias, de modo que a economia do povo levaria à expansão das empresas e das indústrias úteis, e também evitando arranjos e combinações que poderiam estabelecer monopólios e eliminar a concorrência⁴⁶⁴.

Reconhece o autor que o golpe de 1930 implantou um governo que, a seus olhos, submetia os interesses particulares aos interesses coletivos, pois com a sujeição do individual ao social, tem-se uma forte intervenção do Estado na esfera econômica, fazendo com que a Economia ainda abalada pelos efeitos da Guerra, não fosse utilizada por pessoas que buscassem aproveitar-se dos mais necessitados⁴⁶⁵.

O autor, olhando ao passado, já na década de 1960, informa:

[...] Aumenta, porém, o número dos que adotam, com sensibilidade e descortino, a concepção de crime como produto social, através de inúmeras conclusões, entre as quais difundi no Brasil as seguintes: o crime é a satisfação ilegal de necessidades certas provindo do estado de necessidade social (Quitiliano Saldaña); cada sociedade modela seus delinquentes (Ruiz Funes); a antisociedade está na desorganização social (Filippo Gramatica)⁴⁶⁶.

Por fim, entende o autor que, se a sociedade distribuir de forma igualitária as inovações da arte, da ciência e da técnica, estaria então esgotada a missão do Direito Penal, e olhando ao futuro, indica que em um mundo fraterno, onde cada um tem interesse na felicidade do próximo,

⁴⁶² LYRA, Roberto. **Economia e crime**. Rio de Janeiro: Editora A. Coelho Branco Filho, 1933, p. 89.

⁴⁶³ LYRA, Roberto. **Economia e crime**. Rio de Janeiro: Editora A. Coelho Branco Filho, 1933, p. 90.

⁴⁶⁴ LYRA, Roberto. **Crimes contra a economia popular**. Rio de Janeiro: Editora Livraria Jacinto, 1940, p. 85.

⁴⁶⁵ LYRA, Roberto. **Crimes contra a Economia Popular**. Rio de Janeiro: Editora Livraria Jacinto, 1940, p. 91.

⁴⁶⁶ LYRA, Roberto. Presente e futuro em Código Penal. **Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal**, v. 4, n. 15, p. 7-18, out./dez. 1966, p. 38.

todos viverão em harmonia, assinala: “quando a primeira geração, viciada no bem, houver transmitido, em todo o mundo, as taras benditas, o crime será impossível ou inútil”⁴⁶⁷.

⁴⁶⁷ LYRA, Roberto. Presente e futuro em Código Penal. **Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal**, v. 4, n. 15, p. 7-18, out./dez. 1966, p. 52.

3.2 O PRAGMATISMO JURÍDICO DE QUINTILIANO SALDAÑA: A NOVA CRIMINOLOGIA

O presente título busca trazer à ~~presente~~ tese informações sobre o jurista espanhol Quintiliano Saldaña, penalista com vasta produção bibliográfica⁴⁶⁸ ⁴⁶⁹. Um dos principais destaques de seu legado, está no relevo dado à necessidade de uma defesa social universal, no mesmo compasso do desejo da criação de um Código Penal internacional, tudo isso alicerçado por uma instituição acima da soberania dos Estados.

Ao longo de sua trajetória acadêmica, o autor se relacionou com estudiosos de alguns países europeus, como França e Alemanha, sendo esse intercâmbio condição essencial para o diálogo com diferentes teorias existentes relativas ao Direito Penal, inclusive, possibilitando-lhe apresentar uma interessante crítica à escola criminológica Lombrosiana, pujante à época, reivindicando o pragmatismo como solução para a questão.

A guinada do Direito Penal estaria no pragmatismo jurídico, tendo por mote o abandono da metafísica e a reflexão do Direito a partir de um ponto de vista prático. A sua grandeza, como jurista e por estar inserido no recorte temporal deste estudo, torna-se condição de possibilidade para se pensar em fragmentos de sua vasta obra, o pensamento jurídico penal espanhol nas décadas de 1920 e 1930, anos de grandes transformações na História espanhola, como dito anteriormente.

⁴⁶⁸ Importante frisar que, em buscas à biblioteca da Universidade de São Paulo (USP); Universidade Federal de Uberlândia (UFU); Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), e Biblioteca da Universidade de Valência (UV), mesmo havendo uma numerosidade de obras escritas pelo autor, o número de obras encontradas para pesquisa, embora sejam de importância ímpar, foi reduzido, razões pelas quais pedem-se as devidas escusas ao leitor.

⁴⁶⁹ Algumas das obras do autor: ¿Qué es la pena? Tesis doctoral, Madrid 1908; La enseñanza: lo que es, lo que debe ser, Tip. de El Correo de Andalucía, 34 p., Sevilla 1909; Siete ensayos sobre psicología sexual, Editorial Mundo, 326 p., Madrid; “La antropología criminal y la justicia penal”, en RGLJ, año LXI, tomo 123 (1913), pp. 223-246; Los orígenes de la criminología, Victoriano Suárez, 160 p., Madrid 1914; La antropología criminal y la justicia penal, Hijos de Reus, Editores, 99 p., Madrid 1915. La enseñanza en España, Madrid 1915; Discurso leído en la inauguración del curso académico de 1916-1917, Imprenta Colonial, 88 p., Madrid 1916; Defensa social y protección social, Madrid 1916; La educación ciudadana, Juan Pérez Torres, 48 p., Madrid 1916; El periodismo, Madrid. La revolución rusa, Madrid; Teoría pragmática del Derecho penal, Madrid. Lo que castiga la ley (Código Penal explicado), Editorial Hesperia, 162 p., Madrid 1917; La défense sociale universelle: conférence donnée à la Faculté de Droit de l’Université de Paris le 29 mars 1924, Cahors, 40 p., Paris 1924. Publicada junto con otras conferencias en La defensa social universal (conferencias de París, Roma y La Haya), Góngora, 254 p., Madrid 1926.; El atentado social: (doctrina y legislación), Góngora, 48 p., Madrid 1927; Capacidad criminal de las personas sociales (doctrina y legislación), Editorial Reus, 145 p., Madrid 1927; Al servicio de la justicia: la orgía áurea de la Dictadura, Javier Morata, 305 p., Madrid 1930; “La última fase del positivismo jurídico en Italia”, en RGLJ, año LXXXIV, tomo 166 (1935), pp. 161-211. El Derecho penal, estudio preliminar a De los delitos y de las penas, de Cesare Beccaria, Hernando, Madrid 1936. Nueva criminología, Madrid 1936; El derecho penal socialista y El Congreso Penitenciario de Berlín, Editorial Reus, 136 p, Madrid 1936.

3.2.1 Quintiliano Saldaña (1878-1938): biografia

Quintiliano Saldaña y García-Rubio nasceu em Saldaña em 13 de abril de 1878, filho de Amancio Saldaña, e de Florentina García Rubio, morreu em 12 de outubro de 1938 em Madri, Espanha. No ano de 1900, Quintiliano Saldaña, ingressou no Doutorado da Universidade Central⁴⁷⁰, atual Universidade Complutense de Madri, onde defendeu a tese intitulada: “¿Qué es la pena?”. Em 1909, obteve uma bolsa de estudos do Governo espanhol, para aprofundar suas pesquisas em Direito Penal na Universidade de Berlin.

Tornou-se catedrático de Direito Penal da Universidade de Santiago de Compostela (1908), posteriormente de Sevilla (1910) e de Madri (1911 -1938), foi também diretor da Escola da Criminologia (1935), tradutor, realizou a tradução para o espanhol do Tratado de Direito Penal de von Liszt. Escreveu e publicou obras em francês “La criminologie pragmatique” em 1.935, “La Criminologie nouvelle”; em 1.929; em Haye, [Para além dos títulos já citados podemos acrescentar ainda que em 1927 publicou](#) “La Justicia penale internationale” e em 1.929, em Turim, “Le pragmatisme penal”⁴⁷¹.

Quintiliano Saldaña viveu na Espanha, em um período no qual várias teorias sociológicas, históricas, psicológicas, jurídicas⁴⁷² estavam em disputa no mundo acadêmico em geral e no pensamento criminológico e penal em especial, entre elas, o krauspositivismo e o correccionalismo, não se podendo negar a pujança de grandes mestres do Direito Penal como Pedro Dorado Montero.

Deve-se, ainda, reverenciar o autor no ponto de vista internacional, pois com a Primeira Guerra Mundial, a União Internacional de Direito Penal, teria perdido sua organização, tal foi fundada em 1889 por Adolphe Prins, Franz Von Liszt y Gérard Van Hamel, sendo retomada por Quintiliano Saldaña e pelo francês Henri Donnedieu de Vabres⁴⁷³ (1880-1952)

⁴⁷⁰ Em razão de pelas leituras se observar que a maioria dos autores espanhóis da época que realizaram Doutorado foram em tal faculdade, buscou-se pesquisar o motivo, e descobriu-se que até a década de 1950, era a única universidade da Espanha autorizada a emitir o título de Doutor em Direito.

⁴⁷¹ RÁDIO, Vicente Gonzáles. Quintiliano Saldaña, 1878-1938. **Revista Galego-Portuguesa de Psicoloxia e Educación**, v. 11, n. 9, p. 103-110, 2004, p. 106.

⁴⁷² Apenas a título de exemplificação: Dilthey (1833-1911), Windelband (1848-1915), Rickert (1863- 1936), Spencer (1820-1903), Tonnies (1855- 1936), Durkheim (1855-1917), Nietzsche (1844-1900), Pareto (1848-1923), Freud (1856- 1939), Marx (1818-1883), Darwin (1809-1882), James (1842-1910), Dewey (1859-1952), Tarde (1843-1904), Le Bon (1841-1931), Giddings (1855-1931),Husserl (1859-1938), Simmel (1858-1918), Bouglé (1870-1940), von Wiese (1876-1969), Kelsen (1881-1973), Vierkandt (1867-1953), Gurvitch (1894-1965), Cooley (1864-1929), Thomas (1863-1947), Mead (1863-1931), Cassirer (1874-1947), Piaget (1896-1980), Weber (1864-1920)... o de Mannheim (1874- 1945), entre otros, la mayoría de los cuales aparecen referenciados en su sociología política, por no citar a juristas y filósofos en un sentido estricto, así como a otros sociólogos.

⁴⁷³ Jurista francês, foi professor de Direito Penal da Universidade de Paris, França.

em Paris em 28 de março de 1924. O objetivo da Associação Internacional de Direito Penal⁴⁷⁴ era promover a colaboração internacional e buscar uma alternativa para a criminalidade produzida no contexto da guerra^{475 476}.

Analisando os escritos de Quintiliano Saldaña, há obras de valor ímpar que devem ser destacadas e trazidas ao texto: “Discurso Leído em la solene inauguración del curso académico de 1916 à 1917” (1916); “Modernas Concepciones Penais em Espanha” (1923); “Capacidad Criminal de las personas Sociales (Doctrina y Legislacion)” (1927); “Nova Criminologia” (1936); entre outras apresentadas através de fontes secundárias.

3.2.2 Pragmatismo Jurídico, Crítica ao Positivismo e defesa social

No livro “Modernas concepções Penais em Espanha”, o autor apresenta o que entendia ser uma necessária divisão da ciência: ciência especulativa e ciência prática. Em sua perspectiva, estaria o Direito Penal no campo das ciências práticas, pois seria uma realidade posta, e não uma especulação, por estar impregnado de valores. Dessa forma, estaria atrelado à política. O Direito Penal nada mais seria que política penal delimitada pela norma jurídica⁴⁷⁷.

[...] A Justiça Criminal não é uma Academia estritamente científica: é o Estado-Maior da Defesa Social. Suas tropas são os oficiais da Polícia e estabelecimentos penais. O juiz civil espera em seu Tribunal aqueles que desejam justiça, da mesma forma que o médico espera o paciente em sua clínica, ou o comerciante o cliente. (...) A justiça criminal não é uma questão de sentimento, não é uma peça romântica da Idade Média. (...) A Justiça Criminal não deve se tornar um mero pleito; mas também não é uma demonstração de sentimentalismo pessoal ou preconceitos sociais.⁴⁷⁸⁴⁷⁹

⁴⁷⁴ Em pesquisa na internet, pode-se ter acesso ao *site* da Associação Internacional de Direito Penal: <https://www.penal.org/>, onde se tem rico acervo de revistas, e pequenos artigos sobre Código Penal, com foco principal em: Código Penal, Código Penal internacional, Código Penal comparado.

⁴⁷⁵ Da análise da resolução do Congresso de 1926, que é a mais antiga a ser acessada no *site*, observa-se uma grande preocupação com o Código Penal na esfera internacional, tendo como tema a possibilidade de uma jurisdição penal internacional; assim como um Código Penal universal. Resolutions of the Congresses of the Internationall Association of Penal Law (1926 – 2014). Editora Érès, 2015, p. 251

⁴⁷⁶ JIMÉNEZ, Belén. Pragmatismo, ciudadanía y Estado en el marco europeo de principios del siglo XX: El papel del jurista español Quintiliano Saldaña. **Revista de Historia de la Psicología**, v. 33, n. 4, p. 97-108, 2012, p. 102.

⁴⁷⁷ SALDAÑA, Quintiliano. **Modernas concepciones penales em España**. Madri: Editorial Calpe, 1923, p. 67.

⁴⁷⁸ SALDAÑA, Quintiliano. **Modernas concepciones penales em España**. Madri: Editorial Calpe, 1923, p. 67.

⁴⁷⁹ No original: La Justicia criminal no es una Academia estrictamente científica: es el Estado Mayor de la defensa social. Sus tropas son los funcionarios de Policía y de los establecimientos penales. El juez civil aguarda em su Sala de Justicia al que há deseo de justicia, de la miesma forma que el médico espera em su clínica al paciente, o el comerciante al parroquiano. (...) La Justicia penal no es una cuestión de sentimiento, no es una pieza românticade la Edad Media. (...) La Justicia penal no debe convertirse em um mero suplico; pero tampoco em um espectáculo de sentimentalismo personal o de prejuicios sociales.

Na referida obra, seu prefaciador, Jaime Masaveu apresentou importantes apontamentos sobre o pragmatismo, que segundo o autor, seria um termo novo para tratar de pensamentos antigos, conceituando-o como:

[...] Para mim, o pragmatismo, como método adaptável, avaliador de mídias transcendentais, é a afirmação ou invalidação de um sistema - qualquer, em classe e extensão - verificando-o com a pedra de toque da realidade em suas manifestações praticamente úteis e inúteis. E mais, nos domínios do uso prático pessoal: o pragmatismo é a posição filosófica que consiste em verificar nossas ideias vivendo-as.⁴⁸⁰⁴⁸¹

No decorrer da obra, e contextualizando o debate na Europa, é importante notar que Saldaña reconhecia na década de 1920 a influência de Von Liszt no Direito Penal italiano, por meio de sua teoria finalista, assumindo a si mesmo como difusor das ideias do autor, graças à tradução de uma de suas obras, sendo assim bastante profícuo o debate sobre o autor nas universidades espanholas. Isto posto, Saldaña afirmava que iria continuar a teoria de v. Liszt, sistematizando conceitos e aprofundando o método, chegando então aos princípios do pragmatismo jurídico e levando à teoria da pena resultado⁴⁸².

A teoria do Direito Penal do resultado proposta, significava que somente os resultados de cada um dos meios e formas penais, bem como das medidas político-criminais, poderiam justificar sua aplicação. A pena deveria corresponder aos fins terrenos, abandonando-se a abstração teórica. Em conclusão, não se quer o que pode significar, ou ainda, o que será a aplicação da pena para o futuro: o que se desejava propor como modelo de interpretação era qual seria o resultado da aplicação da pena para o presente em questão.

Por essa razão, afirma o autor, deve-se dar espaço no Direito Penal à sóbria observação da realidade, e a pena dele advinda deve ser um meio para elevados fins políticos, assim como a correção, a intimidação e a segurança. Em decorrência, prossegue o autor, se a experiência nos mostra que a pena não conduz a esses fins, ela é ineficaz, e a privação da liberdade não poderia afinal se justificar sem progressos sociais⁴⁸³.

Nesse sentido, para o autor, a pena conseguiria o seu mais alto valor quando consegue libertar o preso, corrigido e educado para a vida em liberdade, sendo também importante

⁴⁸⁰ MASAVEU, Jaime. Prefácio. In: QUINTILIANO, Saldaña. **Modernas concepciones penales en España: Teoría pragmática del derecho penal**. Madri: Editorial Calpe, 1923, p. 53.

⁴⁸¹ No original: Para mí el pragmatismo, como método adaptable, evaluador de media transcendente, es la afirmacion o invalidacion de un sistema – cualquiera, en classe y extensión – al constatarlo con la piedra de toque de la realidade em sus manifestaciones prácticamente útiles e inútiles. Y más, en los domínios del uso práctico personal: pragmatismo es la postura filosófica que consiste en verificar nuestras ideas viviéndolas.

⁴⁸² SALDAÑA, Quintiliano. **Modernas concepciones penales em España**. Madri: Editorial Calpe, 1923, p. 84.

⁴⁸³ SALDAÑA, Quintiliano. **Modernas concepciones penales em España**. Madri: Editorial Calpe, 1923, p. 91.

elemento para proteger a sociedade contra os delinquentes. Concluindo, aponta o autor: [...] El ideal del Derecho penal futuro, aunque de momentos nos parezca irrealizable, tiene que ser: no eliminación, sino determinación. Es decir, reintegración del antisocial como miembro útil em la Sociedad; no su expulsión de ella⁴⁸⁴.

Quintiliano Saldaña faz importantes referências a Lombroso, afirmando que a teoria do autor e sua escola não passavam de um capítulo do Darwinismo social, não merecedora de sustentar seguidores, dada a existência de novos pensamentos já então muito debatidos e muito mais dignos de crédito. Em suas palavras:

[...] Entretanto, na filosofia pura, novas direções espirituais e culturais erguem-se contra a velha fórmula da evolução natural mecânica, como novo fatum, inelutável - e mesmo a ultrapassam. Temos o neocriticismo com Charles Renouvier na França, aplicado às ciências penais na Itália por Emile Brussa; o voluntarismo de Arthur Schopenhauer, desenvolvido por Charles Hartmann. Enfim é o pragmatismo de Willian James, aplicado por nos mesmos à penologia (desde 1919) e o humanismo no Direito Penal, com W. Vicent Lanza (desde 1906)⁴⁸⁵.

Para Saldaña, Lombroso teria dado um sentido científico de individualização à ciência do delito – como resultado de uma enfermidade social – tendo sido tal concepção bastante aproveitável, pois equiparava os criminosos ao homem primitivo com a criança, com o selvagem graças a ele tornou-se um falso anel da grande cadeia da evolução natural⁴⁸⁶.

Por outro lado, e em sentido crítico, Lombroso — segundo interpretava Saldaña — não era dotado de nenhuma originalidade. Esclarecia o autor que não se negligenciam suas mais de duas décadas de pesquisas, mas destacava que todas eram voltadas ao Darwinismo, tendo Lombroso buscado em Bénédict Morel as características patológicas que apresentava, de modo que definia o Louco Moral como criminoso, e as anomalias físicas como condições de possibilidade para o cometimento de determinados crimes⁴⁸⁷.

Discordando de Lombroso, Saldaña afirma que os estudos de anomalias morfológicas não teriam o condão de decifrar a figura de um homem criminoso, visto que, não existe um criminoso nato, já que o crime se configuraria por diferentes situações e não apenas físicas. Por essa razão, pensar o crime por essa via seria, no mínimo, simplista.

⁴⁸⁴ SALDAÑA, Quintiliano. **Modernas concepciones penales em España**. Madri: Editorial Calpe, 1923, p. 96.

⁴⁸⁵ SALDAÑA, Quintiliano. **Nova criminologia**. Tradução de Alfredo Ulson e V. de Alcantara Carreira. Campinas: Russel Editores, 2003, p. 158.

⁴⁸⁶ SALDAÑA, Quintiliano. **Nueva Criminologia**. Tradución del francés por Jaime Masaveu. Madrid: Editora M. Aguilar, 1936, p. 233.

⁴⁸⁷ SALDAÑA, Quintiliano. **Nueva Criminologia**. Tradución del francés por Jaime Masaveu. Madrid: Editora M. Aguilar, 1936, p. 234.

Nesses termos, a obra Lombrosiana e de seus seguidores, seguiam três ciências que buscavam conhecer o íntimo humano à época, sendo elas: Fisiognomonia, Frenologia e Antropologia Criminal, todas sustentadas por teses biológicas. A Fisiognomonia buscava o conhecimento pela expressão facial; a Frenologia, pelo estudo do formato dos crânios e a Antropologia Criminal, uma síntese das duas últimas, pois teria o intuito de demonstrar as tendências e capacidades criminais determinadas de um ponto de vista orgânico, partindo da ideia de um tipo criminal (aparência criminal)⁴⁸⁸.

Para tanto, não bastaria à teoria lombrosiana conhecer a fisionomia do homem criminoso, mas sim o seu interior “afetivo e mental”. A Antropologia Criminal pós-lombrosiana teria adotado, segundo Saldaña, essa nova direção, como se constata pela citação a seguir:

[...] Mas a nova corrente abre caminho, chamando a atenção para os processos afetivos e mentais, para as funções fisiológicas e psicofisiológicas do homem e para seus métodos modernos de registro e medição; singularmente, em ambientes perigosos e com os indivíduos mais temíveis; antes e depois do crime.^{489 490}

Nesse sentido, partindo do princípio de que as escolas de pensamento geralmente detêm seus métodos, a escola Lombrosiana estuda o homem com meios e métodos das ciências físicas, limitando seu campo de investigação ao homem delinquente. Para Quintiliano Saldaña, na escola lombrosiana, os fatos seriam as únicas fontes de investigação, Lombroso estaria preso ao Positivismo e o experimentalismo; seu Positivismo seria marcado pela indiferença, rechaçando o aspecto metafísico e filosófico, centrando-se no homem racional e nos fatos⁴⁹¹.

A crítica do autor à Antropologia Criminal estaria na questão das variações antropológicas dos tipos criminosos então pregada, o que fazia com que houvesse uma classificação fictícia, furtando-se, então, os estudiosos de estudar o que realmente interessava o fenômeno do crime, negligenciando ainda o fenômeno psíquico. Na leitura das obras, observa-se que a proposta não é uma mudança absoluta de objeto, no sentido de deixar de estudar o

⁴⁸⁸ SALDAÑA, Quintiliano. **Nueva Criminologia**. Tradución del francés por Jaime Masaveu. Madrid: Editora M. Aguilar, 1936, p. 242.

⁴⁸⁹ SALDAÑA, Quintiliano. **Nueva Criminologia**. Tradución del francés por Jaime Masaveu. Madrid: Editora M. Aguilar, 1936, p. 243.

⁴⁹⁰ No original em espanhol: Mas la nueva corriente se abre paso, atrayendo la atención hacia los procesos afectivos y mentales, las funciones fisiológicas y psicofisiológicas, del hombre, y hacia sus modernos métodos de registro y de mensura; singularmente, en los ambientes peligrosos y con los individuos más temibles; tanto antes como después del crimen.

⁴⁹¹ SALDAÑA, Quintiliano. **Nueva Criminologia**. Tradución del francés por Jaime Masaveu. Madrid: Editora M. Aguilar, 1936, p. 345.

criminoso e estudar apenas o crime, mas no abandono da análise lombrosiana dos tipos criminosos considerada pelo autor como arcaicas.

Importante repisar, a dimensão da teoria de Lombroso para o tempo em estudo, essa propagação da natureza criminosa do delinquente, que carregaria em suas características físicas a propensão ao crime, de modo que tal teoria preenchesse as lacunas então existentes de saber no sentido de saber o que seria responsável para que uma pessoa se tornar criminosa.

Importante informação a ser trazida ao texto, foi a realização do primeiro congresso de Antropologia Criminal em 1885, que contou com a participação ativa de Lombroso, que colocou à disposição dos congressistas um farto repertório de objetos/fontes de pesquisa na busca de provar sua tese:

[...] Assim, Lombroso colocou à disposição dos congressistas um tesouro científico composto por 100 crânios – 70 de delinquentes (sem qualquer outra especificação) e 30 de «epilépticos» – 300 fotografias de «epilépticos», 300 fotografias de criminosos alemães e 200 manuscritos de «matóides», entre outros objectos; e Lacassagne disponibilizou nada menos do que 2000 tatuagens copiadas em tecido. Ainda que muitos outros antropólogos criminais tenham contribuído com objectos semelhantes, provenientes das suas colecções particulares, nenhum deles podia aqui competir com os dois cientistas de maior renome na Antropologia Criminal⁴⁹².

Dessa forma, somada à proposta da criação de museus criminológicos, que despertariam o interesse da população sobre o tema e difundiriam o seu pensamento, a teoria de Lombroso representava um papel simbólico da necessidade de separar o homem criminoso do homem que vivia na sociedade civilizada.

Para Saldaña, em sua Nova Criminologia, a teoria de Lombroso representava, então, o “museu do crime”, referindo-se à prática de estudo do homem criminoso, afirmando a incapacidade da Antropologia Criminal como teoria da capacidade criminosa. Sobre os escombros da teoria de Lombroso, estaria então Quintiliano disposto à criação de uma Nova Criminologia, que levaria em conta outros aspectos, tais como Psicologia, Genética e Endocrinologia, demonstrando que novos estudos seriam necessários para a busca de analisar este homem criminoso em seus diferentes aspectos.

Importante apontamento sobre essa “Nova Criminologia” de Quintiliano Saldaña — que contempla sobretudo os anos 1920 e 1930, feita por Tiago Pires Marques⁴⁹³ — era

⁴⁹² MARQUES, Tiago Pires. Da personalidade criminosa ao criminoso perverso: Médicos, juristas e teólogos na crise do positivismo. *Ler História*, n. 53, p. 135-161, 2007. P.135

⁴⁹³ MARQUES, Tiago Pires. Da personalidade criminosa ao criminoso perverso: Médicos, juristas e teólogos na crise do positivismo. *Ler História*, n. 53, p. 135-161, 2007. P.135

justamente o fato de que esse fenômeno não era um ponto de vista adotado apenas por nosso autor, mas apresentava outras ramificações, sobretudo graças à questão de como a ciência criminal se mostraria diante ao Estado, de modo que, na teoria Lombrosiana, o Estado era subordinado à ciência, e já na “nova criminologia” a ciência seria apenas um instrumento da força coercitiva estatal. Todavia, de um lado ou de outro, a lógica era a mesma, justificar a intervenção estatal na repressão contra o indivíduo.

Na mesma esteira de pensamento, Saldaña alega que o método positivista de Lombroso estaria superado, por um novo método: o Pragmatismo, que estaria aberto à experimentação e aos novos conhecimentos científicos, observa-se:

[...] Pragmatismo é: antirracionalismo, antidogmatismo, antitradicionalismo. O pragmatismo é, então, mais do que ceticismo, Positivismo e empirismo: é utilitarismo científico transcendental. Ao contrário da "teoria sintomática no Direito Penal" (die symptomatische Bedeutung), que é puramente psicológica, nossa teoria pragmática é principalmente fisiológica; mas também fisiopsicológica, na medida em que - vindo da Sociologia Física para a Psicologia Física, assim como do laboratório para a sala de aula - determina até que ponto aquele resultado criminoso estava contido, não apenas no fim ou dolo, mas nos meios ou capacidade, individual e social, tanto quanto possível.⁴⁹⁴⁴⁹⁵

Para o autor, o Direito moderno deveria aspirar ao abandono aos conceitos religiosos e metafísicos, baseando-se na observação objetivas. Deveria haver um olhar prático, sendo o pragmatismo uma alternativa com ganhos com a Sociologia e Psicologia, ao pensamento criminológico da época, sendo as duas últimas importantes elementos para a modernização do Direito Penal.

Em artigo à Revista Internacional de Direito Penal na década de 1920⁴⁹⁶, Saldaña compara a justiça criminal a um teatro e a Antropologia Criminal à um museu. Os julgamentos não seriam mais que encenações, tudo o que aguardaria o preso seria um lugar em uma cela, e a não recuperação, de modo a voltar à delinquência. Para tanto, em análise crítica, anota:

⁴⁹⁴ JIMÉNEZ, Belén. Una aproximación a los orígenes del pragmatismo jurídico en España: La postura de Quintiliano Saldaña a propósito del problema de la responsabilidad. *Revista de Historia de la Psicología*, v. 32, n. 2-3, p. 141-150, 2011, p. 143.

⁴⁹⁵ No original: el Pragmatismo es: antirracionalismo, antidogmatismo, antitradicionalismo. Pragmatismo es, pues, más que escepticismo y positivismo y empirismo: es utilitarismo científico transcendental. A diferencia de la ‘teoría sintomática en Derecho penal’ (die symptomatische Bedeutung), que es puramente psicológica, nuestra teoría pragmática es fisiosociológica en primer término; pero también fisiopsicológica, en cuanto –venida de la Sociología física a la Psicología física, así como el laboratorio al aula– determina hasta dónde ese resultado criminal estaba contenido, no sólo en el fin o intención, sino en los medios o capacidad, individual y social, como posible.

⁴⁹⁶ SALDAÑA. Quintiliano. La criminologie. *Nouvelle Revue Internationale de Droit Pénal*, v. 2, n. 1, p. 91-92, 1925, p. 91.

[...] Criminosos presentes perante o Tribunal trazem-lhe o seu tipo antropológico real; Eles têm suas próprias particularidades morais e físicas, sua natureza individual (temperamento e caráter), sua parte herança étnica e social. No entanto, ninguém vê-los assim, como homens, assim como no teatro ninguém se importa se o ator que interpreta o bandido ou o príncipe é saudável ou doente, pai de família ou celibatário, republicano ou monarquista; o indivíduo desaparece atrás do papel. Se, em vez de aparecer pessoalmente, o criminoso enviasse sua fotografia e papéis ao tribunal, o resultado seria exatamente o mesmo⁴⁹⁷.

O pragmatismo jurídico defendido por Quintiliano Saldaña, formula derivada de Jeremy Bentham, seria uma alternativa às discussões metafísicas, preocupando-se com a capacidade de uma ideia modificar a realidade existente, abandonando-se conceitos religiosos e convencionalismos éticos, tal como justifica a seguir:

[...] Dicho «método pragmático» sustituiría los conceptos metafísicos por la observación objetiva de los hechos, la aplicación del razonamiento deductivo y la verificación empírica y encontraría en la Sociología y la Psicología los apoyos más importantes para colocar a la ciencia jurídica entre las ciencias modernas, esto es, para hacer del Derecho una ciencia positiva⁴⁹⁸.

Pela perspectiva pragmática, poderia ser exigida dos sujeitos a responsabilidade por tudo aqui que fariam, haja vista, que seriam responsáveis pelo acontecimento em sociedade e, nesse sentido, reflete o autor, o Direito teria que ter resultados práticos, responder a problemas práticos.

Apesar da forte influência de Léon Duguit⁴⁹⁹, relativa à necessidade de uma solidariedade social, que levaria os indivíduos a não agirem de forma contrária ao bem comum, o autor em tela buscou trazer os pontos que entendia por importantes, relativos a seu pragmatismo jurídico, entre os quais a possibilidade de uma defesa social universal, um Direito Penal Internacional, e uma Justiça Universal.

Após a Guerra Hispano-americana de 1898, restava clara a necessidade de maior atenção governamental aos setores acadêmicos e à opinião pública, tendo em vista a importância da intelectualidade espanhola, de modo que era necessária também uma reforma universitária. Quintiliano Saldaña foi grande entusiasta desse movimento, acreditando no papel

⁴⁹⁷ SALDAÑA, Quintiliano. La criminologie. *Nouvelle Revue International de Droit Pénal*, v. 2, n. 1, p. 91-92, 1925, p. 92.

⁴⁹⁸ DEL MORAL, Ignacio de La Rasilla. International criminal justice as universal social defence – Quintiliano Saldaña (1878-1938). In: MÉGRET, Frédéric; TALLGREN, Immi (eds.) **The dawn of a discipline: International criminal justice and its early exponents**. Reino Unido: Cambridge University Press, 2020, p. 4.

⁴⁹⁹ Colega de Émile Durkheim, diplomou-se pela Faculdade de Direito de Bordéus, onde também obteve o título de Doutor (1881). Lecionou Direito Público inicialmente em Caen, depois em Bordéus (1883), onde se tornou Decano (1919), cargo que exerceu até sua morte.

social da Educação. Quanto ao ensino jurídico, para o autor o caminho seria o incentivo à pesquisa e o ensino voltado ao fomento de sua prática. Deve-se lembrar que o autor foi beneficiado em meio a esse momento com uma Bolsa para ampliação de seus estudos⁵⁰⁰ no efervescente e influente mundo cultural e acadêmico alemão.

Tendo em vista a oportunidade acima, Saldanha importou o programa de Marburgo para a Espanha, juntamente com a ideia de uma ciência total do Direito Penal, trazendo a Antropologia Criminal, a Estatística, e a Psicologia, não podendo negligenciar ainda F. von Liszt, especialmente nos domínios de defesa social.⁵⁰¹ Destaque-se que, já na década de 1920, Saldaña já havia tranposto e ampliado a categoria conceitual geral de defesa social para uma teoria internacionalista progressista da Justiça Penal Internacional.

Esse movimento encampado por Quintiliano Saldaña ganhou bastante espaço, conforme já foi citado neste trabalho, tendo a Associação Internacional de Direito Penal promovido fortes debates sobre a questão de um Código Penal internacional e unificação da legislação penal, demonstrando que o trabalho de Saldaña na Espanha foi fundamental, trazendo à a penalística espanhola o que havia de mais moderno em termos de teorias da época.

Segundo Ignacio de la Rasilla, a ideia de unificação do Direito Penal internacional esteve presente na obra de Quintiliano Saldaña desde 1910, mas, a partir e 1920, teve início o fomento de uma teoria da defesa social, que se projetaria na proposta de uma defesa social universal, assim como na ideia de uma codificação penal em perspectiva internacional⁵⁰².

As ideias de Direito Penal internacional do nosso autor, desenvolveram-se em conjunto com as discussões pós-primeira guerra mundial, tendo em vista o cenário institucional que se propunha, a partir das disposições do tratado de Versalhes, entre elas, a busca pela criação de uma Suprema Corte Internacional, na busca de julgar crimes que violassem a ordem pública internacional.

O ponto de partida para a teoria da “defesa social universal” de Saldaña foi a aplicação do pragmatismo jurídico, trazendo o Direito para um ponto de vista prático. Para tanto, o autor analisava os acontecimentos posteriores à Primeira Guerra Mundial, em especial, a dificuldade

⁵⁰⁰ DEL MORAL, Ignacio de La Rasilla. International criminal justice as universal social defence – Quintiliano Saldaña (1878-1938). In: MÉGRET, Frédéric; TALLGREN, Immi (eds.) **The dawn of a discipline: International criminal justice and its early exponents**. Reino Unido: Cambridge University Press, 2020, p. 5.

⁵⁰¹ DEL MORAL, Ignacio de La Rasilla. International criminal justice as universal social defence – Quintiliano Saldaña (1878-1938). In: MÉGRET, Frédéric; TALLGREN, Immi (eds.) **The dawn of a discipline: International criminal justice and its early exponents**. Reino Unido: Cambridge University Press, 2020, p. 5.

⁵⁰² DEL MORAL, Ignacio de La Rasilla. International criminal justice as universal social defence – Quintiliano Saldaña (1878-1938). In: MÉGRET, Frédéric; TALLGREN, Immi (eds.) **The dawn of a discipline: International criminal justice and its early exponents**. Reino Unido: Cambridge University Press, 2020, p. 7.

de grupos como a Corte de Arbitragem internacional na busca em reduzir a possibilidade de conflitos por meio de um sistema de defesa social internacional⁵⁰³.

[...] Saldaña considerou que o rescaldo da guerra forneceu a “oportunidade de transformar vida internacional em vida social universal”. Por “vida social universal” ele quis dizer a antítese do nacionalismo, com a qual diferentes povos se atribuem erroneamente o “Direito de quebrar os laços que os unem.” Para Saldaña, a nova vida social universal foi inspirada na emergência de um novo “homem universal”, a personificação de um humanismo cujas raízes estão na Revolução Francesa⁵⁰⁴.

A teoria de Saldaña reclamava a existência de um poder acima dos Estado, capaz de ser arbitro no caso de crises, em que se pode intuir uma fórmula que, mais do que política e diplomática, deveria ser jurídica, na busca de um estado de defesa universal. A disputa pela soberania estatal do pós-Guerra teria sido o problema gerador da Guerra, e a soberania não poderia ser utilizada novamente em desfavor da humanidade, razão pela qual, para o autor, os homens apenas seriam iguais perante a lei, no dia em que a lei fosse única, e os nacionalismos substituídos por uma ordem universal, em substituição dos particularismos⁵⁰⁵.

Para Saldaña, a soberania deveria ser transformada à luz da defesa social universal, e esse processo já se teria iniciado com a Liga das Nações, e deveria ser mais aperfeiçoado, resultando não na unificação das instituições penais e penitenciárias, e em um óbvio processo de criação de uma legislação penal internacional que agregasse a todos. Posicionava-se, ainda, que deveria haver direitos dos homens de caráter universal, acima dos direitos dos cidadãos, antecipando o que viria a ocorrer após a Segunda Guerra Mundial⁵⁰⁶. Reafirme-se que boa parte dessas discussões seriam levadas para a Associação Internacional de Direito Penal de 1926.

Em 1928, nosso autor participou da reforma do Código Penal espanhol, durante o governo ditatorial de Primo Rivera, tendo também sido nomeado para a Assembleia Consultiva Nacional, que tinha por objetivo consultar os vários setores da sociedade social, econômica, e

⁵⁰³ DEL MORAL, Ignacio de La Rasilla. International criminal justice as universal social defence – Quintiliano Saldaña (1878-1938). In: MÉGRET, Frédéric; TALLGREN, Immi (eds.) **The dawn of a discipline: International criminal justice and its early exponents**. Reino Unido: Cambridge University Press, 2020, p. 9.

⁵⁰⁴ DEL MORAL, Ignacio de La Rasilla. International criminal justice as universal social defence – Quintiliano Saldaña (1878-1938). In: MÉGRET, Frédéric; TALLGREN, Immi (eds.) **The dawn of a discipline: International criminal justice and its early exponents**. Reino Unido: Cambridge University Press, 2020, p. 9.

⁵⁰⁵ DEL MORAL, Ignacio de La Rasilla. International criminal justice as universal social defence – Quintiliano Saldaña (1878-1938). In: MÉGRET, Frédéric; TALLGREN, Immi (eds.) **The dawn of a discipline: International criminal justice and its early exponents**. Reino Unido: Cambridge University Press, 2020, p. 10.

⁵⁰⁶ DEL MORAL, Ignacio de La Rasilla. International criminal justice as universal social defence – Quintiliano Saldaña (1878-1938). In: MÉGRET, Frédéric; TALLGREN, Immi (eds.) **The dawn of a discipline: International criminal justice and its early exponents**. Reino Unido: Cambridge University Press, 2020, p. 12.

culturalmente e setores profissionais, buscando retratar as diferentes realidades existentes nos estados e províncias espanholas⁵⁰⁷.

O Código Penal de 1928 foi o primeiro a incorporar medidas de segurança, inserindo também a pena de morte por alguns crimes, sendo considerado um Código Penal protofascista, e a defesa social, ao que tudo indica, passou a ser utilizada como medida para fundamentar a repressão típica de regimes autoritários:

[...] A doutrina da defesa social, com seu pragmatismo subjacente e sua ênfase na eficácia, foi posteriormente inserida por regimes fascistas autoritários. Nos anos seguintes, os códigos criminais fascistas se protegeram por trás das construções teóricas e concepções de Direito Penal subjacentes à defesa social para cometer todos os tipos de abusos e atrocidades⁵⁰⁸.

Importante salientar que nosso autor informa que na Espanha dos neoclássicos, ecléticos, e daqueles que se envolveram com o Positivismo, a teoria da defesa social era a que mais ganhava adeptos entre os penalistas, inclusive informando que foi introduzido por ele na Espanha tal pensamento. Em suas palavras, o depoimento: [...] Doutrina introducida por mi en España, en 1911. Tuvo tal fortuna, que discípulos de aquella época repiten ya mis fórmulas sin recordar la procedência⁵⁰⁹.

Na mesma esteira, para o autor, o crime não detinha apenas um resultado individual, mas também a própria questão de um aspecto social, pois quem executa o crime é o responsável por todo o mal que ele venha a causar.

[...] nuevo correccionalismo; pero no racionalista, como el de Röeder, sino científico (...) ni sentimental, como el humanitario de Howard o el utópico de Dorado Montero, sino utilitario; en una palabra, no dogmático (...), sino pragmático. (...) Este nuevo correccionalismo empieza por reducir la corrección penal, de fin de la pena (...), a simple medio para la defensa social y perfección social, que son los fines sociales y, en relación con la pena-medio, los fines penales. (Saldaña, 1925, pp. 14-15)⁵¹⁰.

⁵⁰⁷ DEL MORAL, Ignacio de La Rasilla. International criminal justice as universal social defence – Quintiliano Saldaña (1878-1938). In: MÉGRET, Frédéric; TALLGREN, Immi (eds.) **The dawn of a discipline: International criminal justice and its early exponents**. Reino Unido: Cambridge University Press, 2020, p. 13.

⁵⁰⁸ DEL MORAL, Ignacio de La Rasilla. International criminal justice as universal social defence – Quintiliano Saldaña (1878-1938). In: MÉGRET, Frédéric; TALLGREN, Immi (eds.) **The dawn of a discipline: International criminal justice and its early exponents**. Reino Unido: Cambridge University Press, 2020, p. 14.

⁵⁰⁹ SALDAÑA, Quintiliano. **Nueva penalogía: Penas y medidas de seguridad**. Madri: Casa Editorial Hemando, 1931, p. 23.

⁵¹⁰ JIMÉNEZ, Belén. Una aproximación a los orígenes del pragmatismo jurídico en España: La postura de Quintiliano Saldaña a propósito del problema de la responsabilidad. **Revista de Historia de la Psicología**, v. 32, n. 2-3, p. 141-150, 2011, p. 145.

De um ponto de vista bastante especulativo, talvez esse momento de grandes questões sociais — que foi o final do século XIX e as primeiras décadas do século XX — tenha levado ao autor a se debruçar em temas muito voltados aos aspectos sociais, na busca de respostas para seu tempo. Daí talvez o motivo de Saldaña ter-se cercado do pensamento da defesa social, podendo-se dizer que tal relação está intimamente ligada com os estudos desenvolvidos com seu mestre e orientador, o jurista alemão Franz von Liszt (1851-1919), com quem entrou em contato entre 1909 e 1910, graças à Bolsa de estudos financiada pela da Junta de Ampliación de Estudios, oferecidas pelo Governo espanhol.

Entretanto, o autor não se limitou à reprodução pura de teorias relacionadas ao Direito Penal, mas criou sua própria teoria, apropriando-se de fragmentos de pensamentos já existentes à época, tal como foi observado por arguto intérprete:

[...]Saldaña descubre otras perspectivas jurídicas que le ayudarían a configurar su propia teoría jurídica penal que él calificaría de «pragmatista» (Saldaña, 1923 y 1925a); una teoría inspirada, por un lado, en la teoría del delito de von Liszt y de la escuela positivista italiana, y, por otro lado, en los Anarchical fallacies del inglés Jeremy Bentham (1748-1832) y en el pragmatismo norteamericano de autores como William James (1842-1910). Saldaña empieza a definir claramente esta «teoría pragmática del derecho penal» a partir de los años veinte, dándola a conocer a través de diversas publicaciones y conferencias tanto en España como en el extranjero (sobre todo, en Francia y Alemania)⁵¹¹.

Interessante é analisar, conforme citado na fragmento acima, que Saldaña, detinha uma forte inclinação para a teoria defesa social, e prova disso é o discurso de abertura do ano acadêmico na Universidade Central, no qual ele já antecipava importantes apontamentos do que seria posteriormente desenvolvido como seu pensamento, com o título de “Defensa Social x Perfeccion Social” – a seguir citado – pode-se perceber, em sua fala, que o autor revela que a ciência penal poderia ser reduzida a dois problemas:

[...] Toda la ciencia penal puede reducirse, em lo esencial, a dos problemas:

- a) Dado un orden jurídico y su norma, la ley, ¿tiene derecho a actuar en su propia conversación ese orden? ¿Cuál es el fundamento del derecho de castigar, em abstracto?
- b) Dada una perturbación real de ese orden, y una infracción positiva de esa ley, ¿cuándo y como tiene derecho a obrar para defenderse? ¿Cuál es el fundamento del hecho del castigo, em concreto ?

⁵¹¹ JIMÉNEZ, Belén. Pragmatismo, ciudadanía y Estado en el marco europeo de principios del siglo XX: El papel del jurista español Quintiliano Saldaña. *Revista de Historia de la Psicología*, v. 33, n. 4, p. 97-108, 2012, p. 99.

El primero es el problema de la punibilidad ¿se puede castigar ?, asunto de jus puniendi. El segundo es el problema de la punición: ¿quando se castiga ?, contenido propio del jus penal.⁵¹²

Para o autor, a questão da punibilidade e da punição seria a mais importante a ser pensada no disputado momento político-jurídico no entreguerras europeu. No tocante aos debates criminológicos em curso, era possível constatar a existência de diversas teorias sobre a questão. Nesse caminho, para o autor, ter-se-ia a teoria da responsabilidade moral, inserindo-se no campo da Filosofia Penal, abordando o problema da punibilidade com a possibilidade de solução em um critério moral: a justiça⁵¹³.

Ao mesmo tempo, apresentava-se também a teoria da defesa social que, em suma, poderia ser classificada, em termos gerais, como uma teoria política, sancionada pelo Direito, que teria o condão de solucionar a tormentosa questão: se havia ou não o direito de castigar, baseado na questão social.

Para o autor, a defesa social nada mais seria que uma reação da sociedade, não na repressão ao crime, mas na prevenção, poderia assim ser resumida a defesa social a partir dos seguintes pontos: *a) Por su necesidad, en cuanto al fundamento (conservación); b) Por su universalidad, en cuanto a la forma (reacción). c) Por su modo, en cuanto a los medios (prevención)*⁵¹⁴.

Desse modo, a defesa social não seria uma teoria baseada na vingança contra o criminoso, pois só existe a reação quando é necessário, a sociedade só se defende de um malfeitor, quando existe uma ação danosa, portanto, em suma: *se reprime para prevenir, se previne reprimindo*. A razão da defesa social seria a proteção da sociedade, e seu objeto é a constante necessidade de proteção contra o estado perigoso⁵¹⁵.

A sociedade teria direito, então, de defender-se de seus inimigos e parasitas, seja os inimigos externos, pertencentes a Estados Vizinhos, ou, ainda, inimigos internos, como os anarquistas. O homem delinquente desdenha as leis e a sociedade, tratando-se de um ente incompreendido e, assim, há um problema antropológico de meio, no sentido de pensar se o delinquente é igual a todos os homens.

⁵¹² SALDAÑA, Quitiliano. Discurso Leído em la solene inauguración del curso académico de 1916 à 1917. Madri: Imprenta Colonial, 1916, p. 11.

⁵¹³ SALDAÑA, Quitiliano. Discurso Leído em la solene inauguración del curso académico de 1916 à 1917. Madri: Imprenta Colonial, 1916, p. 12.

⁵¹⁴ SALDAÑA, Quitiliano. Discurso Leído em la solene inauguración del curso académico de 1916 à 1917. Madri: Imprenta Colonial, 1916, p. 18.

⁵¹⁵ SALDAÑA, Quitiliano. **Discurso Leído em la solene inauguración del curso académico de 1916 à 1917**. Madri: Imprenta Colonial, 1916, p. 18.

Assevera o autor, em seu discurso, que tem sido feita frente à Filosofia de Lombroso, no sentido de tentar derrotá-la, já que considera que o homem delinquente é um homem normal, salvo as hipóteses de patologias que excluiriam a imputabilidade e o crime, pois os criminosos, via de regra, eram ou homens dotados de inteligência ou de força física⁵¹⁶.

Dessa sorte, a defesa social, em seu caráter preventivo, poderia valer-se das medidas de segurança, já que o estado perigoso do indivíduo tendencialmente delinquente, já constituía elemento autorizador para que houvesse a correção e configurador da temibilidade, que justificava a prevenção penal, de modo que tal questão seria condição essencial para um tratamento preventivo⁵¹⁷.

Saldaña era grande entusiasta da abolição da pena, com a implantação de medidas de segurança em substituição a ela. Para o autor, por vezes, as penas estariam sendo aplicadas não para defender a sociedade, mas para uma mera satisfação, e esse não seria o caminho correto, já que quem se defende não poderia castigar, tomando-se em consideração que a pena deve defender a sociedade não pelos seus fins, mas pelos seus resultados⁵¹⁸.

A justificativa para a defesa prévia da sociedade, estaria na existência de um Direito de proteção dos interesses sociais, que segundo o autor, nasce com a própria sociedade, pois a sociedade assim como o próprio indivíduo tem direito à conservação, o direito de conservação das sociedades seria então: direito de defesa social⁵¹⁹.

Lamenta o autor, no momento de sua fala, que se gastava uma enormidade de valores com presídios, com justiça penal, entretanto, os gastos com estudos do delinquente e a delinquência eram bem inferiores. A teoria da defesa social seria uma política em meio à tentativa de auxiliar e pensar em como conter a criminalidade nascente, ainda que reconhecendo que ela não constituía uma resposta definitiva, muito devendo avançar⁵²⁰.

Com a proclamação da Segunda República Espanhola, em 1931, deu-se a revogação do Código Penal de 1928, que foi um dos produtos legislativos do golpe de Estado de 1923, e que havia instituído, entre outras excecências autoritárias, a sentença indeterminada para

⁵¹⁶ SALDAÑA, Quitiliano. **Discurso Leído em la solene inauguración del curso acadêmico de 1916 à 1917**. Madri: Imprenta Colonial, 1916, p. 23.

⁵¹⁷ SALDAÑA, Quitiliano. **Discurso Leído em la solene inauguración del curso acadêmico de 1916 à 1917**. Madri: Imprenta Colonial, 1916, p. 27.

⁵¹⁸ SALDAÑA, Quintiliano. **Nueva penalogia**: Penas y medidas de seguridad. Madri: Casa Editorial Hemando, 1931, p. 37.

⁵¹⁹ SALDAÑA, Quitiliano. **Discurso Leído em la solene inauguración del curso acadêmico de 1916 à 1917**. Madri: Imprenta Colonial, 1916, p. 27.

⁵²⁰ SALDAÑA, Quitiliano. **Discurso Leído em la solene inauguración del curso acadêmico de 1916 à 1917**. Madri: Imprenta Colonial, 1916, p. 27.

condenados habituais, multirreincidentes ou incorrigíveis (art. 70 combinado com os arts. 104 e 157 do CP/1928).⁵²¹

Quintiliano Saldaña perde a partir de então, a figura de expoente do penalismo espanhol que ele encarnava, sendo substituído neste mister por Luis Jiménez de Asúa, ao mesmo tempo que gradualmente foi construído o Código Penal de 1932.

Todavia, na conturbada cena política espanhola da década de 1930, particularmente no período conhecido como segundo biênio da Segunda República Espanhola [novembro de 1933 a fevereiro de 1936] — conhecido como biênio conservador ou biênio contrarreformista — aos poucos nosso autor voltava ao centro da cena política e jurídica com o retorno do autoritarismo em 1933, tornando-se diretor da Escola de Criminologia da Espanha, em 1935⁵²².

Em 1937, Saldaña foi destituído de sua cátedra, tendo-se refugiado em Cuba, temendo a repressão do Governo espanhol, de modo que o governo republicano se recusou a retorná-lo, tendo morrido de desnutrição e de doenças relacionadas em Cuba⁵²³.

3.2.3 O tecnicismo Jurídico em Nelson Hungria

Nelson Hungria Hoffbauer, nasceu em 1981, no Município de Além Paraíba, no Estado de Minas Gerais, bacharelou-se em Direito pela Faculdade Livre de Ciências Jurídicas e Sociais do Rio de Janeiro⁵²⁴, foi Promotor Público, delegado, e magistrado, professor, desembargador e Ministro do Supremo Tribunal Federal.

Conhecido com o “príncipe dos penalistas brasileiros”, teve grande atuação na materialização da lei penal brasileira, participando da elaboração do Código Penal, do Código de Processo Penal, da Lei das Contravenções Penais e da Lei da Economia Popular, participando ativamente de debates do ponto de vista acadêmico, sendo doutrinador de renome graças, sobretudo, aos seus volumes relativos aos comentários ao Código Penal brasileiro.

⁵²¹ MILANEZ, Bruno Augusto Vigo. Autonomia e jurisdicionalização da execução penal no Direito europeu continental. *Revista Justiça e Sistema Criminal*, v. 9, n. 17, p. 267-288, 2017.

⁵²² DEL MORAL, Ignacio de La Rasilla. International criminal justice as universal social defence – Quintiliano Saldaña (1878-1938). In: MÉGRET, Frédéric; TALLGREN, Immi (eds.) **The dawn of a discipline: International criminal justice and its early exponents**. Reino Unido: Cambridge University Press, 2020, p. 118-145, p. 16.

⁵²³ DEL MORAL, Ignacio de La Rasilla. International criminal justice as universal social defence – Quintiliano Saldaña (1878-1938). In: MÉGRET, Frédéric; TALLGREN, Immi (eds.) **The dawn of a discipline: International criminal justice and its early exponents**. Reino Unido: Cambridge University Press, 2020, p. 118-145, p. 21.

⁵²⁴ Atual Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

Tornou-se livre docente também pela Faculdade Livre de Ciências Jurídicas e Sociais do Rio de Janeiro, onde lecionou a disciplina de Direito Penal.

Entre suas obras principais podem ser citadas: “Estudos sobre a Parte Especial do Código Penal de 1890”; “Crimes Contra a Economia popular”; “Questões jurídico-penais; novas questões jurídico-penais”; “Comentários ao Código Penal” (8 volumes) e, ainda, “Cultura, religião e Direito”; “O sermão da montanha e a obrigação absoluta no Direito cambiário”.

Atualmente, é praticamente impossível estudar Direito Penal no Brasil sem defrontar-se com obras do autor, entre os estudiosos contemporâneos que o citam: Celso Delmanto, Cleber Masson, Júlio Fabbrini Mirabete, Rogério Sanches, Rogério Greco, entre outros têm em suas obras importantes citações referentes ao autor mineiro.

3.2.3.1 Alguns apontamentos sobre a obra de Nelson Hungria e sua teoria sobre o Direito Penal

Serão apresentadas algumas obras do autor, na busca por elucidar a sua concepção tecnicista do Direito Penal, desde logo impinge dizer que existe uma certa dificuldade na busca de algumas obras, mas tentou-se ao máximo dar impulso ao texto, para que o leitor se sinta localizado⁵²⁵.

Para inaugurar o presente título, traz-se ao texto referência à palestra inaugural da Escola de Direito do Rio de Janeiro, em 1934, proferida por Nelson Hungria. Nessa o autor faz importante apontamento sobre a História do Direito Penal, comparando-a com a teoria dos retrocessos de Vico⁵²⁶, ao analisar a repressão dos delitos políticos. Analisa o autor que, em Roma, inicialmente não concediam a mínima parcela de poder discricionário e, aos poucos, a abertura dessa discricionariedade levou a penas arbitrárias no medievo; do mesmo modo, os crimes políticos que durante a Antiguidade eram tratados com aspereza, com o Iluminismo ganharam benevolência, e no tempo da fala do autor são tratados com severidade excepcional, o Direito Penal não poderia ser utilizado para consolidar tiranias⁵²⁷.

⁵²⁵ O maior acervo relativo a livros do autor está na Biblioteca da Universidade de São Paulo, Biblioteca do STF, e Biblioteca da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

⁵²⁶ Trata-se da famosa concepção de História desenvolvida pelo filósofo italiano Giambattista Vico (1688-1744), apresentada em sua obra *Ciência Nova* (1744), em que descreve a História como formada por um movimento cíclico estruturado a partir de três idades: a idade dos deuses, a idade dos heróis e a idade dos homens. Segundo Vico, todo esse processo histórico de mudanças, retrocessos e evolução é regido pela Providência Divina.

⁵²⁷ HUNGRIA, Nelson. **A repressão dos delictos políticos**. Rio de Janeiro: Editora Revista de Direito Penal, 1934, v. 5, p. 115.

Nesse sentido, o movimento histórico de mudança em termos de tratativas à criminalidade, são cambiantes, pelo que assim surgem as Escola Penais, que se digladiavam em torno de saber qual delas prevaleceria no que tange à aplicação da lei penal, o que, para o autor, seria um desperdício de energia, já que os debates não atingiriam a questão mais relevante, a delinquência:

[...] Em face do irreduzível antagonismo das duas escolas que se disputam o acerto na solução do problema da delinquência, o legislador penal de nossos dias intervém com um indissimulado *placet janus*, acende uma vela a Carrara e outra a Ferri, alia os dogmas da penologia clássica aos postulados da criminologia nova⁵²⁸.

Dessa forma, na análise do autor, foram os absurdos da Escola Clássica em relação à punição que levaram ao surgimento da Escola Positivista, trazendo a ideia do livre-arbítrio como um contrassenso, substituindo a responsabilidade moral pela social, de modo que não havia mais que se falar em pena expiação, mas como instrumento de defesa social⁵²⁹.

Ainda argumentando sobre a escola positivista e a defesa social:

[...] A defesa social é uma necessidade, e “necessidade não tem lei”. A diversidade dos delinquentes, no tocante à sua condição psíquica, não pode ser levada em conta senão para efeito de determinar a qualidade e medida da sanção defensiva, devendo esta ser adequada à personalidade do autor do crime, com o fim de segregação indefinida para os inadaptaíveis à vida livre e de reeducação ou cura para os demais. Ao invés da pena-castigo, a pena-defesa, a pena-educação, a pena-tratamento. Ao lado da penitenciária, o manicômio criminal, a das de custódia, a casa de trabalho, o reformatório judiciário, a colônia agrícola.

Para o autor, era totalmente possível a aplicação dos meios defensivos, mas devia-se levar em consideração a periculosidade individual. Daí, exsurgiu a ideia de um estado perigoso, pois o indivíduo não iria responder apenas pelo ato praticado, mas pelo mal que a prática do delito poderia praticar, ocasionando a insegurança social⁵³⁰.

Voltando à questão do embate entre a Escola Clássica e a Escola Positivista, informa o autor, em 1934, que em matéria de Direito Penal, o Brasil optou por adotar um ecletismo entre as concepções acima, com predileção pela contraditória adoção simultânea de pontos radicais delas, que se tornou o traço característico do Direito Penal de então. O livre-arbítrio voltou a

⁵²⁸ HUNGRIA, Nelson. **O estado perigoso no anteprojecto de Código Criminal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Ciência do Direito, 1934, p. 47.

⁵²⁹ HUNGRIA, Nelson. **O estado perigoso no anteprojecto de Código Criminal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Ciência do Direito, 1934, p. 48.

⁵³⁰ HUNGRIA, Nelson. **O estado perigoso no anteprojecto de Código Criminal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Ciência do Direito, 1934, p. 49.

cenário, mas não havia compromisso com ele, a “metafísica transigiu até certo ponto com a psicologia experimental”⁵³¹

Para o autor, remetendo a Quintiliano Saldaña, a pena teria caráter totalmente repressivo, e a medida de segurança, caráter preventivo. A prevenção do crime estaria atrelada ao “estado perigoso”, que poderia ser compreendido como a condição psíquica de um delinquente que poderia gerar novos crimes. Dessa feita era necessário que o legislador, então, adotasse a periculosidade como condição autônoma, sendo elemento informativo na concretização da pena e assumindo relevo nas circunstâncias agravantes⁵³².

Nesse sentido, a divisão entre pena e medida de segurança faria com que, na individualização da pena, houvesse a possibilidade de aplicação do chamado estado perigoso, ou periculosidade social, como possibilidades de aplicação tanto a anômalos psíquicos com também a totalmente imputáveis incorrigíveis, evitando-se assim a utilização de presídios e manicômios, como, à guisa de exemplo, se justificaria o caso de estado perigoso subjetivo, bastante utilizado na penalística moderna⁵³³.

Inquieta-se o autor diante o Código Penal da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas de 1926⁵³⁴, informando que existe ali a negação de direitos e garantias fundamentais em face da soberania do Estado. A ideia de que não existe crime sem lei anterior que o defina, sendo princípio basilar para evitar o autoritarismo estatal não seria aplicada, afastada a defesa do indivíduo contra os arbítrios estatais, esmagando os critérios liberais e democráticos.

O Direito Penal da União Soviética basear-se-ia, então, em uma defesa social utilitarista, de modo que não haveria espaço da individualização da pena, nem mesmo na sua taxatividade, havendo abertura para a aplicação da lei penal em razão da defesa do Estado, podendo surgir tipos penais à revelia da criação de lei específica, como no caso dos de países

⁵³¹ HUNGRIA, Nelson. **O estado perigoso no anteprojecto de Código Criminal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Ciência do Direito, 1934, p. 49.

⁵³² HUNGRIA, Nelson. **O estado perigoso no anteprojecto de Código Criminal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Ciência do Direito, 1934, p. 51.

⁵³³ HUNGRIA, Nelson. **O estado perigoso no anteprojecto de Código Criminal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Ciência do Direito, 1934, p. 56.

⁵³⁴ Cabe esclarecer que a extinta União das Repúblicas Socialistas Soviéticas – URSS, era constituída pela associação federativa de Repúblicas Socialistas formalmente independentes, tendo cada uma o seu Código penal. O referido Código citado foi o adotado pela República Socialista Federativa Soviética Russa em 1926 e que entrou em vigor em 1927. Destaque no referido Código, foi o seu artigo 58, que introduziu na Rússia os conceitos indeterminados de “inimigos do povo”, “traidores” e “sabotadores”, que foram fundamentais para a massiva e indiscriminada repressão que caracterizou a era stalinista.

que adotariam os princípios democráticos e liberais. Esse Direito, segundo Hungria, estaria muito distante do cidadão comum, que viveria em uma situação de incerteza constante⁵³⁵.

Importante constatação faz o autor, delimitando que este Direito socialista da União Soviética não é o Direito defendido por Jiménez de Asúa, que seria um Direito Penal ideal para o futuro. Haveria, sim, em Asúa um entusiasmo profético, em que não haveria mais lugar para a taxatividade, e a condição de estado perigoso ocuparia o primeiro plano, e no lugar da pena haveria a medida tutelar e asseguradora a ser aplicada a cada indivíduo em específico, de forma que a sanção seria fixada de maneira indeterminada, mas ajustada a cada indivíduo.⁵³⁶

Ao contrário da Direito Penal do futuro de Asúa, o autor informa que, na verdade, o que se buscava na implantação do Direito Penal soviético em vestes de uma utilitarista defesa social era justamente instrumentalizar a ditadura, abolindo-se qualquer possibilidade de culpa ou responsabilidade moral, não atendendo um ideal científico/penal, sendo apenas um instrumental político. Dessa forma, ao invés da lógica, tudo que não é permitido é proibido, se teria configurado a seguinte lógica: tudo que não é autorizado é proibido⁵³⁷, como se verifica nas palavras do autor:

[...] O Estado soviético, que ignora toda e qualquer restrição à sua eficiência finalística, não podia deter-se ante o *nullum crimen nulla poena sine lege*. O seu exemplo, porém, não pode ser invocado para descredito deste princípio, que não é somente da democracia, mas está inscripto na consciência humana desde a mais longínqua antiguidade, remontando ao tempo em que Moisés ameaçava com cólera de Jehovah a desobediência ao Decalogo, que é a fórmula embrionaria da parte especial dos códigos penais modernos.

O que combate Hungria é a existência de um Direito Penal aberto à contemplação subjetiva do julgador, de modo que seria apenável apenas aquilo que, de alguma forma, – segundo avaliação voluntarista do intérprete — afetasse ao Estado, afrontando o desenvolvimento da taxatividade dos crimes em Direito Penal, e os princípios penais caros à matéria, como o da legalidade.

Tratando do tecnicismo jurídico-penal, o autor faz importante anotação, em que observa:

[...] O tecnicismo jurídico-penal é o estudo sistemático a exposição rigorosamente técnica, do Direito Penal como realidade jurídica, isto é, o

⁵³⁵ HUNGRIA, Nelson. **Compêndio de Código Penal**. Parte especial. Rio de Janeiro: Editora Livraria Jacynto, 1939, p. 9.

⁵³⁶ HUNGRIA, Nelson. **Compêndio de Código Penal**. Parte especial. Rio de Janeiro: Editora Livraria Jacynto, 1939, p. 10.

⁵³⁷ HUNGRIA, Nelson. **Compêndio de Código Penal**. Parte especial. Rio de Janeiro: Editora Livraria Jacynto, 1939, p. 11.

Direito Penal deduzido da legislação do Estado. Não se trata de uma escola, pois, ao contrário, é a abstração radical e definitiva de escolas no campo do Direito Penal. O tecnicismo jurídico reivindicou para este o ser verdadeiro e exclusivo posto entre as ciências jurídicas. Fora das normas emanadas do Estado ou além da realidade das leis, não existe, nem é concebível Direito algum.⁵³⁸

Referindo-se à década de 1930, contexto temporal de escrita do texto referido, é interessante analisar que o tecnicismo jurídico se tornaria importante ferramenta na criação de legislações, principalmente no que tange ao período estadonovista no Brasil (1937-1945), que centralizou na figura do Chefe Nacional – no período representado pelo ditador Getúlio Vargas — o poder de decretar leis, retirando-se a figura do parlamento ~~de fazedor~~ de legislações, tarefa que passou então a um corpo técnico especializado vinculado à Presidência da República.

O autor em comentário informa que, em se tratando de tecnicismo jurídico-penal, deve haver uma delimitação no objeto de estudo do Direito Penal, quanto à exegese do Direito positivo, não se lançando a estudos relacionados à criminalidade, e outros temas muito mais próprios aos sociólogos. A Ciência Penal teria como premissa, então, as normas jurídicas, na busca de conclusões certas, abolindo-se a possibilidade de escolas, à medida que comportariam uma grande diversidade de interpretações. Haveria então um único *método possível o dedutivo, o lógico-abstrato, o técnico-jurídico*⁵³⁹.

Apenas no que tange à política criminal, uma ciência pré-jurídica, é que haveria, então, espaço para debates das escolas criminais, ou para estudos de interpretações diferentes no Direito Penal vigente. O estudo do Direito Penal deveria ter como tônica principal os textos legais, e era neles que se teria, então, a observação da construção dos sistemas penais e seus institutos jurídicos. Sobre a questão, pode-se melhor elucidar:

[...] Depois de excluir Criminologia, Filosofia do Direito Penal, etc., do âmbito da ciência do Direito Penal em sentido estrito, isto é, aquela que compete exclusivamente aos juristas, Hungria conclui que “restam as ciências técnicas que instruem a justiça penal ou auxiliam a realização militante do Direito Penal”. No esquema tecnicista, o trabalho do jurista começaria com a exegese da lei, para depois entrar na reconstrução dos institutos e do sistema já posto (a fase chamada de “dogmática” propriamente dita) a partir dos resultados da fase de exegese, e, por último - nem sempre citada por Hungria - a fase de ‘crítica’. A exclusão das outras ciências – no máximo utilizáveis, subsidiariamente, nos tribunais ou no processo de reforma das leis – e a “domesticação” da crítica são centrais para que o objetivo central do novo

⁵³⁸ HUNGRIA, Nelson. *Compêndio de Código Penal. Parte especial*. Rio de Janeiro: Editora Livraria Jacynto, 1939, p. 12.

⁵³⁹ HUNGRIA, Nelson. **O tecnicismo jurídico-penal**. Rio de Janeiro: Editora Revista de Direito Penal, 1938, p. 36.

modelo de ciência do Direito Penal se realize: a colaboração com a efetivação das leis nos tribunais⁵⁴⁰.

É importante pensar, nesse contexto, a relação do autor com o Tribunal do Júri, pois a trajetória do júri no Brasil teve fortemente marcada por sua atuação, foi componente da elaboração do Decreto n.º 167 que regulamentava a questão do Tribunal do Júri, assim como participou da elaboração do Código de Processo Penal em 1941.

Tendo forte atuação durante o Estado Novo de Getúlio Vargas, Nelson Hungria via no Júri uma instituição que teria sido responsável pelo colapso do Código Penal de 1890. Interessante pensar que a formação do jurista do século XIX, estava pautada na oralidade, de modo que a arte do bem falar era bastante ensinada nas faculdades de Direito, e o final do século XIX trouxe a mudança, com um maior foco nas atividades escritas, o que Ricardo Sontag, citando Ricardo Fonseca, chama de paradigma científico, em detrimento do paradigma eloquente⁵⁴¹.

A figura do advogado nesse processo, continua ainda ocupando papel de excelência, mas agora teria um viés muito mais voltado para a letra da lei. Nesse contexto Nelson Hungria analisa o Tribunal do Júri, em especial o advogado que atuava em tal, como aquele que buscava um Direito Penal romântico e emocional, afrontando assim o Direito positivo⁵⁴², observa-se ainda:

[...] Hungria e alguns dos expoentes do Positivismo criminológico estão de acordo, portanto, no que tange aos males da retórica advocatícia de um modo geral. Mas é interessante notar que é justamente esse caráter de “exatidão” que Nelson Hungria negava ao saber do Positivismo criminológico, acusando-o de, com as suas imprecisões e com os intermináveis debates contra o “classicismo”, ter contribuído com a retórica tribunícia que corroeria a eficácia da norma penal positiva⁵⁴³.

Pode-se analisar que o tecnicismo jurídico de Nelson Hungria critica o júri em nome da lei, na busca de evitar que o sentimentalismo pudesse invadir o Direito, entendendo que o juiz togado evitaria tais situações:

[...] O especialista contra o leigo; o sentimentalismo contra a ‘frieza analítica’; todos argumentos que lembram o Positivismo criminológico. De fato, nem

⁵⁴⁰ SONTAG, Ricardo. A eloquência farfalhante da tribuna do júri: O tribunal popular e a lei em Nelson Hungria. **Dossiê: História, Direito e Justiça**, v. 28, n. 2, p. 267-302, 2009, p. 269.

⁵⁴¹ SONTAG, Ricardo. A eloquência farfalhante da tribuna do júri: O tribunal popular e a lei em Nelson Hungria. **Dossiê: História, Direito e Justiça**, v. 28, n. 2, p. 267-302, 2009, p. 272.

⁵⁴² SONTAG, Ricardo. A eloquência farfalhante da tribuna do júri: O tribunal popular e a lei em Nelson Hungria. **Dossiê: História, Direito e Justiça**, v. 28, n. 2, p. 267-302, 2009, p. 273.

⁵⁴³ SONTAG, Ricardo. A eloquência farfalhante da tribuna do júri: O tribunal popular e a lei em Nelson Hungria. **Dossiê: História, Direito e Justiça**, v. 28, n. 2, p. 267-302, 2009, p. 273.

sempre Positivismo e tecnicismo operam em binários opostos ou em rota de colisão. Muito embora Hungria defendesse que a magistratura togada preveniria a justiça penal tanto dos “ódios vingativos” quanto dos “ditames de piedade”, a “defesa social” colocada como pedra de toque empurra o seu pensamento menos na direção das garantias individuais e mais nas necessidades da repressão estatal. Além disso, a ‘defesa social’ é um dos laços que permitem tecnicismo e Positivismo encontrar-se no âmbito de reformas institucionais⁵⁴⁴.

O tecnicismo jurídico de Nelson Hungria visava a, sobretudo, colaborar com os juízes togados na aplicação da lei; um jurado não tendo o conhecimento adequado poderia não fazer a correta aplicação, elidindo a finalidade da lei que seria a defesa social, produto final de todo sistema penal. O Júri ia na contramão de tudo aquilo que pregava o autor que seria a aplicação da lei por técnicos capazes de compreendê-la⁵⁴⁵.

Repisa-se que a crítica de Nelson Hungria ao Tribunal Popular, pode ser analisada no contexto de passagem do modo de pensar o Direito Penal brasileiro, desgarrando-se do modelo pautado no bacharelismo liberal, passando então da figura do jurista eloquente para o jurista cientista que remonta boa parte da Primeira República, podendo-se citar, à guisa de exemplos, “Literatos como Monteiro Lobato ([1919] 1964), Lima Barreto ([1923] 2001) e Oswald de Andrade ([1924] 1978), que também participaram, nesse período, da construção do sentido negativo do termo “bacharelismo”⁵⁴⁶.

O Tribunal Popular, no imaginário dos juristas, projetou a figura do advogado e do júri, e ambos passaram a representar verdadeiros símbolos do bacharelismo liberal do Império. Para Hungria, tal concepção jurídico-política aparece como a amarração final de um pensamento que “[...] buscava a maior coerência possível entre as concepções de Código/lei, saber jurídico e aplicação da lei. Uma determinada forma de conceber a relação entre esses três elementos que marca, ainda hoje, a postura considerada “tradicional” frente ao Direito”⁵⁴⁷.

Nelson Hungria teve importante papel na construção do sistema político jurídico das décadas de 1930 e 1940, fato é que foi parte da comissão revisora do projeto do Código Penal de 1940, que se encontra em vigor até os dias atuais. Não resta dúvida de que fez parte da

⁵⁴⁴ SONTAG, Ricardo. A eloquência farfalhante da tribuna do júri: O tribunal popular e a lei em Nelson Hungria. **Dossiê: História, Direito e Justiça**, v. 28, n. 2, p. 267-302, 2009, p. 285.

⁵⁴⁵ SONTAG, Ricardo. A eloquência farfalhante da tribuna do júri: O tribunal popular e a lei em Nelson Hungria. **Dossiê: História, Direito e Justiça**, v. 28, n. 2, p. 267-302, 2009, p. 289.

⁵⁴⁶ SONTAG, Ricardo. A eloquência farfalhante da tribuna do júri: O tribunal popular e a lei em Nelson Hungria. **Dossiê: História, Direito e Justiça**, v. 28, n. 2, p. 267-302, 2009, p. 294.

⁵⁴⁷ SONTAG, Ricardo. A eloquência farfalhante da tribuna do júri: O tribunal popular e a lei em Nelson Hungria. **Dossiê: História, Direito e Justiça**, v. 28, n. 2, p. 267-302, 2009, p. 296.

construção jurídica estadonovista, e que era forte defensor das ideais relativa à defesa social em detrimento das liberdades fundamentais do indivíduo⁵⁴⁸.

[...] Os interesses da coletividade são os mesmos interesses do Estado. A tarefa principal do Direito Penal no Estado Novo é a proteção dos interesses do Estado, que são os interesses do todo social e os do próprio indivíduo em função do todo social. Só há proteção do indivíduo no quadro dos interesses do Estado. Caiu, assim, a barreira que a tradição liberal criara entre a criminalidade política e a criminalidade comum. Era preciso abolir a superstição liberal de que a revolução é um Direito implícito do indivíduo, e o Estado Novo não recuou sequer diante da extrema ratio: a decretação da pena de morte contra os rebeldes de armas na mão. Revogaram-se as prerrogativas do delinqüente político: já não se reservavam para estas sanções privilegiadas; extinguiu-se a custódia honesta; instituiu-se um tribunal especial, com regras de processo derogativas da justiça normal, de modo a assegurar a punição pronta, rigorosa e inexorável dos delitos políticos⁵⁴⁹.

Não se pode olvidar a guinada do pensamento do autor, decorrente de sua participação na comissão revisora do Código Penal, no início da década de 1930. Inicialmente, o autor se posiciona no sentido que não se poderia abandonar 150 anos de História, referindo-se ao impulso dado ao Direito pelo Iluminismo e pelas revoluções liberais. Referindo-se aos crimes políticos, afirma que não se poderia descartar todas as mudanças que ocorreram durante décadas anteriores para fazer uma distinção aos crimes políticos, de modo similar ao ocorrido na tratativa pelos regimes autoritários surgidos após a guerra, em que tais crimes eram indiscriminados⁵⁵⁰.

Com sua participação na Comissão Revisora do Código e o estreitamento dos laços com o Estado Novo, ao menos no que tange à questão dos crimes políticos, o autor parece ter-se, como dito alhures, rendido à teoria da defesa social, em oposição à tradição liberal, passando a aceitar o agravamento das penas no que tange a crimes políticos. Oportunamente, após o fim do Estado Novo em 1945, voltaria ao tom liberal⁵⁵¹.

⁵⁴⁸ NUNES, Diego. Os crimes políticos nos escritos de Nelson Hungria. **Anais...** Encontros de História do Direito da UFSC Regimes de legalidade e a construção do Código Penal moderno: A questão do crime político. Florianópolis: Editora Fundação Boiteux, 2009, p. 6.

⁵⁴⁹ HUNGRIA, Nelson. O Código Penal no Estado Novo. **Revista Forense**, v. 38, n. 85, p. 265-272, jan./mar. 1941, p. 268.

⁵⁵⁰ NUNES, Diego. A punição dos inimigos do Estado por meio dos crimes políticos na História penal brasileira: a visão contingencial de Nelson Hungria. In: NUNES, Diego; LIMA, Lucas Carlos (orgs.). **História da cultura jurídica & ordenamento jurídico internacional**: Escritos em homenagem ao prof. Arno Dal Ri Jr. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2022, p. 77.

⁵⁵¹ NUNES, Diego. A punição dos inimigos do Estado por meio dos crimes políticos na História penal brasileira: A visão contingencial de Nelson Hungria. In: NUNES, Diego; LIMA, Lucas Carlos (orgs.). **História da cultura jurídica & ordenamento jurídico internacional**: Escritos em homenagem ao prof. Arno Dal Ri Jr. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2022, p. 78.

Como exemplo de afinidade político-jurídica durante o período do Estado Novo no Brasil, pode-se citar, em sua obra “Dos Crimes Contra a Economia Popular e das vendas à prestações com reserva de domínio”, que o autor avaliava estar o liberalismo político no tempo de sua escrita, desacreditado, e a livre iniciativa facilitaria que os fracos fossem sobrepujados pelos mais fortes. Assim sendo, segundo o autor, deixar os indivíduos ao livre-arbítrio seria implantar a lei da selva⁵⁵². Nas palavras do autor, observa-se:

[...] Referindo-se ao liberalismo econômico, que o Estado Novo repele como contrário ao interesse, do povo, disse justamente o Ministro Francisco Campos, numa de suas magistras circulares sobre a Constituição outorgada a 10 de novembro de 37; A vida econômica não tinha outro regulador a não ser a vontade dos fortes, isto é, daqueles que conseguiram constituir, graças à espoliação ou às conjunturas favoráveis do livre jogo econômico, o seu feudo. A livre concorrência era uma corrida sem fim para objetivos puramente individuais⁵⁵³.

O Estado Novo interferiria de maneira coercitiva, para evitar as ambições, controlando as atividades individuais no sentido do bem comum. **No regime estadonovista não haveria espaço para** ~~teria~~ o liberalismo exacerbado ou a ditadura socialista, mas, sim, a intervenção **corretiva** do poder público, para evitar o abuso dos mais fracos e promover o equilíbrio entre preços e valores, não se limitando a medidas administrativas, como as sanções penais⁵⁵⁴.

O Decreto n.º 869 de 18 de novembro de 1938, sob a ementa “Dos crimes contra a economia popular, sua guarda e seu emprego”, buscou afastar o que impede a regular economia do povo, os gananciosos e punir os monopólios, os artificios, as fraudes e o abuso contra a economia popular; usura⁵⁵⁵.

⁵⁵² HUNGRIA, Nelson. **Dos crimes contra a economia popular e das vendas à prestações com reserva de domínio**. Rio de Janeiro: Editora Livraria Jacinto, 1939, p. 5.

⁵⁵³ HUNGRIA, Nelson. **Dos crimes contra a economia popular e das vendas à prestações com reserva de domínio**. Rio de Janeiro: Editora Livraria Jacinto, 1939, p. 8.

⁵⁵⁴ HUNGRIA, Nelson. **Dos crimes contra a economia popular e das vendas à prestações com reserva de domínio**. Rio de Janeiro: Editora Livraria Jacinto, 1939, p. 9.

⁵⁵⁵ HUNGRIA, Nelson. **Dos crimes contra a economia popular e das vendas à prestações com reserva de domínio**. Rio de Janeiro: Editora Livraria Jacinto, 1939, p. 16.

3.3 A LEY DE LOS VAGOS⁵⁵⁶ O MALEANTES NA ESPANHA: O DIREITO PENAL COMO INSTRUMENTO DE DEFESA SOCIAL

A Lei com o título de *Estados peligrosos y medidas de seguridad*, popularizada como “*ley de los vagos o maleantes*”⁵⁵⁷, ao que tudo indica, foi uma das mais polêmicas criadas durante a Segunda República Espanhola. O contexto histórico e as ideias criminológicas do período colaboraram para a criação de uma lei de sanções sem delitos, bastava apenas que o indivíduo estivesse inserido no que se denominava como estado perigoso⁵⁵⁸.

A lei detinha um tom higienista, no sentido de afastar do espaço urbano aqueles que destoavam do projeto de cidade proposto pelo governo republicano, calcado na superação de algumas mazelas históricas vividas pela Espanha, tal como a mendicância, a prostituição, o rufianismo, a cafetinagem, os jogos de azar, entre outras condutas que deveriam ser prevenidas e, se necessário, tratadas, antes do cometimento de delitos.

Do mesmo modo, infere-se que a “*lei de vagos o maleantes*” era amplamente alicerçada e fundamentada no que os seus próprios autores denominavam de defesa social, pensado a sociedade quase como um organismo. Partindo dessa visão, o comando normativo afunilava-se na prevenção e no tratamento daqueles enquadrados como “*vagos ou maleantes*”, que, em grande parte, como será analisado, eram pessoas que não haviam conseguido se enquadrar na disciplina do mundo do trabalho, mola mestra do sistema capitalista.

Na busca de melhor elucidar a questão, buscou-se, inicialmente, apresentar o projeto de lei, posteriormente, as críticas ao projeto e as bases de sua reformulação, seguidas das razões e da justificativa da ementa e contexto de aprovação, tudo isso nas palavras do penalista espanhol Jiménez de Asúa, que após apresentar ferrenha crítica ao projeto, foi convidado, juntamente com Mariano Ruiz-Funes para o revisar, sendo que, após conseguirem incluir ~~contou com~~ algumas emendas, teve sua publicação em 05 de agosto do ano de 1933.

Portanto, considera-se um verdadeiro achado a obra de Jiménez de Asúa que reporta desde a criação à revisão e à aprovação da lei, bem como a obra do juiz Alfonso Rodriguez

⁵⁵⁶ ESPAÑA. Estados peligrosos y medidas de seguridad. Departamento: Presidencia del Consejo de Ministros. **Gaceta de Madrid**, n. 217, p. 874-875, 5 ago. 1933. Disponível em: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1933/217/A00874-00877.pdf>. Acesso em: 10 maio 2023.

⁵⁵⁷ Ao longo do trabalho, a referência da lei é usada: *ley de los vagos o maleantes*, em conformidade com todas as obras consultadas, que também a apresentam dessa forma. Não será feita a tradução do nome da lei ao longo do texto, optando-se por deixá-la na língua de origem, já que a tradução neste caso é bastante difícil, dado que a palavra vago pode ser traduzida como vagabundo ou vadio; e maleante, como malfeitor ou meliante. Pela semelhança que as duas palavras tem com palavras da Língua Portuguesa, a decisão é pela escrita dessa forma.

⁵⁵⁸ Sobre o **conceito aberto do positivismo criminológico** de “estado perigoso”, vale a pena o leitor analisar o que foi dito sobre o tema, quando da análise de Jimenez de Asúa, neste capítulo.

Dranguet⁵⁵⁹, que, junto com as demais fontes, espera-se que possam trazer informações pertinentes sobre a lei o período em estudo.

A “*ley de vagos o maleantes*” é fonte para o entendimento sobre as ideias penais que circulavam na Espanha na década de 1930, bem como para a análise da teoria da defesa social ali inserida como elemento-chave para compreensão do tema e resposta ao problema proposto na pesquisa. Para cumprir o objetivo proposto no trabalho, será utilizado o projeto da lei, as críticas a ele efetivadas, informações sobre a votação, e os desdobramentos da referida lei⁵⁶⁰.

3.4 DAS CRÍTICAS, CRIAÇÃO E APLICAÇÃO DA LEY DE VAGOS Y MALEANTES

Tratando de sua criação, a “*ley de vagos y maleantes*”, nas lições do penalista Jiménez de Asúa, seria uma lei de inusitada importância e de grande eficácia científica, muito embora tenha surgido quase sem preparação. De um projeto político e de ordem pública, arrima-se uma lei defensiva e biológica, que traz para a realidade jurídica a doutrina do estado perigoso⁵⁶¹.

Segundo Jiménez de Asúa, a lei foi bastante criticada durante a Segunda República⁵⁶², mas, em essência, a ideia principal era regular as condutas individuais e coletivas, colocando-as em harmonia com o novo regime baseado no texto constitucional, e contemplar as exigências do novo Estado Social⁵⁶³, nesse sentido:

[...] Os problemas que hoje preocupam a atenção social e que precisam ser enfrentados com firmeza são, por um lado, certos hábitos ilícitos e aquelas atividades ilegítimas que, por falta de uma determinação clara e precisa em nossas leis penais, que, de acordo com o critérios prevalecentes a data da sua promulgação, foram considerados mais como circunstâncias agravantes de responsabilidade do que como realidade objetiva que, dentro do que consiste o carácter negativo das infrações à normalidade jurídica, têm sem dúvida, e de resto, a consideração hoje inescusável em matéria penal da questão da atividade criminosa do infrator e o perigo social que tal atividade representa em contraste com o conceito mecânico de correspondência entre crime e

⁵⁵⁹ Juiz Espanhol, exilou-se em Cuba após a Guerra Civil Espanhola, e lá faleceu em 1954. Segundo Marcos Gonçalves, em artigo específico sobre o exílio de intelectuais em Cuba, afirma que Alfonso Rodriguez Dranguet colaborou com a revista cubana chamada: Nuestra España, que surgiu na década de 1930, juntamente com outros espanhóis que passaram a também colaborar com a revista notadamente contrária ao regime franquista.

⁵⁶⁰ Embora possa parecer que exista uma gama de obras sobre o assunto, as pesquisas na Universidade de Valência, Universidade de Santa Catarina, Universidade de São Paulo, e via internet, revelam a pequena bibliográfica sobre o tema.

⁵⁶¹ ASÚA, Luis Jiménez de. **Vagos y maleantes, Ley de 4 de agosto de 1933**. Código Penal reformado de 27 de octubre de 1932 y disposiciones penales de la república. Madrid: Editora Reus, 1934, p. 530.

⁵⁶² Embora já tenha sido tratado em momento interior, é importante salientar que a Segunda República foi o regime político entre 14 de abril de 1931, data da proclamação da mesma e da saída de Espanha do Rei Afonso XIII, e 1 de abril de 1939, data da vitória definitiva do general Francisco Franco na Guerra Civil Espanhola.

⁵⁶³ ASÚA, Luis Jiménez de. **Vagos y maleantes, Ley de 4 de agosto de 1933**. Código Penal reformado de 27 de octubre de 1932 y disposiciones penales de la república. Madrid: Editora Reus, 1934, p. 532.

punição relatado pela ciência criminal em tempos passados (Tradução Livre)
⁵⁶⁴.

Jiménez de Asúa, citando como exemplo a vacância, que até pouco tempo antes era considerada circunstância agravante em alguns delitos, refere-se à conduta como um hábito permanente/corriqueiro, obrigando-se a levá-la em consideração, para prevenir seus efeitos. Assevera o autor que, em tal momento, não se pode olhar para o crime adotando critérios objetivos, mas especial atenção deve ser dada ao delinquente e a suas atividades habituais⁵⁶⁵.

A lei de “*vagos o maleantes*”, para Asúa, trouxe as condutas a serem analisadas, de um lado, e de outro, as medidas de segurança a serem aplicadas aos delinquentes habituais. As medidas não seriam apenas uma proteção para a sociedade, mas para os próprios indivíduos, um estímulo à reintegração⁵⁶⁶.

Na mesma esteira, informa o autor que os princípios que permeavam os ideais de justiça do momento, eliminaram os menores da condição de delinquentes, de modo que não constam da lei, pois os que deveriam ser responsabilizados seriam os pais, que teriam falhado em seus deveres, produzindo em consequência os resultados negativos para todo o corpo social. Por essa razão, haveria uma legislação própria nesse sentido⁵⁶⁷.

Informa ainda Jiménez de Asúa que a minoria parlamentarista socialista, quando conheceu o projeto ficou alarmada, pois em épocas de oposição, em mãos conservadoras, poderia ser utilizada a lei contra os membros do partido. A lei se havia preocupado com a ordem pública, mas esquecido a defesa social no que atine à política, de modo a municiar os opositores que poderiam utilizar a defesa social em desfavor dos opositores⁵⁶⁸.

O projeto foi, então, repentinamente publicado da Gazeta de Madri, órgão oficial de publicações à época, para análise e, em meio às discussões, alguns membros da comissão da

⁵⁶⁴ No original: Problemas que preocupan hoy la atención social y que requieren ser acometidos con firmeza, son, de una parte, ciertos hábitos antijurídicos y aquellas actividades ilegítimas que por carecer de una determinación clara y precisa en nuestras leyes penales, que, de conformidad con el criterio predominante en la época en que foran promulgadas, más eran consideradas como circunstancias agravantes e la responsabilidad que como realidad objetiva que, dentro de lo que consiente el carácter negativo de las infracciones de la recta normalidad jurídica indudablemente revisten, y otra, la consideración, hoy inexcusable em materia penal, de la actividad delictuosa del infractor y del peligro social que tal actividad representa en contraposición al concepto mecánico de correspondencia entre delito y pena que informa la ciencia penal en tiempos pretéritos (ASÚA, 1934, p. 533).

⁵⁶⁵ ASÚA, Luis Jiménez de. **Vagos y maleantes, Ley de 4 de agosto de 1933**. Código Penal reformado de 27 de octubre de 1932 y disposiciones penales de la república. Madrid: Editora Reus, 1934, p. 533.

⁵⁶⁶ ASÚA, Luis Jiménez de. **Vagos y maleantes, Ley de 4 de agosto de 1933**. Código Penal reformado de 27 de octubre de 1932 y disposiciones penales de la república. Madrid: Editora Reus, 1934, p. 534.

⁵⁶⁷ ASÚA, Luis Jiménez de. **Vagos y maleantes, Ley de 4 de agosto de 1933**. Código Penal reformado de 27 de octubre de 1932 y disposiciones penales de la república. Madrid: Editora Reus, 1934, p. 535.

⁵⁶⁸ ASÚA, Luis Jiménez de. **Vagos y maleantes, Ley de 4 de agosto de 1933**. Código Penal reformado de 27 de octubre de 1932 y disposiciones penales de la república. Madrid: Editora Reus, 1934, p. 552.

Presidência teriam pedido a Jiménez de Asúa que redigisse um informe crítico sobre o projeto. Como o prazo era pequeno, teria então ele buscado a ajuda do professor Manuel López-Rey e, dessa forma, redigiram conjuntamente a requisição feita⁵⁶⁹.

Analisando o projeto, teriam os dois autores informado a difícilíssima tipificação do que seria de “*mala vita*” – um verdadeiro conceito jurídico indeterminado, pois seria um conceito muito amplo, dado o fato de, nas grandes cidades, as várias “más vidas existiriam”, e novas condutas surgiriam de maneira muito mais célere do que a lei conseguiria abarcar⁵⁷⁰.

Se era o objetivo fazer uma lei atrevida e forte, o projeto deveria contemplar o conceito de vagabundo e meliante, baseando-se no conceito de estado perigoso, justificando, assim, a existência de uma pena ou medida de segurança, tendo em vista a temibilidade do sujeito, tanto no que tange ao que ele poderia cometer, como em relação ao que já cometera⁵⁷¹.

Entre as críticas feitas ao projeto por Asúa e Manuel López-Rey está a consideração de faltas no que tange à reincidência. Em crítica pontual ao artigo 2.º do projeto de lei, assim se verificava:

[...] Estão também sujeitos a esta lei os reincidentes ou reincidentes habituais em factos puníveis com falta⁵⁷² no Código Penal ou nas leis especiais em vigor. Entende-se por reincidente habitual aquele que, no prazo de dois anos, tiver sofrido três condenações por faltas puníveis no mesmo capítulo do Livro III do Código Penal ou em leis especiais, e o reincidente que tiver sofrido quatro condenações no mesmo prazo, por atos culposos⁵⁷³. (tradução livre)

O autor afirma que nunca as faltas, em geral, teriam gerado efeitos de reincidência, muito menos ter-se-ia o capítulo no livro III e, sim, títulos, reforçando que o conceito jurídico de habitualidade havia sido destroçado pela comissão que havia elaborado a lei⁵⁷⁴.

Acredita, também, ser absurdo o fato que a quebra de uma medida de segurança seja considerada reincidência, informação que passou a integrar o artigo 9.º do projeto: A infração

⁵⁶⁹ O texto do projeto será anexo.

⁵⁷⁰ ASÚA, Luis Jiménez de. **Vagos y maleantes, Ley de 4 de agosto de 1933**. Código Penal reformado de 27 de octubre de 1932 y disposiciones penales de la república. Madrid: Editora Reus, 1934, p. 553.

⁵⁷¹ ASÚA, Luis Jiménez de. **Vagos y maleantes, Ley de 4 de agosto de 1933**. Código Penal reformado de 27 de octubre de 1932 y disposiciones penales de la república. Madrid: Editora Reus, 1934, p. 553.

⁵⁷² Na Espanha, utiliza-se o termo faltas para delitos de menor potencial ofensivo, e também o termo crimes para os demais.

⁵⁷³ No original: También quedan sometidos a esta ley los reincidentes o reiterantes habituales em hechos penados com faltas em el Código Penal o em las leys especiales vigentes. Se entiende por reincidente habitual al que, dentro del término de dos años, haya sufrido tres condenas por faltas penadas em el mismo capítulo del libro III del Código Penal o en leyes especiales, y por reiterante el que dentro del mismo período haya sufrido cuatro condenas por hechos constitutivos de falta (ASÚA, 1934, p. 555).

⁵⁷⁴ ASÚA, Luis Jiménez de. **Vagos y maleantes, Ley de 4 de agosto de 1933**. Código Penal reformado de 27 de octubre de 1932 y disposiciones penales de la república. Madrid: Editora Reus, 1934, p. 556.

a medidas de segurança decretadas se presumiria reincidência, salvo prova em contrário⁵⁷⁵. Todavia, existiam partes do projeto consideradas pelo autor ainda mais inadmissíveis, tal como o artigo 10 do projeto:

[...] Art.10 Os indivíduos incluídos nessa lei, tendo em vista a natureza do fato criminoso e o histórico de sua conduta, poderão ser privados da guarda e educação dos filhos menores, sem prejuízo da obrigação de fornecer-lhes alimentos. Se tiverem bens ou rendimentos, podem ser declarados pródigos, nos termos do Código civil. (tradução livre)⁵⁷⁶

Advoga o autor que é inconcebível a forma pela qual o projeto de lei apresenta a prodigalidade, pois o Código Civil à época o conceituava como aquele que desperdiça todos seu dinheiro em coisas vãs e inúteis. Critica ainda o projeto, no artigo acima, dizendo que o mesmo faz transparecer que se quer a execução de atos de maneira caprichosa, sem qualquer fundamentação idônea, concluindo que a prodigalidade, da maneira que era expressa no projeto, estava muito mais relacionada com uma expropriação de bens, do que com a lei civil que a fundamenta.

O projeto, até o artigo 13, dedicava-se exclusivamente às condutas. Na sequência, já no artigo 14, tem início o capítulo II, que tange ao procedimento, podendo ser entendido como um procedimento sumário, já que priva o réu da possibilidade de recursos, assim como prevê que o silêncio do réu poderia ser substituído pela declaração das testemunhas:

[...] Art. 17 O réu será interrogado sobre os fatos que motivaram a denúncia ou que determinaram, no seu caso, a formação de peça autónoma, e sobre a sua identidade pessoal, situação, profissão, antecedentes e modo de vida nos últimos cinco anos, consignando circunstancialmente as respostas que deu. O interrogado assinará sua declaração, após leitura e concordância, em todas as suas páginas. Se ele se recusar a assinar, o motivo da recusa será registrado e duas testemunhas que assinarão a declaração. (tradução livre)⁵⁷⁷

O artigo citado iria contra toda e qualquer sistema processual vigente no momento, já que, de maneira sub-reptícia obriga o réu a falar, pois se não fala, deverão testemunhas afirmar

⁵⁷⁵ No original: La infracción de las medidas de seguridad decretadas se presumirá reincidencia, salvo prueba en contrario (ASÚA, 1934, p. 541).

⁵⁷⁶ No original: Art. 10 Los individuos comprendidos en la presente ley, habida cuenta de naturaliza del hecho delictivo y de los antecedentes de su conducta, podrán ser privados de los derechos de guarda y educación sobre sus hijos menores de edad, sin perjuicio de la obligación de suministrarles los alimentos procedentes. Si tuviesen bienes o rentas podrán ser declarados pródigos, a tenor de lo dispuesto en el Código Civil (ASÚA, 1934, p. 542).

⁵⁷⁷ No original: Art. 17 El prevenido será interrogado sobre los hechos que motiven la denuncia o haygan determinado, en su caso, la formación de pieza separada, y sobre su identidad personal, estado, profesion., antecedentes y manera de vivir durante los cinco años anteriores, consignándose circunstancialmente las respuestas que diese. El prevenido firmará su declaración. Después de leída y hallada conforme, em todas sus hojas. Si se negase a firmar, se hará constar la causa de la negativa, y suscribirán la declaración dos testigos (ASÚA, 1934, p. 546).

seu silêncio e, para além de tudo, o escrivão é destituído de sua fé pública, já que as testemunhas devem assinar e não existe a previsão de o escrivão certificar.

Para o autor, o projeto, para ser eficaz e científico, deveria ser totalmente reformulado, justamente pela falta de contraditório que haveria na lei, e seus erros, seja conceituais, ou no sentido de aplicação das medidas a qualquer custo, seriam incompatíveis com o sistema processual vigente na Espanha à época.

Portanto, surge a proposta de uma nova redação, baseada nas críticas feitas pelos autores. Os socialistas — que integravam a oposição minoritária — teriam, então, designado Jiménez de Asúa para a tarefa, e o Governo indicou a Mariano Ruiz-Funes, encomendando que com extrema pressa fizessem as modificações⁵⁷⁸.

Com a redação de Asúa e Ruiz-Funes, o Artigo primeiro, que outrora apresentava apenas o termo vago, passou a dispor dos conceitos que seriam abarcados pela lei: “Art. 1.º Estão submetidos às prescrições legais da presente lei os vagabundos e meliantes, maiores de 18 anos, que habitam o território nacional”⁵⁷⁹.

Da mesma forma, de acordo com o já dito sobre Jiménez de Asúa em capítulo anterior, o projeto reescrito apresenta a figura do estado perigoso:

Artigo 2. Podem ser declarados em estado de periculosidade e sujeitos às medidas de segurança dessa lei: 1.º Os vagabundos de sempre. 2.º Rufiões e cafetões. 3.º Os que não justifiquem, quando legitimamente obrigados a fazê-lo, a posse ou proveniência do dinheiro ou bens que estejam na sua posse ou que tenham entregue a outrem para seu investimento ou guarda. 4.º Os que vivem da mendicância de outros ou exploram menores; 5.º Aqueles que exploram jogos proibidos; 6.º Os bêbados habituais e viciados em drogas; 7.º Traficantes de substâncias de comércio ilícito. 8.º Os que ocultam o seu nome real, disfarçam a sua personalidade ou ocultam seu endereço e os que utilizam ou possuem documentos de identidade falsos, ou ocultam os seus. 9.º Estrangeiros que infringam ordem de expulsão do território nacional. 10. Os que observarem condutas reveladoras de tendência para o crime, manifestadas por relações regulares com delinquentes e pessoas de baixa renda, por frequentarem locais de reunião de bandidos ou casas clandestinas de jogos proibidos, ou pelo cometimento reiterado de faltas policiais (tradução livre).⁵⁸⁰

⁵⁷⁸ ASÚA, Luis Jiménez de. **Vagos y maleantes, Ley de 4 de agosto de 1933**. Código Penal reformado de 27 de octubre de 1932 y disposiciones penales de la república. Madrid: Editora Reus, 1934, p. 559.

⁵⁷⁹ No original: 1. Quedan submetidos a las prescripciones de la presente ley los vagos y maleantes, mayores de dieciocho años, que habiten en territorio español (ASÚA, 1934, p. 560).

⁵⁸⁰ No original: Art. 2º. Podrán ser declarados em estado peligroso y sometidos a las medidas de seguridad de la presente ley: 1º. Los vagos habituales. 2º. Los Rufianes y proxenetas. 3º. Los que no justifiquen, cuando legitimamente fueren requeridos para ello, la posesión o procedencia del dinero o efectos que se hallaren em su poder o que hubieren entregado a otros para su inversión o custodia. 4º. Los que vivan de la mendicidad ajena o exploten a menores de edad; 5ª. Los que exploten juegos prohibidos; 6º. Los ebrios y toxicómanos habituales; 7º. Los traficantes e(n) efectos o substancia de ilícito comercio. 8º. Los que ocultare(n) su verdadero nombre, disimularen su personalidad o falsearen su domicilio y los que usaren o tuvieren documentos de identidad falsos,

Dessa forma, além de deixar um rol mais taxativo sobre quem poderia ser enquadrado como “vagos e maleantes”, os reformadores também inseriram nos ditames da lei uma prescrição mais coerente sobre todos aqueles que fossem reincidentes, destacando que essa condição apenas se configurava com a prática de e delitos, e não pelo simples descumprimento de medidas de segurança (em faltas), sendo certo que, da mesma forma, exigia, para sua configuração típica, que a todos aqueles acusados se presumisse habitualidade⁵⁸¹.

No capítulo II do projeto, foram discriminadas as medidas de segurança, que estavam relacionadas à internação para o trabalho, e também as internações indeterminadas: “*Art. 4.º 2.º Internado en un establecimiento de custodia, por tempo indeterminado, no inferior a un año y que no podrá exceder de cinco años. 3ª. Asilamiento curativo por tempo absolutamente indeterminado*”⁵⁸².

O projeto reformulado apresenta a aplicação de medidas de segurança diferentes, a saber: aos vagos habituais, deveria haver a obrigação de residir em local determinado, internação em estabelecimentos de trabalho, submissão à vigilância de delegados; aos rufiões e prostitutas, deveria haver a internação em estabelecimentos de trabalho, proibição de residir em lugar determinado do território, submissão à vigilância; aos que explorassem jogos proibidos, deveriam ser internados em estabelecimentos de trabalho, submissão à vigilância de delegados e pagamento de multas; aos ébrios e toxicômanos habituais seria a internação curativa; aos traficantes, vigilância e multa; aos que ocultarem a identidade haveria então multa, obrigação de declarar domicílio e submissão à vigilância de delegados.

Os estrangeiros que se enquadrassem nas tipificações legais, segundo o artigo 6.º item 8⁵⁸³ da lei, seriam expulsos do território nacional, não havendo previsão para aplicação de outras medidas previstas na lei. Como uma garantia contra abusos, a declaração de estado perigoso deveria ser feita pelo juiz, nas formas do projeto reformulado:

[...] Art. 14 O Juiz colherá as provas e ouvirá novamente o suposto perigoso no prazo improrrogável de dez dias, e nos três dias seguintes despachará definindo a categoria de periculosidade do sujeito e a medida ou medidas de segurança que lhe sejam aplicáveis, ou em aquele que declarar improcedente

u ocultare(n) los propios. 9º. Los extranjeros que quebranten una orden de expulsión del territorio nacional. 10. Los que observen conducta reveladora de inclinación al delito, manifestada por el trato asiduo co(n) delincuentes y personas de mal vivir, por la frecuentación de lugares donde se reúnan maleantes o de casas clandestinas de juegos prohibidos, o por la Comisión reiterada y frecuente de faltas policiales (ASÚA, 1934, p 561).

⁵²⁸ Tradução do artigo.

⁵⁸² ASÚA, Luis Jiménez de. **Vagos y maleantes, Ley de 4 de agosto de 1933**. Código Penal reformado de 27 de octubre de 1932 y disposiciones penales de la república. Madrid: Editora Reus, 1934, p. 562.

⁵⁸³ Art. 6º, item 8, Los extranjeros peligrosos serán expulsados del territorio nacional y cuando quebrantaren la orden de expulsión, serán internados en un establecimiento de custodia por un año.

a denúncia de periculosidade. A resolução do Juiz será notificada à pessoa declarada perigosa e ao Ministério Fiscal (Ministério Público), no dia seguinte à sua publicação⁵⁸⁴.

Após a nova redação dada, a Comissão da Presidência aceitou-a sem modificações e a apresentou às cortes, com o preâmbulo escrito por Mariano Ruiz-Funes, com importantes constatações, entre elas a sua definição de periculosidade:

[...] As categorias de sujeitos perigosos são especificadas com base em atividades antissociais e imorais e têm um denominador comum: o horror regular do trabalho e a vida parasitária à custa do esforço dos outros. Figura em primeiro lugar no Projeto a dos vagabundos habituais, ou seja, os sujeitos que não trabalham porque não querem e revelam com sua vadiagem um índice de medo e perigo. Junto com eles estão aqueles que vivem do esforço alheio: como rufiões e proxenetas que se sustentam do tráfico ilícito de mulheres ou dos lucros que obtêm com a prostituição⁵⁸⁵ (tradução livre).

O debate parlamentar sobre a lei teve lugar na sessão do dia 26 de julho de 1933, sem que ninguém inicialmente tomasse a palavra para falar sobre o projeto. Posteriormente, foram propostas algumas alterações, a saber: no artigo primeiro foi inserida a expressão “ambos os sexos” para que houvesse a aplicação da lei, assim como no artigo 4.º. Outra alteração inserida determinava que as internações poderiam ser em colônias agrícolas.

Sabendo das alterações e emendas que foram feitas no projeto, em decorrência da atuação do sr. Elola, escreveu o autor que poucas transformações no projeto eram úteis e que a maioria delas eram simplesmente desgraçadas, e que desejava ter sido ele o membro da comissão da Presidência a ditar a lei na comissão de justiça, pois muitas reformas não teriam passado, ou mesmo que aprovadas seriam mais superficiais⁵⁸⁶.

Assevera o autor que este é o caso típico de um improviso, e que não se legisla dessa forma, pois uma lei deve ser habilidosamente estudada, com o tempo devido, e quando for enviada ao parlamento, deveria ser defendida de todas emendas e reformas. Nas palavras do autor:

⁵⁸⁴ No original: Art. 14 El Juez practicará las pruebas y oirá nuevamente al presunto peligroso en un plazo improrrogable de diez días, y en los tres siguientes dictará resolución en la que se defina la categoría peligrosa del sujeto y la medida o medidas de seguridad que le son aplicables, o e(n) la que declare infundada la denuncia de peligrosidad. La resolución del Juez se notificará al declarado peligroso y al Ministerio fiscal, al siguiente día de dictada (ASÚA, 1934, p. 570).

⁵⁸⁵ No original: Las categorías de sujetos peligrosos quedan precisadas a base de actividades antisociales e inmorales y tienen un denominador común: el horror regular al trabajo y la vida parasitaria a costa del esfuerzo ajeno. Figura e(n) primer lugar e(n) el Proyecto la de los vagos habituales, es decir, los sujetos que no trabajan porque no quieren y revelan co(n) su vagancia u(n) índice de temibilidad y de peligrosidad. Junto a ellos se incluyen los que viven del esfuerzo ajeno: como los rufianes y proxenetas que se sustentan del tráfico ilícito de mujeres o de ganancias que éstas obtienen co(n) la prostitución (ASÚA, 1934, p. 574).

⁵⁸⁶ ASÚA, Luis Jiménez de. **Vagos y maleantes, Ley de 4 de agosto de 1933**. Código Penal reformado de 27 de octubre de 1932 y disposiciones penales de la república. Madrid: Editora Reus, 1934, p. 589.

[...] Essa lei de periculosidade nasceu inesperadamente; Com a máxima urgência tivemos que redigi-la, e em uma única sessão parlamentar ele sofreu profundas transformações. Repetimos que assim não pode ser legislado. O Governo tem à sua disposição técnica um organismo de responsabilidade científica: a Comissão de Assessoramento Jurídico. Se lhe tivesse sido confiado com tempo a redação deste Projeto e depois lhe tivessem defendido na Câmara homens com vocação penalista, a estrutura e os preceitos da lei seriam outros⁵⁸⁷ (tradução livre).

Assim, apesar de todas as questões e reclamos acima expostos por Asúa, deve-se reconhecer a lei restou aprovada com maior precisão e garantia em termos de direitos individuais, graças às paredes levantadas por Jiménez de Asúa e Mariano Ruiz-Funes. Por outro lado, é forçoso reconhecer se tratar autenticamente de uma lei sobre perigosidade sem delito, tornando realidade a doutrina dualista de Jiménez de Asúa de um sistema dualista de códigos, relacionado ao Direito protetor dos delinquentes. [NÃO SERIA O CASO de inserir nota lembrando/esclarecendo o sistema dualista de códigos do autor, com as devidas referência/citações ?] Entendia o autor que, mesmo que ainda estivesse longe de seus ideais, seria tal legislação um primeiro passo.

Adverte o autor que, quando da publicação da lei, havia informações que ela alcançaria cerca de 600 mil pessoas em Barcelona, o que causava grande preocupação, uma vez que não se poderia ousar aplicar a lei por analogia ou interpretação extensiva, não podendo ser declarados perigosos além daqueles sujeitos aqueles que estivessem precisados na lei⁵⁸⁸.

Afirma, ainda, o autor que a lei em questão deveria ser entendida como uma lei de defesa social biológica, e não como um atentado ao liberalismo, ou escolha pela ditadura. Para Asúa, não existiria na lei em tela uma escolha entre o regime liberal e o autoritário, mas deveria se ter a compreensão de que o Direito Penal estaria no meio dessa amplo duelo entre autoritarismo e liberalismo⁵⁸⁹.

Afonso Rodriguez Draguet entende que é necessário, em Espanha, primeiramente analisar a periculosidade, na doutrina, para melhor se entender o contexto da lei de Vagos y Maleantes, de modo que, iniciando com a Escola Clássica, existiria um estado perigoso

⁵⁸⁷ No original: Esta ley de peligrosidad nació de improviso; co(n) apremios máximos hubimos de redactarla, y e(n) una sola sesión parlamentaria sufrió hondas transformaciones. Repítanos que así no se puede legislar. El Gobierno tiene a tu disposición técnica un organismo de responsabilidad científica: la Comisión Jurídica Asesora. Si se le hubiere confiado con tempo la redacción de este Proyecto y Después le hubiésemos defendido e(n) la Câmara hombres de vocación penalista, otra seria la estructura y otros los preceptos de la ley (ASÚA, 1934, p. 590).

⁵⁸⁸ ASÚA, Luis Jiménez de. **Vagos y maleantes, Ley de 4 de agosto de 1933**. Código Penal reformado de 27 de octubre de 1932 y disposiciones penales de la república. Madrid: Editora Reus, 1934, p. 597.

⁵⁸⁹ ASÚA, Luis Jiménez de. **Vagos y maleantes, Ley de 4 de agosto de 1933**. Código Penal reformado de 27 de octubre de 1932 y disposiciones penales de la república. Madrid: Editora Reus, 1934, p. 601.

individual que requereria leis para sua correção, e essas deveriam ser aplicadas pelo legislador diante do arbítrio judicial⁵⁹⁰.

Nessa toada, o Regime Republicano em 26 de julho de 1936 rompeu com os anseios da Escola Clássica e do Direito Penal então vigente, mas advertência deve ser feita, pois aplicar o conceito de Escola Clássica é muito complexo, dado o fato de sua dimensão. Melhor seria então, falar-se de uma tendência moral, utilitária e eclética, portadora de um método especulativo⁵⁹¹.

Analisa, então, o autor que a divulgação dos ideais da Escola Clássica, desde Beccaria, provocou uma forte reação contra os abusos medievais, buscando sempre o foco na liberdade, tendo com primeiro fator a delimitação precisa do delito, e como consequência, seria apenas delinquente aquele que tivesse infringido a norma penal; por causa dos abusos penais seja do príncipe, do delegado ou do juiz, era visto com horror o livre-arbítrio judicial. Dessa forma, para os Clássicos, não existia o perigoso, mas se analisaria o crime para o julgamento do réu. Por todas essas razões, não se enquadra bem a tal pensamento a luta contra o crime sem que ele previamente ocorresse⁵⁹².

A aceitação do estado perigoso – segundo Afonso Dranguet - decorreria do advento das concepções criminológicas dos correccionalistas e positivistas. Nesse sentido argumenta:

[...] Nossos homens de ciência realmente marcharam em sintonia com o progresso penal. Os correccionalistas foram F. Giner, Romero Girón, Lastres e Aramburo, que acolheram com entusiasmo as ideias de Roder, e vieram com Giner pedir a abolição da pena de morte, da pena indeterminada, dos substitutos penais. Giner escreve: “Se o delinquente sente essa penalidade como ruim ou boa, dependerá apenas do estado de seu espírito, do temperamento moral de seus sentimentos, se ele conhece melhor ou pior seu verdadeiro interesse (...) (tradução livre)⁵⁹³

Afirma o autor que, em 1910, em um Congresso em Bruxelas, o penalista Garçon teria dado importante lição sobre o tema, informando que o estado perigoso, não ficasse apenas sobre

⁵⁹⁰ DRANGUET, Afonso. **Defensa social tratamiento de los peligrosos, legislación de vagos e maleantes, ley e reglamento**. Biblioteca de Derecho, Sociología y Política. Madri: Editora Góngora, 1935, v. 14, p. 7.

⁵⁹¹ DRANGUET, Afonso. **Defensa social tratamiento de los peligrosos, legislación de vagos e maleantes, ley e reglamento**. Biblioteca de Derecho, Sociología y Política. Madri: Editora Góngora, 1935, v. 14, p. 7.

⁵⁹² DRANGUET, Afonso. **Defensa social tratamiento de los peligrosos, legislación de vagos e maleantes, ley e reglamento**. Biblioteca de Derecho, Sociología y Política. Madri: Editora Góngora, 1935, v. 14, p. 10.

⁵⁹³ Tradução livre: Nuestros hombres de ciencia en realidad marcharon a compás del progreso penal. Correccionalistas fueron F. Giner, Romero Girón, Lastres Y Aramburo, que acogieron con entusiasmo las ideas de Roder, Y llegan con Giner a pedir la supresión de la pena de muerte, la sentencia indeterminada, los substitutivos penales. Giner escribe: “Que el delincuente sienta esta pena como un mal o como un bien, dependerá tan solo del estado su espíritu, del temple moral de sus sentimientos, de que conozca mejor o peor su verdadero interés” (...) (DRANGUET, 1935, p. 14).

o arbítrio do juiz, mas que fossem criadas leis sobre o tema, tendo em conta, assim, elementos objetivos e subjetivos para sua detecção⁵⁹⁴.

Em 1933, a legislação penal espanhola ainda não havia reconhecido o problema do estado perigoso, visto que, apenas alguns artigos do Código Penal tratavam da loucura, da vadiagem, da embriaguez e da reincidência, esporadicamente, e apenas como forma de agravar a pena. Era necessária uma nova legislação para transformar o homem inútil em útil; o doente em são; não temendo a lei, mas desejando-a, pois a pena não seria o único antídoto contra o delito⁵⁹⁵.

Dessa forma, teria sido importante romper com o pensamento da Escola Clássica, trazendo a possibilidade de não apenas ter o delito como foco de análise, mas também incluir o sujeito que comete o crime, e a possibilidade de proteção e defesa da sociedade como centro de estudos e reflexões, inclusive com a finalidade de buscar sua correção.

Quando foi publicado o projeto na “Gaceta”, em 25 de abril de 1923, o projeto da Ley de Vagos y Maleantes, tratava-se de um projeto mais biológico e defensivo, precedido de um preâmbulo, no qual se afirmava que a demora na reforma penal não iria afetar a atenção a certos costumes antijurídicos, carecedores de clareza e precisão na legislação penal vigente. Além do preâmbulo, o projeto ainda contava, em sua primeira parte, com a descrição das condutas e uma segunda parte, com o procedimento a ser adotado⁵⁹⁶.

Fazendo todo um palmilhar em relação às críticas celebradas por Jiménez de Asúa e o auxiliar de sua cátedra, Manuel López Rey, entendeu Afonso Dranguet que o maior defeito do projeto, para além do criticado por Asúa, foi a falta do devido reconhecimento do estado perigoso, abandonando-se a prevenção, buscando-se em vão inserir as figuras do delito, inserindo, da mesma forma, medidas de segurança tênues, que não atenderiam nem à correção do criminoso nem à defesa da sociedade⁵⁹⁷.

Tratava-se, na visão de Asúa e López Rey, de um projeto ainda preso ao modelo penal clássico para definir a vadiagem, tratando-se de um projeto muito modesto, não havendo uma concatenação clara de ideias com a Psiquiatria e com a Antropologia e com um conceito de

⁵⁹⁴ DRANGUET, Afonso. **Defensa social tratamiento de los peligrosos, legislación de vagos e maleantes, ley e reglamento**. Biblioteca de Derecho, Sociología y Política. Madri: Editora Góngora, 1935, v. 14, p. 15.

⁵⁹⁵ DRANGUET, Afonso. **Defensa social tratamiento de los peligrosos, legislación de vagos e maleantes, ley e reglamento**. Biblioteca de Derecho, Sociología y Política. Madri: Editora Góngora, 1935, v. 14, p. 20.

⁵⁹⁶ DRANGUET, Afonso. **Defensa social tratamiento de los peligrosos, legislación de vagos e maleantes, ley e reglamento**. Biblioteca de Derecho, Sociología y Política. Madri: Editora Góngora, 1935, v. 14, p. 18.

⁵⁹⁷ DRANGUET, Afonso. **Defensa social tratamiento de los peligrosos, legislación de vagos e maleantes, ley e reglamento**. Biblioteca de Derecho, Sociología y Política. Madri: Editora Góngora, 1935, v. 14, p. 189.

tutela tímido. Sua transcendência jurídica não seria diferente do que a das leis especiais existentes na época na Espanha, como a de explosivos e de contrabando.

O projeto ainda desconfiava do juiz, o que o impediria de resolver prontamente as questões postas, com a rapidez que deveria ser a meta de tal procedimento. Para Afonso Dranguet, para colocá-lo em prática, seria necessária a especialização de juízes, somada a uma unificação de doutrina sobre o tema, bem como a adoção de condutas comuns pelos magistrados, auxiliados por profissionais de múltiplos saberes sociais, tais como antropólogos e biólogos, somados ao empenho de delegados que atendessem e prestassem ajuda ao perigoso. Caberia ao juiz entender quando delinquente perigoso deveria ser liberto, ao invés de criação e da repetição de velhas normas de castigos, sendo o único mérito do projeto sua brevidade, 30 artigos⁵⁹⁸.

Em meio a tão nebuloso projeto – segundo Afonso Dranguet — Asúa não apenas prestou um serviço à Justiça, mostrando sua desconformidade com o projeto primitivo, que, em solidariedade a ele o projeto foi retirado de pauta e colocado então em discussão outra versão, redigida por ele, e por Ruiz Funes, que a comissão da Presidência endossou e apresentou às cortes⁵⁹⁹.

O projeto reformulado então pelos dois penalistas, estabelecia várias categorias de estado perigoso, uma sem delito, e outras com delito, trazendo também um importante preâmbulo explicativo que é atribuído a Ruiz Funes, e que não existia na primeira publicação⁶⁰⁰.

[...] Os constituintes honraram-se com a promulgação da Lei dos Vagabundos e Meliantes, o que só pode irritar os excessivamente apegados à tradição do conceito clássico de punição e produzir certo espanto entre os partidários da velha escola liberal. Não; a lei não subverte os antigos princípios *nullum crimen sine lege, nulla poena sine previa lege*, porque não é crime nem pena. O louco, na Medicina, está isolado; o perigoso é reduzido, para corrigi-lo e defender a sociedade de seus supostos ataques⁶⁰¹ (tradução livre).

⁵⁹⁸ DRANGUET, Afonso. **Defensa social tratamiento de los peligrosos, legislación de vagos e maleantes, ley e reglamento**. Biblioteca de Derecho, Sociología y Política. Madri: Editora Góngora, 1935, v. 14, p. 190.

⁵⁹⁹ DRANGUET, Afonso. **Defensa social tratamiento de los peligrosos, legislación de vagos e maleantes, ley e reglamento**. Biblioteca de Derecho, Sociología y Política. Madri: Editora Góngora, 1935, v. 14, p. 191.

⁶⁰⁰ DRANGUET, Afonso. **Defensa social tratamiento de los peligrosos, legislación de vagos e maleantes, ley e reglamento**. Biblioteca de Derecho, Sociología y Política. Madri: Editora Góngora, 1935, v. 14, p. 191.

⁶⁰¹ No original: Las constituyentes se honraron al pergeñar la Ley de Vagos y maleantes, que únicamente puede molestar a los excesivamente apegados a la tradición sobre el concepto clásico de pena y producir cierto asombro entre los partidários de la vieja esculla liberal. No; la ley no subvierte los antiguos principios *nullum crimen sine lege, nulla poena sine previa lege*, porque no se trata ni de crímenes ni de penas. Al loco, en Medicina, se le aísla; al peligroso se le reduce, para corregirlo y defender la sociedad de sus presuntas acometidas (DRANGUET, 1935, p. 212).

As reformas introduzidas no projeto original por Asúa e Ruiz-Funes são carregadas de um critério individualizador, fornecendo ao magistrado hipóteses e presunções, o juiz teria, então, que mergulhar na possível periculosidade para melhor compreender qual a devida medida a ser atribuída.

Ao contrário do sentimento de revolta expresso por Asúa, afirmado anteriormente, Dranguet afirma que as reformas de 26 de julho de 1933 foram leves, foram intervenções do Magistrado do Tribunal Supremo, Sr. Elola⁶⁰². Assim, foi sugerido que se adicionasse um parágrafo à lei, em seu primeiro artigo, inserindo os menores sujeitos, às prescrições da lei, sendo de grande valia, já que da mesma forma que os adultos, **os menores no predelituais, vicioso, enfermo e meliante** seja atendido e tratado com procedimentos suaves e exemplares⁶⁰³.

O número 4.º do artigo 2, que compreendia a mendicidade própria ou individual, sendo “los que vivian de la mendicidade ajena o exploren menores de edad”, quedou redigido da seguinte forma: “*Los mendigos profesionales y los que vivan de la mendicidad ajena o exploten a menores de edad, a enfermos mentales o lisiados.*” A inserção foi proveitosa, já que possibilitou punir a massa de jogadores e de pessoas que vivem da sensibilidade alheia, inclusive daqueles que se aproveitavam de pessoas com graves problemas mentais⁶⁰⁴.

O número 7 do artigo 2.º não foi benéfico, já que fez a modificação da legislação, inserindo os traficantes, mas não como perigosos:

[...] A reforma do número 7º do artigo 2º do próprio projeto de lei foi lamentável, que incluía "traficantes de substâncias ilícitas", esse parágrafo desapareceu de da lei e foi substituído por "quem fornecer vinho ou bebidas a menores de quatorze anos em locais públicos ou educativos e que favoreçam a sua embriaguez habitual", qualificando tais traficantes perigosos em efeitos ilícitos ou perigosos no Capítulo III, que trata da aplicação de medidas de segurança, mas sem tê-los classificado como perigosos, e não fixando quais medida de segurança, deveriam ter sidos os traficantes qualificados como perigosos e medidas de segurança específicas impostas aos favorecedores do vício da embriaguez⁶⁰⁵ (tradução livre).

⁶⁰² DÍAZ-VARELA, Francisco Javier Elola y. **Monforte de Lemos (Lugo), 22.IX.1877 – Barcelona, 12.V.1939.** Jurista, deputado a Cortes, fiscal general de la República y presidente de la Sala III del Tribunal Supremo. Real Academia de La Historia. Disponível em: <https://dbe.rah.es/biografias/60262/francisco-javier-elola-y-diaz-varela>. Acesso em: 10 maio 2023.

⁶⁰³ DRANGUET, Afonso. **Defensa social tratamiento de los peligrosos, legislación de vagos e maleantes, ley e reglamento.** Biblioteca de Derecho, Sociología y Política. Madri: Editora Góngora, 1935, v. 14, p. 213.

⁶⁰⁴ DRANGUET, Afonso. **Defensa social tratamiento de los peligrosos, legislación de vagos e maleantes, ley e reglamento.** Biblioteca de Derecho, Sociología y Política. Madri: Editora Góngora, 1935, v. 14, p. 214.

⁶⁰⁵ No original: Fue desgraciada la reforma del número 7º del propio artículo 2º del proyecto, que comprendía a “los traficantes en efectos substancias de ilícito comercio”, inciso desaparecido de tal lugar em la ley y sustituido por el de “los que suministren vino o bebidas a menores de catorce años e(n) lugares públicos o educativos y

Foi também modificado o artigo 4.º da lei, que estabelecia como medida de segurança o internamento em estabelecimento de trabalho, por, no máximo, um ano, ampliando-se para três anos, de modo que o período poderia ser curto. De outro lado, como na lei não é taxativo o período, ele pode ser menor, até mesmo inferior a um ano, o tempo de duração de uma medida, depende muito do tempo de correção que o agente leva para responder a defesa social, se persistir em seu caráter danoso e perigoso, a medida deve persistir. Informa, ainda, que, na Argentina, havia projeto do mesmo cunho de duração indeterminada⁶⁰⁶.

No que tange a medidas acertadas, a inserção do artigo 4.º, número 9, consiste na apreensão e na perda de valores em favor do Estado. Essa medida é muito importante, pois o legislador impôs ao delituoso que comprovasse a posse legítima do dinheiro e bens diversos que estivessem em seu poder, que poderiam estar relacionados a algum comércio ilícito⁶⁰⁷.

Inadequado, também, segundo a detalhada análise de Afonso Dranguet, foi o posicionamento do inciso d) do número 6 do artigo 6.º da lei, pois se trata de medida de segurança aplicável no caso de traficantes, sendo “*prohibición para el ejercicio de determinada industria, comercio o profesión*”. Concorda se tratar de uma medida legítima e necessária, todavia, deveria ter sido incluída no capítulo 4.º como sendo uma das que poderiam ser aplicadas nos tribunais. Esses vícios devem-se a ausência dos redatores do projeto da Comissão da Presidência, que admitia ou rechaçava as emendas⁶⁰⁸.

Assevera, ainda, que a lei suprimiu importante medida presente no projeto, no que se refere ao caso de, na instrução sumária das diligências, se desprendesse o estado perigoso. Em peça apartada, o juiz deveria deduzir o testemunho oportuno, anexar também os antecedentes criminais, e determinar as medidas necessárias à análise da periculosidade, não tendo o Tribunal que efetuar o diagnóstico da periculosidade no julgamento, pois já haveria tramitado expediente sobre o caso⁶⁰⁹.

Em comentários à lei Alfons Rodriguez Dranguet afirma:

favorezcan su embriaguez habitual”, matizando a tales peligrosos traficantes em efectos ilícitos o peligrosos em el capítulo III, que trata de la aplicación de las medidas de seguridad, pero sin haberlos tipificado como peligrosos y no fijando, em cambio, medida de seguridad(e) aplicable a tal modalidad favorecedores del vicio de la embriaguez (DRANGUET, 1935, p. 214).

⁶⁰⁶ DRANGUET, Afonso. **Defensa social tratamiento de los peligrosos, legislación de vagos e maleantes, ley e reglamento**. Biblioteca de Derecho, Sociología y Política. Madri: Editora Góngora, 1935, v. 14, p. 216.

⁶⁰⁷ DRANGUET, Afonso. **Defensa social tratamiento de los peligrosos, legislación de vagos e maleantes, ley e reglamento**. Biblioteca de Derecho, Sociología y Política. Madri: Editora Góngora, 1935, v. 14, p. 216.

⁶⁰⁸ DRANGUET, Afonso. **Defensa social tratamiento de los peligrosos, legislación de vagos e maleantes, ley e reglamento**. Biblioteca de Derecho, Sociología y Política. Madri: Editora Góngora, 1935, v. 14, p. 217.

⁶⁰⁹ DRANGUET, Afonso. **Defensa social tratamiento de los peligrosos, legislación de vagos e maleantes, ley e reglamento**. Biblioteca de Derecho, Sociología y Política. Madri: Editora Góngora, 1935, v. 14, p. 220.

[...] A Lei - e algumas das categorias de perigo demonstram desde a sua origem um matiz defensivo de ordem pública; mas devemos garantir a predominância do lado científico biológico-jurídico e cuidar para que a lei não seja desacreditada como instrumento de polícia nas mãos dos juízes. Jiménez de Asúa, com seu prestígio e autoridade, a julga de certa forma nas frases ditas, que o tempo serve de norte para sua interpretação: vamos tentar realizá-lo⁶¹⁰ (tradução livre).

Tratando-se de livro específico da Ley de vagos y maleantes, Alfonso Rodrigues Dranguet também coleciona importante verificação ao caso, ao afirmar que historicamente existem precedentes sobre o caso na Espanha:

[...] São precedentes a lei ditada contra os vagabundos pelas Cortes de Toro, no ano de 1369, promulgada por Henrique II, e que se referia aos "vagabundos e preguiçosos", lei ratificada em 1379, 1386, 1435 e 1528, castigando lhes se não quisessem trabalhar, com sanções corporais e até com a expulsão perpétua do reino. Em 1566, Felipe II ordenou que os ciganos e mendigos saudáveis fossem considerados preguiçosos, aplicando a pena de chicotadas e galeras.

A Real Ordem de 30 de abril de 1745 classificou como vagabundos uma ampla gama de ociosos e infratores. Os marcos daqueles que hoje devem ser considerados juridicamente vagos estão estabelecidos na referida disposição, cuja disposição foi incluída no Régio Portaria de 1775, expedido por Carlos III.

Em 1845 foi editada lei específica, e a vadiagem era considerada crime, compreendendo duas categorias: vagabundos simples eram aqueles que mendigavam, não tinham renda, profissão, ofício, etc., ou que mesmo tendo, não trabalhavam, e aqueles que gozavam de renda insuficiente para viver, frequentavam casas de jogo, lugares suspeitos; foram alocados em estabelecimentos apropriados (...). (tradução livre)⁶¹¹

Em termos de Códigos Penais, os de 1848 e de 1850 trouxeram a definição de vadio, tratando a vadiagem como delito. Da mesma forma, tal como os códigos anteriores, o de 1870 trouxe o conceito de vadiagem em seu artigo 10, número 23:

⁶¹⁰ No original: La Ley- y alguna de las categorías de peligro lo demuestran desde su origen u(n) tinte defensivo del orden público; pero hemos de velar por el predominio de es(e) lado científico biológico-jurídico y poner esmero e(n) que no se desacredite la ley como instrumento policial e(n) manos de jueces. Jiménez de Asúa, con su prestigio y autoridad, la enjuicia de modo certero e(n) las copiadas frases, que al propio tempo sirven de norte para su interpretación: intentémoslo efectuar (DRANGUET, 1935, p. 220).

⁶¹¹ No original: Son precedentes la ley dictada contra los vagos por las Cortes de Toro, em el año 1369, promulgada por Enrique II, y que se refería "a los vagabundos y holgazanes", ley ratificada e(n) 1379, 1386, 1435 y 1528, castigándoseles, si no quisieren trabajar, con sanciones corporales y hasta con el extrañamiento perpetuo del reino. Em 1566, Felipe II ordenó se estimasen vagos a los gitanos y mendicantes sanos, aplicándoseles la pena de azotes y galeras. La Real orden de 30 de abril de 1745 clasificó como vagabundos a variada gama de gente ociosa e infractora de las leyes. Se establecen em dicha disposición los jalones de los que hoy han de estimarse legalmente vagos, cuya disposición se recogió em la Real ordenanza de 1775, dictada por Carlos III. E(n) 1845 se dicta u(n)a ley específica, e(n) que se estima la vagancia como delito, comprendido dos categorías: simples vagos eran los que mendigaban, no tenían rentas, profesión, oficio, etc., o que aun teniéndolo, no trabajaban, y los que gozando de rentas, insuficientes para vivir, concurrían a casas de juegos, lugares sospechos; se les destinaba a establecimientos apropiados [...] (DRANGUET, 1935, p. 225).

23. Ser vago el culpable. Se entiende por vago el que no posee bienes ó rentas, ni ejerce habitualmente profesión, arte ú oficio, ni tiene empleo, destino, industria, ocupación lícita o algún otro medio legítimo y conocido de subsistencia, por más que sea casado y con domicilio fijo⁶¹².

A Reforma do Código Penal de 1870, pela aprovação do Código Penal de 1932, retirou a vadiagem como circunstância agravante, mas a “Lei de Vagos y Maleantes” de 1933 realçava o conceito de vadiagem, não sendo apenas aquele que ocasionalmente; para o Estado, apenas interessa aplicar a defesa social ao delinquente contumaz, que é incapaz de se dedicar ao mundo do trabalho⁶¹³.

A Circular “Del Fiscal General de la República⁶¹⁴, referente a lei de vagos⁶¹⁵, trata-se, segundo Dranguet, da primeira hermenêutica oficial sobre a lei, e estabeleceu que:

[...] A lei de 4 de agosto de 1933, relativa a vagabundos e bandidos e inspirada nas mais recentes e exitosas doutrinas jurídico-penais sobre o estado de periculosidade, exige, para a adequada determinação dos casos concretos dos indivíduos a quem deva ser a segurança uma vez as medidas (e) tenham sido aplicadas, o que estabelece, uma interpretação criteriosa e ponderada que, tendo em conta não menos o espírito do que a letra, se inspira, como critério orientador, e (n) a vontade de conciliar a eficácia na defesa da(s) comunidade(s), finalidade principal que este ordenamento jurídico propunha, com o devido respeito às liberdades cidadãs, que constituem o fundamento de nosso Direito Público.⁶¹⁶

Entende também por vagabundo aqueles que, possuindo bens e rendas, os entregam a terceiros para viver de rendas e ficam desocupados, tratando-se de sujeito estéril e danoso, não voltado ao trabalho, sendo mau exemplo para a sociedade e deste indivíduo o Estado também precisa defender-se⁶¹⁷.

⁶¹² ESPAÑA. Ley provisional autorizando el planteamiento del Código penal reformado adjunto de 17 de junio de 1870. Departamento: Ministerio de Gracia y Justicia. **Gaceta de Madrid**, n. 243, p. 9-23, 31 ago. 1870, p. 1. Disponível em: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1870/243/A00009-00023.pdf>. Acesso em: 10 maio 2023.

⁶¹³ DRANGUET, Afonso. **Defensa social tratamiento de los peligrosos, legislación de vagos e maleantes, ley e reglamento**. Biblioteca de Derecho, Sociología y Política. Madri: Editora Góngora, 1935, v. 14, p. 226.

⁶¹⁴ No período da publicação da circular, Antonio Marsá Bragado (1877 - 12 de Octubre de 1965), era quem era o Fiscal General del Estado de la II República. Trata-se de grande estudioso do Direito, e apoiador e braço forte do governo republicano.

⁶¹⁵ Foi feita vasta procura nos arquivos do governo Espanhol, disponibilizados via internet, para que fosse anexa a publicação oficial, porém será colocada em anexo cópia do livro da época que traz tal documento.

⁶¹⁶ No original: La ley de 4 de agosto de 1933, relativa a vagos y maleantes e inspirada em las más recientes y logradas doctrinas jurídico penales cerca del estado peligroso, requiere, para la adecuada determinación e(n) los casos concretos de los individuos a quienes deber ser aplicadas las medidas de seguridad(e), que establece, u(n)a interpretación cuidadosa y reflexiva que, atendiendo al espíritu no menos que a la letra, se inspire, como critério rector, e(n) el afán de conciliar la eficacia en la defensa de la colectividad(e), fin principal que dicho ordenamiento jurídico se propuso, co(n) el respecto debido a las liberdades ciudadanas, que constituyen el fundamento de nuestro Derecho Público (ESPANÑA, 1933, p. 319-322).

⁶¹⁷ DRANGUET, Afonso. **Defensa social tratamiento de los peligrosos, legislación de vagos e maleantes, ley e reglamento**. Biblioteca de Derecho, Sociología y Política. Madri: Editora Góngora, 1935, v. 14, p. 320.

A circular demonstra uma grande preocupação com os rufiões e proxenetas, que atentariam contra a honestidade das pessoas, sendo verdadeiros parasitas, explorando seres infelizes, desgraçando as mulheres, que eles sitiam e captam-lhes a ingenuidade. Por essas razões, seriam sempre socialmente perigosos, tivessem ou não tipicidade delitiva, e exerciam seus malefícios sobre mulheres ou homens, maiores ou menores de idade⁶¹⁸.

Em relação aos proxenetas, deve também o Estado se defender, pois além de ser uma exploração da mulher, buscavam-se meninas menores para levar a diante a profissão e ainda lhes ensinam a corrupção, sujeitando-as às garras da usura, sendo soltas apenas quando se tornavam cadáveres vivos, e nenhum prostíbulo as acolhia mais⁶¹⁹.

A análise da circular também denota a preocupação do Fiscal Geral da República, com a posse e inversão dos meios econômicos de origem duvidosa, escondidos sob a máscara da atividade ilícita:

[...] 3.º. A posse ou investimento de meios econômicos de origem misteriosa, a desproporção entre as facilidades de vida e o exercício de modos de vida que não dão sustento, constituem motivos legítimos para presumir que, por detrás da máscara de atividades lícitas, outras socialmente lesivas estão escondidos, talvez criminosas.⁶²⁰

A preocupação do Fiscal é justamente com a receptação dos produtos de crime, e também com a ocultação de capitais de origem ilícita, na busca de que a engrenagem que move a criminalidade fosse, de alguma forma, travada, evitando que a não defesa da sociedade viesse a gerar novas condutas desabonadoras.

Alerta ainda o “Fiscal General de la Republica” em relação a mendicância, trata-se de uma empresa ou negócio para aqueles que, podendo viver de forma lícita, vivem nas costas da mendicância alheia, o empresário deve ser considerado tão meliante como o que mendiga.

Nessa toada, a lei então teria o seguinte um duplo alcance:

[...] Readaptar, criar hábitos de trabalho, curar os miseráveis físicos, fazer desaparecer a miséria moral, tornar úteis os inúteis e defender a sociedade, pois nenhum ambiente é tão adequado para produzir criminosos quanto o estado de necessidade em que esses marginalizados se encontram

⁶¹⁸ DRANGUET, Afonso. **Defensa social tratamiento de los peligrosos, legislación de vagos e maleantes, ley e reglamento**. Biblioteca de Derecho, Sociología y Política. Madri: Editora Góngora, 1935, v. 14, p. 319.

⁶¹⁹ DRANGUET, Afonso. **Defensa social tratamiento de los peligrosos, legislación de vagos e maleantes, ley e reglamento**. Biblioteca de Derecho, Sociología y Política. Madri: Editora Góngora, 1935, v. 14, p. 252

⁶²⁰ No original: 3.º. La posesión o inversión de medios económicos de origen misterioso, la desproporción entre la holgura de vida y el ejercicio de modos de vivir que no dan de vivir, constituyen motivos legítimos para presumir que, tras la máscara de actividades lícitas, se ocultan otras socialmente dañosas, tal vez criminales (DRANGUET, 1935, p. 319).

voluntariamente no caso da lei, certamente, mas não menos perigoso por isso, quando sua apatia moral é a causa de sua aptidão criminosa.⁶²¹

Em 1935, estando a lei já em pleno vigor, milhares de pessoas haviam sido condenadas, e o que se estava fazendo, na realidade, era limpar as ruas, um ocultamento da pobreza, fora dos pressupostos nobres que foram relacionados à criação da lei⁶²².

Aqueles que seriam defendidos, dentro ainda da República, passaram a ser farta mão de obra, observa Calleo Hernanz:

[...] A lei servia também para oferecer mão de obra muito barata em trabalhos que ninguém queria fazer, Vida Penitenciária, em 20 de janeiro de 1935, dava conta de uma informação da Diretoria Florestal do tenor "Pretende-se dar emprego aos vagabundos no trabalho de reflorestamento (...) já que em muitos lugares a população livre oferece resistência a esse trabalho devido a sua dureza" (tradução livre)⁶²³.

Estima-se que cerca de 3.952 processos foram instaurados em 1934, com 1.503 sentenças condenatórias, e em 1935, foram 3.854 processos com mais de 1600 condenações,⁶²⁴ sendo que esse cenário só viria a piorar com a chegada de Francisco Franco ao poder, como será visto adiante.

⁶²¹ Readaptar, crear hábitos de trabajo, curar a los miserables físicos, hacer desaparecer la miseria moral, convertir en útiles a los inútiles y la de defender a la sociedad, pues ningún ambiente tan adecuado para producir delincuentes como el estado de necesidad en que encontrón estos paria voluntariamente en caso de la ley, ciertamente, pero no por ello menos peligrosos, cuando su abulia moral es causa de su aptitud delictuosa (DRANGUET, 1935, p. 245).

⁶²² CALLEJO HERNANZ, Gregorio María. Historias de nuestra historia penal (1). La ley de vagos y maleantes. **Revista PostC**, 2020. Disponível em: <https://postc.umh.es/minipapers/historias-de-nuestra-historia-penal-1-la-ley-de-vagos-y-maleantes/>. Acesso em: 10 maio 2023, p. 1.

⁶²³ No original: La ley estaba sirviendo también para ofrecer mano de obra muy barata en trabajos que nadie quería hacer, Vida Penitenciaria, el 20 de enero de 1935, daba cuenta de una información de la Dirección de Montes del tenor "Se piensa dar ocupación a los vagos en los trabajos de repoblación forestal (...) ya que en muchos sitios la población libre ofrece resistencia a dichos trabajos por la dureza del mismo" (CALLEJO HERNANZ, 2020, p. 1).

⁶²⁴ CALLEJO HERNANZ, Gregorio María. Historias de nuestra historia penal (1). La ley de vagos y maleantes. **Revista PostC**, 2020. Disponível em: <https://postc.umh.es/minipapers/historias-de-nuestra-historia-penal-1-la-ley-de-vagos-y-maleantes/>. Acesso em: 10 maio 2023, p. 1.

4 A DEFESA SOCIAL E A PUNIÇÃO DA POBREZA NAS REFORMAS PENAIIS DE BRASIL E ESPANHA NA DÉCADA DE 1940

Tendo em vista a detalhada e minuciosa descrição anteriormente apresentada do contexto político e jurídico, bem como do conflito de escolas criminológicas nas décadas de 1920 e 1930 no Brasil e Espanha, neste capítulo, realiza-se uma análise do tema da defesa social nos dois países em estudo, na década de 1940.

4.1 AS APROXIMAÇÕES DO DISCURSO DE PUNIÇÃO DA POBREZA E DOS MARGINALIZADOS NOS CÓDIGOS PENAIIS DO BRASIL DE 1940 E DA ESPANHA DE 1944

A criação do Código Penal brasileiro de 1940 está inserida em um contexto histórico, de profunda transformação, principalmente no que tange ao cenário econômico, social e político brasileiro. Entendendo que o Direito sofre influências dessas transformações, tanto no âmbito nacional como no internacional, é mister traçar alguns pontos para análise da punição dos pobres e marginalizados pelo Código Penal de 1940 e a possível influência do discurso da defesa social no Brasil.

Em termos políticos, um golpe colocou o presidente Getúlio Vargas no poder, e tal Presidente governaria de forma provisória até 1934, posteriormente, por chancela constitucional até 1937, quando foi instituído um regime ditatorial denominado Estado Novo, daí em diante permaneceria no poder até 1945, com forte centralização dos poderes no executivo.

Todavia, no que tange em termos econômicos tal período foi fortemente marcado pelo esgotamento do modelo agrário exportador, fomentando, assim, um processo industrial, na busca de retirar o Brasil de uma postura de fornecedor de matérias-primas. Entretanto, é de se notar que não houve o abandono absoluto do setor agrário, já que o País ainda dependia bastante de exportações realizadas, mas o fomento ao desenvolvimento à indústria era pauta clara do Governo Getúlio Vargas.

Importante é também salientar, que com o processo industrial, houve o aumento do proletariado que foi inserido no cenário político brasileiro, mesmo que não lhe fosse permitida a participação nas decisões. O favorecimento da incorporação proletária deu-se, sobretudo, com

a criação dos institutos de aposentadoria e pensões, programas habitacionais, organização sindical, e a consolidação das leis do trabalho (CLT)⁶²⁵.

Verificou-se, então com Getúlio Vargas, a edificação de um Estado intervencionista e previdenciário, que, sem dúvida, exerceu influência no processo legislativo. Deixa-se claro que não se está a dizer que apenas em razão de, no Governo Getúlio Vargas a legislação ter caminhado para a criminalização dos pobres e marginalizados, todavia, no período em estudo, que envolve a criação do Código Penal, existia esse viés, até porque essa postura para com os economicamente vulneráveis e, de algum modo, marginais é quase um dado estrutural do sistema capitalista.

O Código Penal Brasileiro foi encomendado pelo Ministro da Justiça do Governo Vargas, Francisco Luís da Silva Campos, para o jurista paulista José de Alcântara Machado de Oliveira, professor da Universidade de São Paulo, tendo sido entregue, o Código então passaria por uma comissão revisora composta por Roberto Lyra, Vieira Braga, Nelson Hungria e Narcélio de Queiroz.

Segundo Eliete Alves, a não aceitação do Código como houvera sido elaborado por Alcântara Machado, e ter seguido à revisão e apresentado modificações, deve-se à questão de uma forte ligação do professor paulista com a Revolução Constitucionalista de 1932, ocorrida em São Paulo, diga-se de passagem, relação bastante proximal, já que, abertamente, defendia a causa paulista e os militantes⁶²⁶.

Deve-se ter em conta que, com a instituição do Estado Novo em 1937, o Poder Legislativo esvaziou-se e, então, as diretrizes para as elaborações legislativas ao chefe do Executivo Federal. Dessa forma, o Ministro da Justiça teria papel central na criação das leis, e havia um Conselho Técnico vinculado ao Executivo, tornando-se verdadeiros substitutos do debate parlamentar⁶²⁷.

Segundo o Ministro da Justiça Francisco Campos, o Código Penal de 1940 teria que sofrer “forçosamente a influência dos novos rumos do Direito”, assim assevera, demonstrando com clareza que o cerne do Código seria defesa social: “O indivíduo não é mais, em nossos dias, o objeto capital e quase único, da proteção de lei e do Estado, os corpos sociais haviam-

⁶²⁵ BATISTA, Nilo. **Apontamentos para uma história da legislação penal brasileira**. São Paulo: Editora Renavan, 2016. P.93

⁶²⁶ ALVES, Eliete. **Alcântara Machado**: um perfil do intelectual e político paulista e o projeto do Código Criminal brasileiro (1937/1947). 1989. 188 p. Dissertação. (Mestrado em Ciências Humanas). História. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 1989. P.157

⁶²⁷ SONTAG, Ricardo.

se tornado o principal sujeito de direitos. Esse princípio deve preponderar na aplicação da lei penal.”⁶²⁸

Francisco Campos informava que a revisão teria o condão de evitar pontos controvertidos e todas as questões de jurisprudência duvidosa, que eram comuns na codificação anterior, e que esperava que não ocorresse com tanta frequência na então criada⁶²⁹.

Referindo-se ao Código a ser criado, o então Ministro da Justiça aponta:

[... futuro Código, orientado pelo propósito de uma efetiva defesa social, criará, pela disciplina das penas e das medidas de segurança, um aparelhamento muito rigoroso para a repressão dos crimes. Os casos de isenção de pena sendo estabelecidos com muita cautela, dificilmente se poderão descobrir meios astuciosos de burla. Nesse ponto, o Direito material terá no processual uma garantia eficaz, como já temos oportunidade de apreciar nos magníficos resultados da aplicação da pena na nova lei do júri⁶³⁰.

Ao mesmo tempo declara que o Código não se filiaria a nenhuma escola penal, aponta o que entendia por correto em termo de Código:

[...] O Código não se ligará com exclusividade a nenhuma escola, nem terá modelo estabelecido. O legislador não deve ligar-se a nenhum credo filosófico, nem a nenhuma ortodoxia doutrinária. Deve inspirar-se, principalmente, em considerações de ordem prática: deve objetivar a disciplina, de acordo com os interesses superiores do povo, deve fazer obra de oportunidade política e, portanto, obra nacional, exclusivamente nacional. Assim sendo, a lição de outros povos só nos servirá quanto ao aspecto de técnica jurídica. Quanto à conveniência do preceito e ao maior rigor da sanção, só teremos de atender à influência da nossa opinião e a conveniência do nosso povo⁶³¹.

A busca pela estabilidade tão desejada pelo Ministro fez com que deixasse de inserir no Código as contravenções penais, dando possibilidade para que pudessem ser feitas mudanças, sem que houvesse a necessidade de qualquer modificação no Código Penal. Já que mudanças sociais poderiam ser responsáveis por mudanças na lei de contravenções assim como questões mudanças políticas poderiam afetar a lei no que tange a crimes políticos.

Importante é, neste momento, fazermos memória ao professor de Medicina Legal do Largo de São Francisco, José D’Oliveira Alcântara Machado, que foi um dos mais ativos

⁶²⁸ CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional**: sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Brasília: Coleção Biblioteca Básica Brasileira, 2001.p.145

⁶²⁹ CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional**: sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Brasília: Coleção Biblioteca Básica Brasileira, 2001.p.143

⁶³⁰ CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional**: sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Brasília: Coleção Biblioteca Básica Brasileira, 2001.p.144

⁶³¹ CAMPOS, Francisco. **O Estado Nacional**: sua estrutura, seu conteúdo ideológico. Brasília: Coleção Biblioteca Básica Brasileira, 2001.p.144

estudiosos brasileiros sobre criminalidade da década de 1930; foi deputado, senador, e foi a quem o então Ministro da Justiça Franciso Campos encomendou o projeto de Código que após uma série de questões materializou-se o Código Penal de 1940⁶³².

Segundo Rafael Mafei Rabelo Queiroz, o Projeto de Alcântara Machado era carregado de propósitos específicos, entre os quais a defesa social:

[...] O grande propósito de seu projeto era, assim, elaborar um Código que servisse plenamente ao propósito da defesa social, tanto em face da Criminalidade comum quanto em face da criminalidade política. Talvez por isso, o produto final por ele apresentado com proposta de codificação tenha sido mais um trabalho de engenharia repressiva do que propriamente de Direito Penal. Isso tem consequência que não devem ser subestimadas em sua análise, pois o bom entendimento de seu anteprojeto deve levar em conta não só o debate de ideias que as ciências criminais de seu tempo viviam, mas também sua convicção pessoal quanto ao propósito do Código Criminal que ele visou a aprovar⁶³³.

Alcantara Machado, declarava-se um positivista **criminológico**, mas tentava ter uma postura neutra diante da Filosofia a que dizia filiar-se e, da mesma forma, afastava-se do classicismo, na busca de um Código Penal “*sui generis*”; de um lado, o autor do projeto teria buscado manter alguns limites da segurança individual típicos do classicismo e, de outro, aplicaria o instrumental da defesa social tais como as medidas de segurança⁶³⁴.

Alcântara Machado buscou estar no meio termo entre o classicismo e o Positivismo **criminológico**. Para tal desiderato, as medidas de segurança seriam elementos importantes, de modo que os direitos individuais seriam mantidos face ao Estado, mas também restringia o papel da pena ao admitir amplamente tais medidas. Nesses termos, a pena se fundaria na culpa e as medidas de segurança, na periculosidade social⁶³⁵.

As medidas de segurança estariam fora da limitação à repressão defendida pelos princípios liberais, pois as penas eram limitadas por tais princípios em sentido estrito; já as medidas de segurança não detinham limitador, nem mesmo constitucional, já que, no momento

⁶³² QUEIROZ. Rafael Mafei Rabelo. Lei das Contravenções Penais nas Ciências Penais de seu tempo in: **Comentários à lei das contravenções penais**. Alamiro Velludo Salvador Neto (coord) São Paulo: Editora Quartier Latin, 2006.p.21

⁶³³ QUEIROZ. Rafael Mafei Rabelo. Lei das Contravenções Penais nas Ciências Penais de seu tempo in: **Comentários à lei das contravenções penais**. Alamiro Velludo Salvador Neto (coord) São Paulo: Editora Quartier Latin, 2006, p. 22.

⁶³⁴ QUEIROZ. Rafael Mafei Rabelo. Lei das Contravenções Penais nas Ciências Penais de seu tempo in: **Comentários à lei das contravenções penais**. Alamiro Velludo Salvador Neto (coord) São Paulo: Editora Quartier Latin, 2006, p. 23.

⁶³⁵ QUEIROZ. Rafael Mafei Rabelo. Lei das Contravenções Penais nas Ciências Penais de seu tempo in: **Comentários à lei das contravenções penais**. Alamiro Velludo Salvador Neto (coord) São Paulo: Editora Quartier Latin, 2006, p.24

da promulgação da Constituição de 1937, as medidas de segurança ainda não haviam sido incorporadas ao ordenamento jurídico brasileiro⁶³⁶.

Dessa feita, não havendo limitação nem mesmo no que tange ao seu prazo máximo, as medidas de segurança seriam importante instrumento de defesa social, já que a medida de segurança permaneceria enquanto durasse a periculosidade, não sendo limitada pelo texto constitucional nem mesmo pela previsão do limite de 30 anos estabelecida pelas penas privativas de liberdade.

O tom defensista forte das medidas de segurança, estava, inclusive, na possibilidade de serem aplicadas a atos preparatórios, que denunciasses a periculosidade do agente. Nesse sentido é de se analisar que a própria questão da amplitude do conceito de periculosidade fazia com que houvesse a eficácia das medidas de segurança⁶³⁷.

Tamanha a importância das medidas de segurança no Código de Alcântara Machado que desejava que, se aprovado fosse seu projeto deveria ter o nome de Código Criminal e não Código Penal, já que não tratava apenas de penas, mas também das medidas de segurança a ele tão caras⁶³⁸.

Além das medidas de segurança, havia a previsão no Código de Alcântara Machado da pena de morte, assim fechava-se então o sistema de defesa social do Código, seja com a eliminação dos condenados, seja com sua segregação perpétua⁶³⁹.

Para Rafael Mafei, no tocante à matriz intelectual do projeto de Alcântara Machado, afirma que o mesmo seria recheado de postulados positivistas, com classificação dos criminosos, ampliação da competência judicial dos magistrados, e existência de elementos subjetivos na aplicação da pena. Dessa feita, o penalista paulista buscou um Código mais eficiente do que coerente com uma única corrente de pensamento, e sua obra, não se sabe por

⁶³⁶ QUEIROZ. Rafael Mafei Rabelo. Lei das Contravenções Penais nas Ciências Penais de seu tempo in: **Comentários à lei das contravenções penais**. Alamiro Velludo Salvador Neto (coord) São Paulo: Editora Quartier Latin, 2006, p.25

⁶³⁷ QUEIROZ. Rafael Mafei Rabelo. Lei das Contravenções Penais nas Ciências Penais de seu tempo in: **Comentários à lei das contravenções penais**. Alamiro Velludo Salvador Neto (coord) São Paulo: Editora Quartier Latin, 2006, p.29

⁶³⁸ QUEIROZ. Rafael Mafei Rabelo. Lei das Contravenções Penais nas Ciências Penais de seu tempo in: **Comentários à lei das contravenções penais**. Alamiro Velludo Salvador Neto (coord) São Paulo: Editora Quartier Latin, 2006, p.30

⁶³⁹ QUEIROZ. Rafael Mafei Rabelo. Lei das Contravenções Penais nas Ciências Penais de seu tempo in: **Comentários à lei das contravenções penais**. Alamiro Velludo Salvador Neto (coord) São Paulo: Editora Quartier Latin, 2006, p.30

qual motivo, foi levada a uma comissão revisora, tendo como Presidente Nelson Hungria, gerando a modificação do projeto⁶⁴⁰.

O que se viu foi a substituição do projeto de Alcântara Machado por um projeto alternativo; o professor morreu em 1942, e teria ficado em total desgosto com a atuação dos colegas juristas, principalmente com Francisco Campos, que teria encomendado as modificações sem dar uma satisfação plausível ao jurista. Apesar de toda a questão envolvendo a sua elaboração, houve, no Código de 1940 a manutenção de algumas de suas vigas mestras, como as medidas de segurança, com principal instrumento de defesa social⁶⁴¹.

Não se pode esquecer que o Código de 1940 afastou-se dos limites rígidos impostos pelos postulados dos clássicos, no que tange à proporcionalidade em abstrato entre crime e pena, conferindo ao magistrado larga margem de atuação. No que tange ao ideal defensista positivista, não há que se negar que as medidas de segurança cumpriram o papel de materializar tais ideias, não havendo grandes polêmicas quanto a sua implantação, já que era tema bastante debatido no momento⁶⁴².

Ao fim e ao cabo, permanece no Código Penal, graças a seu nascedouro em Alcântara Machado, a amplitude do conceito de periculosidade, tratando com dureza os ébrios, os reincidentes, os condenados por crime de associação, bando ou quadrilha. Pode-se evidenciar, que o Código apresenta um misto de ideias tanto clássicas, sobre a questão da pena, bem como as questões positivistas defensistas relativas às medidas de segurança. A junção desses postulados e mais outras ideias reinantes no momento, no tocante à elaboração de códigos penais, são responsáveis para que se convençione a dizer que o Código de 1940 tem sua matriz no tecnicismo jurídico⁶⁴³.

Analisando a questão, o príncipe dos penalistas, Nelson Hungria, apresenta um artigo sobre medida de segurança, [que pode ser considerado uma](#) contribuição impar para a análise do contexto histórico do presente trabalho, de início:

⁶⁴⁰ QUEIROZ. Rafael Mafei Rabelo. Lei das Contravenções Penais nas Ciências Penais de seu tempo in: **Comentários à lei das contravenções penais**. Alamiro Velludo Salvador Neto (coord) São Paulo: Editora Quartier Latin, 2006, p.31

⁶⁴¹ QUEIROZ. Rafael Mafei Rabelo. Lei das Contravenções Penais nas Ciências Penais de seu tempo in: **Comentários à lei das contravenções penais**. Alamiro Velludo Salvador Neto (coord) São Paulo: Editora Quartier Latin, 2006, p. 31

⁶⁴² QUEIROZ. Rafael Mafei Rabelo. Lei das Contravenções Penais nas Ciências Penais de seu tempo in: **Comentários à lei das contravenções penais**. Alamiro Velludo Salvador Neto (coord) São Paulo: Editora Quartier Latin, 2006, p.35

⁶⁴³ QUEIROZ. Rafael Mafei Rabelo. Lei das Contravenções Penais nas Ciências Penais de seu tempo in: **Comentários à lei das contravenções penais**. Alamiro Velludo Salvador Neto (coord) São Paulo: Editora Quartier Latin, 2006, p.35

[...] Recente doutrinário penalógico insiste no paradoxo da abolição radical da pena, ou, mais precisamente, da pena de prisão, que deveria ser substituída, de futuro, por medidas de tutela, tratamento e educação readaptativa dos criminosos, sem nenhum caráter aflagante. A idéia não é de hoje. Já estava em embrião no correcionalismo de Roder, bem como dentro da lógica da chamada escola penal positivista, e fora tratada pelo *ex professo* e apostolicamente defendida por PEDRO DORADO, no seu livro “El derecho protector de los criminales”, deixando-se à parte, pelo seu cunho de pura fantasia as lucubrações, psicanalíticas de Fritz Wittels no seu o mundo sem penitenciária (sic)⁶⁴⁴.

Para o autor Nelson Hungria, as arguições dos “adversários das penitenciárias⁶⁴⁵” que existiam naquele momento era que o sistema penitenciário haveria falhado, o moderno sistema teria atenuado a crueldade da prisão, mas não teria reduzido a delinquência. O próprio país onde se teria aprimorado o sistema penitenciário, que eram os Estados Unidos, teria observado suas falhas, e então inventado a cadeira elétrica e instituído Alcatraz, lembrando as prisões medievais. Teria então as prisões falhado ao buscar castigar e não educar⁶⁴⁶.

Nelson Hungria, ainda sobre as teorias sobre o sistema penitenciário, afirma que a forma em que se encontravam as penitenciárias extirpava qualquer possibilidade de recuperação do bom preso, criando uma grande leva de reincidentes. Eliminavam, assim, qualquer possibilidade de reconstrução moral do indivíduo, e “induziam ao passivismo hipócrita pelo método disciplinar”⁶⁴⁷.

Alerta o autor que alguns autores são “poetas líricos” a serviço da causa de combate à delinquência, não podendo ser utilizado o exemplo dos Estados Unidos e seu recrudescimento do sistema penitenciário como regra, já que havia várias explicações relacionadas ao pós-Guerra para sua adoção, e essa adoção foi no sentido de reduzir ao mínimo a atividade criminosa, o processo singular apresentado pelos Estados Unidos não poderia então ser usado como regra⁶⁴⁸.

Não existiria segundo Hungria, como negar o sentido ético-jurídico da pena, cuja modalidade principal é a prisão, porém o castigo nela contido não deve ser apenas pelo amor ao castigo, para o autor “a pena não é apenas um fim em si, senão também um meio de utilidade

⁶⁴⁴ HUNGRIA. Nelson. Pena e Medida de Segurança. Conferência pronunciada na faculdade de Direito de Porto Alegre. **Revista Forense**. 1944, p. 11.

⁶⁴⁵ Refere-se às teorias contrárias ao aprisionamento, tais como a de Dorado Montero.

⁶⁴⁶ HUNGRIA. Nelson. Pena e Medida de Segurança. Conferência pronunciada na faculdade de Direito de Porto Alegre. **Revista Forense**. 1944, p. 419.

⁶⁴⁷ HUNGRIA. Nelson. Pena e Medida de Segurança. Conferência pronunciada na faculdade de Direito de Porto Alegre. **Revista Forense**. 1944, p. 419.

⁶⁴⁸ HUNGRIA. Nelson. Pena e Medida de Segurança. Conferência pronunciada na faculdade de Direito de Porto Alegre. **Revista Forense**. 1944, p. 420.

social⁶⁴⁹” A pena é repressiva e preventiva, atingindo o mal feito e prevenindo o que ainda pode ocorrer, a pena não seria então ineficiente, seria impotente.

Ao tratar de medida de segurança, sinaliza o autor que ela está relacionada ao futuro, e ao contrário da pena, que está relacionada ao que o indivíduo fez, a medida de segurança está relacionada ao que ele é, sendo aplicada aos perigosos, sendo responsáveis ou não, tendo duração indeterminada enquanto durar a periculosidade:

[...] O pressuposto indeclinável da medida de segurança é a periculosidade subjetiva, que, quando não presumida por lei, deve ser reconhecida quando a personalidade e antecedentes do indivíduo, bem como os motivos e circunstâncias do fato imputado, autorizem a suposição de que venha ou torne a delinquir. Presumem-se perigosos; a) os irresponsáveis; b) os semi-responsáveis c) os ébrios habituais, quando ao vício se relacione ao crime ou contravenção; d) dos reincidentes em crime doloso ou na contravenção de jogo de azar ou jogo do bicho; e) os condenados por crime que hajam cometido como filiados a associação bando ou quadrilha f) aos vadios e mendigos⁶⁵⁰.

Nessa linha, informa o autor que nenhuma das disposições do Código da época, relativa a medidas de segurança detentiva, fossem colônias agrícolas, casas de custódia⁶⁵¹, não alcançou sucesso, restando apenas os manicômios para onde eram enviados, inclusive, os semi-imputáveis.

Assim, muito embora o autor critique a teoria em relação à abolição da pena como era aplicada, assim como a aplicação das medidas de segurança, não poderia ele negar que as medidas de segurança e principalmente a pena/medida de segurança que se apegava à periculosidade era uma realidade vigente estando intimamente relacionada ao Positivismo Jurídico, e a ideia de defesa da sociedade, já que que, pela fala do próprio autor, a medida de segurança não punia o fato, mas sim o indivíduo, e estava relacionada à sua periculosidade.

Em seus comentários sobre o Código Penal, Néelson Hungria assim afirma:

⁶⁴⁹ HUNGRIA. Nelson. Pena e Medida de Segurança. Conferência pronunciada na faculdade de Direito de Porto Alegre. **Revista Forense**. 1944. P. 420

⁶⁵⁰ HUNGRIA. Nelson. Pena e Medida de Segurança. Conferência pronunciada na faculdade de Direito de Porto Alegre. **Revista Forense**. 1944. P. 425

⁶⁵¹ Art. 88. As medidas de segurança dividem-se em patrimoniais e pessoais. A interdição de estabelecimento ou de sede de sociedade ou associação e o confisco são as medidas da primeira espécie; as da segunda espécie subdividem-se em detentivas ou não detentivas.

Medidas de segurança detentivas

§ 1º São medidas detentivas:

I - internação em manicômio judiciário;

II - internação em casa de custódia e tratamento;

III - a internação em colônia agrícola ou em instituto de trabalho, de reeducação ou de ensino profissional.

[...] É notório que as medidas puramente repressivas e propriamente penais se revelam insuficientes na luta contra a criminalidade, em particular contra as suas formas habituais. Ao lado disto existe a criminalidade de doentes mentais e perigosos. Estes, isentos de pena, não eram submetidos, a nenhuma medida de segurança ou custódia, senão nos casos de imediata periculosidade. Para corrigir a anomalia, foram instituídas, ao lado das penas, que têm finalidade repressiva e intimidante, as medidas de segurança. Estas, aplicáveis em regra post delictum, são essencialmente preventivas, destinadas à segregação, vigilância, reeducação e tratamento dos indivíduos perigosos, ainda que moralmente irresponsáveis.⁶⁵²

Em relação às medidas de segurança, reconhece ainda a aplicação da teoria da defesa social ao projeto que deu origem ao Código:

[...] Em face da diversidade ou dubiedade dos critérios científicos, o projeto, no interesse da defesa social, só podia tomar um partido: declarar responsáveis os fronteirizos, ficando ao prudente arbítrio do juiz, nos casos concretos, uma redução de pena, e isto sem a aplicação obrigatória de medida de segurança⁶⁵³.

Dessa forma, as medidas seriam aplicadas em razão da periculosidade do agente, podendo então ser impostas até que se cessasse o estado perigoso, assim constava no Código em sua versão primeira:

[...] Art. 81. Não se revoga a medida de segurança pessoal, enquanto não se verifica, mediante exame do indivíduo, que este deixou de ser perigoso.

§ 1º Procede-se ao exame:

I - ao fim do prazo mínimo fixado pela lei para a medida de segurança;

II - anualmente, após a expiração do prazo mínimo, quando não cessou a execução da medida de segurança;

III - em qualquer tempo, desde que o determine a superior instância.

§ 2º Se inferior a um ano o prazo mínimo de duração da medida de segurança, os exames sucessivos realizam-se ao fim de cada período igual àquele prazo.

⁶⁵² HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Volume I. Tomo I. Companhia Editora Forense. Rio de Janeiro. P.244

⁶⁵³ HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Volume I. Tomo I. Companhia Editora Forense. Rio de Janeiro. P.261

No que tange ao código Penal Espanhol de 1944, criado durante o franquismo espanhol, é fruto de uma reforma que se arrastou desde 1932, que acabou por gerar um novo código que se amoldasse com o período autoritário que se vivia na Espanha.

O código penal de 1944 reestabelece a pena de morte na Espanha, demonstrando uma preocupação com a restauração dos princípios cristãos. Na exposição dos motivos, de tal código é clara a adoção da teoria da defesa social, sendo explicitada em sua exposição de motivos, onde informa-se que várias seriam as disposições do código que compactuariam com os princípios da defesa social extraídas da Lei de Segurança do Estado, terrorismo, porte de armas e outras semelhantes.

Observa-se que o que na exposição de motivos entende-se por defesa social, está intimamente atrelado à ideia de defesa do autoritarismo do franquismo, a defesa social nada mais seria que a não possibilidade de discordar com as normas penais ditadas pelo Estado, possibilitando o Estado agir em caso de necessidade.

Porém, não existe no código uma especial preocupação com adoção de medidas de segurança, por exemplo, a defesa social exposta no código talvez esteja bastante longe do pensamento da defesa social do positivismo criminológico, e muito mais perto da eleição de inimigos do Estado. De modo que não se observa na análise do código a ideia de existência de uma teoria da defesa social nos moldes do positivismo criminológico.

4.2 A LEI DE CONTRAVENÇÕES PENAIS NO BRASIL E A PUNIÇÃO DA MENDICÂNCIA E A VADIAGEM (1941) E A LEY DE LOS VAGOS O MALEANTES NA ESPANHA: O DIREITO PENAL COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE

No caso brasileiro, a revisão do anteprojeto de Alcântara Machado, encomendada pelo então Ministro Francisco Campos, possibilitou a divisão das infrações penais em crimes e contravenções, de modo que crime seria apenado com reclusão e detenção e a contravenção, com prisão simples. A lei de contravenções separou-se da composição do Código Penal, tornando-se uma lei autônoma, tal posicionamento ficou conhecido como teoria bipartida da classificação dos ilícitos penais⁶⁵⁴.

⁶⁵⁴ SALVADOR NETTO. Alamiro Velludo . Lei de Contravenções Penais, arts. 1 a 17. in: Comentários à lei das contravenções penais. Alamiro Velludo Salvador Neto (coord) São Paulo:Editora Quartier Latin, 2006.p.44

[...] A partir desta divisão as partes gerais do Código Penal ou da Lei das Contravenções Penais serão os respectivos arcabouços legislativos destinados a garantir a aplicabilidade aos variados tipos de crime e de contravenção. Assim, e uma vez classificada uma infração como contravenção penal, esta apresentará diferenças de tratamento quando comparada ao crime. Porém estas diferenças derivam do posterior à classificação, pois para este o único fator importante é, como visto, a sanção penal.⁶⁵⁵

Nelson Hungria, membro da Comissão Revisora do Código, entendia a necessidade da divisão, para que não houvesse uma mistura de questões relevantes (crimes) com menos relevantes (contravenções):

[...] Ficou decidido, desde o início do trabalho de revisão, excluir do Código Penal as contravenções, que seriam objeto de lei a parte. Foi assim rejeitado o critério inicialmente proposto pelo professor Alcântara Machado de abolir-se qualquer distinção entre crimes e contravenções. Quando se misturam coisas de somenos importância com outras de maior valor, correm estas o risco de se verem amesquinhas. Não é que exista diversidade ontológica entre crime e contravenção; embora sendo apenas de grau ou quantidade a diferença entre as duas espécies de ilícito penal, pareceu-nos de toda conveniência excluir do Código Penal a matéria tão miúda, tão vária e tão versátil das contravenções, dificilmente subordinável a um espírito de sistema e adstrita a critérios oportunistas ou meramente convencionais e, assim, permitir que o Código Penal se furtasse, na medida do possível, pelo menos áquelas contingências do tempo a que não devem estar sujeitas as obras destinadas a maior duração⁶⁵⁶.

Entre as diversas definições doutrinárias sobre as contravenções, uma chama atenção, muito embora não tenha sido elaborada no recorte temporal proposto, Valdir Sznick:

[...] As contravenções são chamadas na doutrina de “crime anão”, de delito do “homem galante”. Contravenção vem de contra-vir, no sentido de ir contra; *contravvenzione*, em italiano; *contravention*, em francês; *falta*, no Direito espanhol; *Uebertretung*, no Direito alemão.

Constituem-se em estados de perigo que devem ser coibidos como uma primeira proteção penal aos direitos mais importantes já citados; é o que se chama de contravenção penal. São condutas que mais de perto dizem respeito às normas de convivência social⁶⁵⁷.

Pode-se considerar tal definição como interessante, por demonstrar que, na contravenção, busca-se punir o estado perigoso, trazendo uma certa proteção à sociedade, apresentando algumas características em relação aos delitos:

⁶⁵⁵ SALVADOR NETTO. Alamiro Velludo . Lei de Contravenções Penais, arts. 1 a 17. in: Comentários à lei das contravenções penais. Alamiro Velludo Salvador Neto (coord) São Paulo: Editora Qu artier Latin, 2006.p.46

⁶⁵⁶ HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. Volume I. Tomo I. Companhia Editora Forense. Rio de Janeiro, p..241

⁶⁵⁷ SZNICK, Valdir. Contravenções Penais. 2.ed. Livraria e editora universitária de Direito, 1991, p. 8

- a) Evento – as contravenções representam um perigo enquanto os crimes tem em si uma lesão. A contravenção apresenta mais um perigo potencial enquanto que os crimes – mesmo de perigo – tem em si uma conotação real.
- b) Elemento subjetivo – nos crimes o elemento subjetivo é o dolo, como regra, e a culpa, como exceção. Nas contravenções basta apenas a voluntariedade, independente do dolo ou da culpa. Em verdade, em sendo as contravenções infrações de perigo, são normalmente de cunho subjetivo culposos.
- c) Objeto jurídico – os delitos possuem maior carga de ação delituosa, e índice de alta perigosidade social. São infrações que estão na consciência de todos, em qualquer país e época, pois se constituem em um Direito natural, não legislado. A contravenção lesiona bens que dizem respeito às relações de convivência social.
- d) Proteção prévia – as contravenções constituem-se em uma proteção prévia, inclusive no evitar o cometimento de delitos. Assim, ao bem vida – protegido no Código Penal – a contravenção puno o porte de arma, o disparo de arma de fogo, justamente para evitar que se chegue à lesão do bem vida⁶⁵⁸.

Importante trazer ao texto que, nas exposições dos motivos da lei de contravenções, datada de 08 de setembro de 1941, Francisco Campos, então Ministro da Justiça do Governo Vargas, faz ponderações importantes em termos de características da novíssima legislação, entre elas: a divisão em parte geral e especial, a necessidade do elemento volitivo, inexistência da possibilidade de tentativa, a existência de prisão simples e multa, e a possibilidade de reincidência⁶⁵⁹, mas, em meio ao texto, merece destacar, que houve a menção a duas contravenções apenas, da qual se presumiria a periculosidade do indivíduo, sendo a mendicância e a vadiagem:

[...] Além dos indivíduos a que se refere o artigo do Código Penal, presumem-se perigosos e são obrigatoriamente internados em “colônia agrícola”, ou em “instituto de trabalho”, de reeducação ou de ensino profissional”, pelo prazo mínimo de um ano, os condenados pela contravenção de vadiagem ou mendicância e os reincidentes em certas outras contravenções relativas à política de costume (Artigos. 50 e 58)⁶⁶⁰.

A exposição de motivos da legislação demonstra que existe uma preocupação com essas categorias, o que nos faz inferir que, de forma ou de outra, incomodavam o Ministro Francisco Campos, à frente da legislação do Estado Novo, assim como incomodava o próprio legislador. Não é de se negar que as contravenções penais consubstanciadas no Decreto-Lei n.º

⁶⁵⁸ SZNICK, Valdir. *Contravenções Penais*. 2.ed.. Livraria e editora universitária de Direito, 1991, p. 13

⁶⁵⁹ CAMPOS, Francisco. Exposição de motivos, em 08 de setembro de 1941 in FARIA, Bento. *Das contravenções penais*. Distribuidora Record. 1958. P. 16

⁶⁶⁰ CAMPOS, Francisco. Exposição de motivos, em 08 de setembro de 1941 in FARIA, Bento. *Das contravenções penais*. Distribuidora Record. 1958. P. 16

3.688/41 seriam instrumento importante de controle, já que impunham condutas, criando categorias a serem punidas, buscando definir os inimigos dos quais o Estado deveria defender-se, a exemplo mendigos e vagabundos⁶⁶¹.

Adalberto Paranhos, em sua tese doutoral, apresenta importantes questões para pensarmos o Estado Novo, em uma perspectiva historiográfica, que leva em consideração os trabalhadores, que segundo o autor, foram silenciados em boa parte das abordagens que vão de 1937 a 1945 no Brasil.

Apresenta o autor, em sua perspectiva, que o estigma da preguiça esteve presente na História do Brasil desde o processo colonizador, quando os nativos – **habitantes que constituíam os povos originários** - eram julgados pelo olhar europeu como ociosos, sem levar em consideração que as dificuldades criadas no novo mundo que foram responsáveis por se lançarem a lugares nunca antes conhecidos, não levando em consideração que aqueles que aqui viviam detinham boa saúde, boa aparência, cardápio variado e não tinha que se lançar em busca de alimentos⁶⁶².

Adalberto Paranhos sinaliza que, durante o Império e o início da República não era mais o nativo que era acusado de preguiçoso, a preocupação agora era do Estado, e ela se voltada para outro público, com a desorganização do modo de produção fundado no trabalho escravo, assim os detentores do capital e o braço político vão criar condições para o nascimento de uma nova ideologia do trabalho, a tônica seria o fomento ao trabalho assalariado⁶⁶³.

Dessa forma, mesmo já existente a repressão contra a ociosidade, os debates parlamentares após 1888 ganharam bastante fôlego, no que diz respeito à punição da vadiagem, ela se reforça justamente pela sua oposição ao trabalho disciplinado sob as ordens do capital. O Estado Novo brasileiro herda muito dessa concepção de ordem, progresso e trabalho.

Nesse cenário, do ponto de vista cultural, havia uma preocupação até mesmo com as músicas da época, como o samba, que, de certa forma, valorizava a figura do malandro, o que incomodava as autoridades governamentais estadonovistas.

[...] Esse estado de coisas desgostava muita gente. Os empresários logicamente são as últimas pessoas na face da terra a aceitarem, de bom grado, o repúdio ao trabalho regular e metódico. Os governantes, preocupados em polir a imagem de um Brasil como nação constituída por trabalhadores de

⁶⁶¹ MAIA, Daniele Lovatte. **O Código penal brasileiro de 1940 e suas faces autoritárias**. São Paulo: Editora PUC. Ano . p.8

⁶⁶² PARANHOS. Adalberto de Paula. **Os desafinados: sambas e bambas no “Estado Novo”**. Tese de doutoramento em História. PUC -SP, 2005. P.112

⁶⁶³ PARANHOS. Adalberto de Paula. **Os desafinados: sambas e bambas no “Estado Novo”**. Tese de doutoramento em História. PUC -SP, 2005. P.113

todas as classes, estavam muito longe de assistir, sem esboçar qualquer reação, ao culto ao não-trabalho, às declarações de amor e orgia à celebração da malandragem. Intelectuais comprometidos com o regime também se incomodavam com a perpetuação dessa situação que parecia uma ofensa lesa-pátria aos nossos foros de civilização. Urgiam providências para debelar essa onda que parecia sem fim⁶⁶⁴.

A censura era comum às atividades culturais, e, no que tange à música, era comum a intervenção do departamento de imprensa e propaganda em tal setor. **Recorde-se que** o DIP travou uma verdadeira cruzada na década de 1940 para retirar do samba qualquer que fosse o conteúdo que denotasse malandragem ou ociosidade. O trabalhismo propagado pelo Governo Vargas não esteve adstrito ao campo da musicalidade, e por ser também o Direito manifestação cultural, esteve fortemente ali enraizado, o que pode ser comprovado na sanha da Lei de Contravenções Penais em relação à mendicância e à vadiagem.

Os artigos referentes à vadiagem e mendicância, tratam-se do 59⁶⁶⁵ e 60⁶⁶⁶, do Decreto que versa sobre as contravenções. Em sua aposentadoria, o ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, Antônio Bento de Faria, escreveu importante doutrina sobre as contravenções penais. Interessante captarmos no jurista o seu sentir sobre o tema: para o autor, configurar-se-ia por vadio aquele que se entregava ao ócio, sendo robusto, sem meios suficientes de subsistência, vivendo sem exercitar, arte, profissão ou ofício, mas a lei não estaria adstrita à ociosidade:

[...] Não é unicamente a – ociosidade – o que a lei reprime, mas o estado de vadiagem, por motivo da – periculosidade, que pode ser meramente social ou criminal, quando à – vagabundagem – de natureza suspeita se juntar a qualquer fato de caráter criminoso⁶⁶⁷.

Para Bento de Faria, vagabundo não seria quem vagueava, mas seria aquele que vadiava, pois pode alguém vaguear, ou seja, andar de um lugar para o outro, sem fixar residência, sem ser vadio, desde que tenha meios para assegurar sua subsistência⁶⁶⁸.

⁶⁶⁴ PARANHOS. Adalberto de Paula. Os desafinados: sambas e bambas no “Estado Novo”. Tese de doutoramento em História. PUC -SP, 2005. P.132

⁶⁶⁵ Art. 59. Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover à própria subsistência mediante ocupação ilícita: Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses. Parágrafo único. A aquisição superveniente de renda, que assegure ao condenado meios bastantes de subsistência, extingue a pena. BRASIL. Lei das Contravenções. 1941.

⁶⁶⁶ Art. 60. Mendigar, por ociosidade ou cupidez: Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses.

Parágrafo único. Aumenta-se a pena de um sexto a um terço, se a contravenção é praticada: a) de modo vexatório, ameaçador ou fraudulento. b) mediante simulação de moléstia ou deformidade; BRASIL. Lei das Contravenções. 1941.

⁶⁶⁷ FÁRIA, Bento. Das contravenções penais. Distribuidora Record. 1958, p. 198.

⁶⁶⁸ FÁRIA, Bento. Das contravenções penais. Distribuidora record. 1958. P. 198.

Ainda tratando dos escritos de Bento de Faria, existiriam requisitos para comprovar a vadiagem, entre eles a falta de ofício ou profissão, não bastando que o indivíduo alegasse ter profissão ou ofício, mas que a exercitasse habitualmente, salvo em questões que o mister da pessoa não tenha como ser habitual: “O que a lei pune, portanto, é a adoção voluntária da inatividade, sendo apto para trabalhar e existindo trabalho”⁶⁶⁹.

Da mesma forma, requisito essencial seria ocupação lícita, já que a lei não poderia aceitar como ofício aquilo que ela mesma proíbe, tal como jogos, lenocínio, meretrício, contrabando, entre outros. Em relação ao meretrício escreve o autor que:

[...] A mulher que vive com certo homem, como sua amante, ou a que se entrega a ele por paixão ou por conveniência, ou que procura suas relações apenas pelo prazer sexual, sem transformar seu corpo em mercadoria, de possível uso a qualquer – essa, a meu ver, é uma necessitada, ou leviana ou apaixonada (!!), mas não é – meretriz – no conceito legal.

Esse conceito merece a – prostituta profissional, a que trafica habitualmente com o corpo para vender o seu gôzo momentâneo ao primeiro que aparece; a que nos lugares públicos, sem recato e muitas vezes ostensivamente procura atrair fregueses para sua carne; a que vive exclusivamente dos lucros desse torpe comércio – essa é indubitavelmente vadia, quando assim provê, voluntariamente, a sua subsistência, preferindo ao trabalho uma prática ofensiva da moral e dos bons costumes⁶⁷⁰.

Outro quesito apontado por Bento de Faria para não se enquadrar na contravenção vadiagem, era a possibilidade de deter renda suficiente, tal questão então seria de fato que somente em cada caso poderia ser apreciada, pois não seria advinda a renda apenas do salário, mas também de rendimentos, por exemplo, de investimentos diversos tais quais os capitais imobiliários⁶⁷¹.

Por fim, em sua doutrina, informa o autor que outro quesito é a validade para o trabalho, sendo aquele que tem condições de exercer atividade e não a faz, é o indolente que voluntariamente repeliria a lei do trabalho⁶⁷².

Manoel Carlos da Costa Leite, em sua doutrina, informa que antes do nascimento, o homem já nasce devedor da sociedade, devendo pagá-la no momento em que está apto para

⁶⁶⁹ FARIA, Bento. *Das contravenções penais*. Distribuidora record. 1958. P. 200

⁶⁷⁰ FARIA, Bento. **Das contravenções penais**. Distribuidora Record. 1958, p. 201

⁶⁷¹ FARIA, Bento. **Das contravenções penais**. Distribuidora Record. 1958, p. 204

⁶⁷² FARIA, Bento. **Das contravenções penais**. Distribuidora Record. 1958, p. 205

solvar a dívida, desse modo define o autor que: “ocioso é assim aquele que, sendo apto para o trabalho, não trabalha porque não quer”⁶⁷³.

Entendia o magistrado quanto a aplicação da pena, em relação à vadiagem, que:

[...] Como a lei presume a periculosidade do condenado por vadiagem (art.14, no. II da Lei de Contravenções Penais), a medida de segurança em caso de sentença condenatória (mesmo em primeira condenação) é obrigatória pelo prazo mínimo de um ano (art.15, no. I) e consistirá ela em internação em colônia agrícola, ou em instituto de trabalho, de reeducação ou ensino profissional. A Contravenção é inafiançável, ex-vi do art. 323, n II do Código de Processo Penal⁶⁷⁴.

Manoel Carlos da Costa Leite faz importantes apontamentos sobre a necessidade de extrema atenção para se aplicar a contravenção vadiagem, para não incorrer o risco de aplicação de medidas incoerentes aos cidadãos, citando importante jurisprudência, que merece ser apresentada:

[...] Por outro lado, a polícia, em certos casos, cria sérios embaraços à vida do cidadão. Estigmatiza-o com sua perseguição impiedosa. Não pensa em ajudar o jovem desorientado, num mundo cheio de contrastes, angústias e dificuldades. Anda sempre no seu encaço. Realiza detenções e impede que o indivíduo encontre o caminho do bem, após algumas vacilações e outros tantos tropeços. O Estado Nessas circunstâncias, se transforma em um algoz, ao invés de ser o protetor. O organismo policial deve, sem dúvida, estar vigilante, utilizando a lei das contravenções como arma valiosa no combate à criminalidade. Mas, tudo exige prudência, equilíbrio e sobretudo, o desejo de ajudar. Nesse caso, como ficou assinalado no parecer da Procuradoria, não se deu ao indiciado a oportunidade de cumprir seus deveres sociais com o exercício de uma atividade produtiva. (Ac. De 11-9.1959, da 1ª. Câmara Criminal do Tribunal de Alçada de São Paulo, na Apel. N 19.035 – Relator: Valentim Alves da Silva)⁶⁷⁵.

Para o autor, necessária seria a utilização de sindicância, para demonstração do estado de ociosidade, a não ser que devidamente constatado que se tratava de sujeito que habitualmente vivesse a vida irregular dos vadios. Nesse norte, repisa o autor, em passagens de seu texto, que a habitualidade seria elemento fundante para se pensar na possibilidade de vadiagem, já que seria comum que, em determinados momentos da vida, as pessoas não estivessem ligadas à vida do trabalho, tal como no início da vida, jovens que na idade de alistamento não sejam apreciados pelos empregadores, em razão da legislação lhes dar certa estabilidade em razão de por acaso

⁶⁷³ LEITE, Manoel Carlos da Costa. **Manual das Contravenções Penais**. São Paulo: Editora Saraiva, 1962, p. 355.

⁶⁷⁴ LEITE, Manoel Carlos da Costa. **Manual das Contravenções Penais**. São Paulo: Editora Saraiva, 1962, p. 359.

⁶⁷⁵ FARIA, Bento. **Das contravenções penais**. Distribuidora Record. 1958, p. . 359.

engrossar as fileiras do exército, ou aqueles que aguardam vaga de emprego prometida, vivendo às expensas dos parentes⁶⁷⁶.

Em relação à mendicância, para Bento de Faria, ela estaria ligada a pedir dinheiro ou qualquer outra utilidade econômica, observa-se:

[...] Por aí se vê a complexidade do problema sob esse aspecto jurídico-social, des que ao Estado corre além do dever de não permitir à ociosidade e à vadiagem a impunidade pelo perigo contínuo da propagação com a ameaça permanente da ordem pública, também a obrigação de prestar assistência aos necessitados sem amparo e aos impossibilitados de trabalhar, quando todos eles são vítimas da desventura⁶⁷⁷.

Com base na citação, pode-se inferir, assim como em Manoel da Costa Leite se preocupa com o enquadramento da conduta ao tipo contravençional, Bento de Faria também dava especial atenção à questão, infere-se que ambos os autores sabiam que a interpretação da lei de contravenção de forma equivocada a qualquer tempo, poderia resultar na aplicação de medidas desnecessárias, incorrendo em punição de cidadãos que não se enquadrariam no tipo.

Dessa feita, Bento de Faria, expôs em sua obra, que o ato de mendigar poderia ser expresso com palavras, gestos ou posições, no sentido de causar dó e despertar no outro o sentimento de caridade, seria o mendigo portanto:

É – mendigo – portanto:

O indivíduo que se coloca, silencioso, na via pública, com o chapéu na mão, em atitude de esperar que a – esmola – seja aí lançada, ou mantém junto a si cão que segura um pratinho, ou pequena bandeja, entre os dentes;

O que canta ou toca algum instrumento para atrair espectadores e depois esmolar entre eles;

Os que se propõem a prestar pequenos serviços, ou oferecem imagens de santos ou retratos ou objetos insignificantes, para, disfarçadamente, pedirem a - esmola.

Os que apresentam subscrições para supostos enterros de pessoas da família, ou para aquisição de remédios, ou para compra de passagens, quando não se tratar de fatos verdadeiros⁶⁷⁸.

Em se tratando de caso de mendicância, segundo Bento de Faria, independente da obtenção de proveito econômico ou não, desde que houvesse solicitação, estava caracterizada,

⁶⁷⁶ LEITE, Manoel Carlos da Costa. **Manual das Contravenções Penais**. São Paulo: Editora Saraiva. São Paulo, 1962, p. 357.

⁶⁷⁷ FARIA, Bento. **Das contravenções penais**. Distribuidora Record. 1958, p. 207.

⁶⁷⁸ FARIA, Bento. **Das contravenções penais**. Distribuidora Record. 1958, p. 207

sendo condição essencial para a repressão, o fato de ter sido praticada a mendicância por ociosidade e cupidez, não se estendendo à indigência e à desgraça, já que alguém que, por enfermidade ou defeito físico não pode trabalhar, ou quando ainda válido procura trabalho e não o encontra, essa situação não pode ser ainda mais agravada por imposição de pena⁶⁷⁹.

Manoel da Costa Leite, em sua doutrina, informa no tempo de sua escrita que o trabalho é uma obrigação social, “[...] não podendo permitir o Estado permitir que vadios, ociosos, inimigos do trabalho produtivo, levassem sua vida parasitária à exploração dos sentimentos humanitários dos seus cidadãos”⁶⁸⁰. Esse autor destoa, em parte, de Bento de Faria, ao informar que não existe necessidade de habitualidade, basta um ato de pedir, de invocar a caridade, para que a infração se tenha consumado, sendo caracterizada também a conduta as exhibições pseudoartísticas, com a oferta de mercadorias de valor insignificante, que levem as pessoas a fornecer valores por sentimento de piedade e solidariedade⁶⁸¹.

[...] Conhecidos são os casos dos falsos mendigos, indivíduos possuidores de patrimônio e rendimentos mais que suficientes à subsistência, que não se pejam de estender a mão à caridade pública. Não importa o modo por que é praticada a mendicância. Se, com o estacionamento em pontos de frequência da população ou ambulante, por pedido aos transeuntes ou de porta em porta. Não é necessário o pedido verbal, constituindo também a contravenção o quedar-se mudo, em posição tal que não deixe dúvidas sobre a condição de esmolar, ou com o emprego de animais que segurando recipientes fazem a coleta⁶⁸².

Entende, ainda, ~~o autor~~ Manoel da Costa Leite, citando Sady Cardoso de Gusmão, que a exibição de feridas, úlceras, deformidades e moléstias repugnantes, o pranto fingido, constituem modo vexatório, tornando-se qualificadoras do tipo em debate.

Voltando ao tema do trabalho, tratando-se da vadiagem e da mendicância, havendo outros ainda mais curiosos, tais como a proibição de divulgação de métodos abortivos, art.20, e exploração de jogos como a corrida de cavalos, no artigo 50, 0, §3, alínea “b”. Justamente por tratar-se de delitos menores, são chamados na doutrina de crimes anões ou delitos liliputianos, tal denominação tem sua origem possivelmente em Nelson Hungria como leciona Érico Teixeira de Loyola:

⁶⁷⁹ FARIA, Bento. **Das contravenções penais**. Distribuidora Record. 1958. p. 208

⁶⁸⁰ LEITE, Manoel Carlos da Costa. **Manual das Contravenções Penais**. São Paulo: Editora Saraiva, 1962, p. 355.

⁶⁸¹ LEITE, Manoel Carlos da Costa. **Manual das Contravenções Penais**. São Paulo: Editora Saraiva, 1962, p. 368.

⁶⁸² LEITE, Manoel Carlos da Costa. **Manual das Contravenções Penais**. São Paulo: Editora Saraiva, 1962, p. 368.

[...] Essa terminologia, costumeiramente atribuída ao penalista Nélson Hungria– que será abordado no presente trabalho – faz referência aos pequenos residentes da Ilha de Lilliput, apresentados pelo escritor anglo-irlandês Jonathan Swift (1667-1745) em seu “As Viagens de Gulliver” (1726). E, de fato, sob a pretensa desculpa de evitar crimes de maior grandeza, pretendia-se, por meio da LCP, exercer controle sobre condutas que, aos olhos de muitos, seriam consideradas praticamente irrelevantes, de mínima ou nenhuma nocividade. No entanto, apesar dessa aparente “irrelevância”, foi constituído todo um aparato repressivo e de vigilância, o qual engendrou forte atuação das autoridades policiais e judiciárias⁶⁸³.

Em termos estruturais, a referida lei é dividida em duas partes, até o artigo 17 tem-se a parte geral, na qual se apresentam as linhas mestras para sua incidência, e a parte especial, na qual são configuradas as condutas denominadas contravenções do artigo 18 ao 72, tendo em boa parte vigente até os dias atuais, muito embora a sua utilização tenha caído em desuso, não se pode negar que foi utilizada como instrumento de discriminação racial, tornando-se uma “lei coringa”⁶⁸⁴ para retirada de circulação dos indesejados sociais.

A consideração de um delito como contravenção não era algo absolutamente inovador, desde o Código Penal de 1890, mas, com algumas alterações que foram estabelecidas em tal norma penal durante o Estado Novo, em primeiro porque ganhou status de lei especial, apartada do Código Penal. Segundo Érico Teixeira de Loyola era comum o debate durante o Estado Novo até mesmo pelo deslocamento da seara penal, para a do Direito administrativo⁶⁸⁵.

A mudança na legislação penal encarna o desejo de atualização da legislação estadonovista e não se pode negar a existência de um tom autoritário de submissão do indivíduo ao Estado:

[...] Nessa crítica ao Direito de punir individualista e liberal está a defesa de um sistema legal que pudesse proteger melhor os interesses do Estado. Essas mudanças legais teriam implicações significativas na capacidade legal, haja visto que se redefiniam os termos da vivência social com uma nova atribuição de direitos e deveres aos indivíduos, segundo a qual, por exemplo, estes deveriam ficar subordinados aos interesses estatais. Os argumentos para essa nova forma de governabilidade podem ser encontrados nas palavras de Nelson Hungria. Para este, que foi um dos principais membros da Comissão Revisora

⁶⁸³ LOYOLA. Erico Teixeira. Juristas em Lilliput: a interpretação da Lei das Contravenções Penais nas suas duas primeiras décadas de vigência (1940-1950). **CLIO: Revista de Pesquisa Histórica** (Recife. On-line), ISSN: 2525-5649, vol. 38, jul-dez, 2020.p. 346

⁶⁸⁴ LOYOLA. Erico Teixeira. Juristas em Lilliput: a interpretação da Lei das Contravenções Penais nas suas duas primeiras décadas de vigência (1940-1950). **CLIO: Revista de Pesquisa Histórica** (Recife. On-line), ISSN: 2525-5649, vol. 38, jul-dez, 2020.p. 347

⁶⁸⁵ LOYOLA. Erico Teixeira. Juristas em Lilliput: a interpretação da Lei das Contravenções Penais nas suas duas primeiras décadas de vigência (1940-1950). **CLIO: Revista de Pesquisa Histórica** (Recife. On-line), ISSN: 2525-5649, vol. 38, jul-dez, 2020.p. 348

do Código Penal, “o indivíduo não pode ser o único fim do Estado”, por conseguinte, deve-se fazer a “revisão dos princípios individualistas.”⁶⁸⁶

Nesse contexto, criava-se, então, a lei de contravenções, instrumentalizando o Estado com uma legislação específica na luta contra as “classes perigosas”, entenda-se a população menos favorecida econômica e socialmente. Era comum a perseguição em razão da raça, no que tange aos negros e suas manifestações culturais⁶⁸⁷.

Nesse sentido, é inegável que a nova legislação vinha ao encontro da ideia de inibir a ilegalidade popular, proteger a propriedade privada e ditar o que seria um comportamento moral, a lei abria brecha para a punição de condutas que, para sociedade de então, eram viciosas e deveriam se extirpadas do seio social.

Erico Teixeira Loyola, contextualizando o pensamento de Nelson Hungria, informa que o autor tinha por opinião que o Direito Penal teria um papel essencial no novo regime, que seria reduzir manifestações demasiadamente liberalizantes como o júri, assim como tendo por qualidade promover a “defesa social”, de modo a alcançar todos os indivíduos que poderiam, de alguma forma, trazer risco à sociedade⁶⁸⁸.

Como já trabalhando anteriormente, alinhando-se à teoria da defesa social da escola positivista, o foco não estaria no indivíduo em si, mas na defesa do corpo social e, para tanto, seriam necessárias medidas de afastamento desses indivíduos para adaptarem-se à sociedade em que viviam, deste modo valia-se a lei da prisão simples.

[...] Isto é, quando Hungria apoiava a necessidade de alcançar, pela via penal, o maior número de indivíduos, estava abertamente abraçando a Escola da Defesa Social, e admitindo a necessidade de se valer de mecanismos para controlar aqueles ditos perigosos sob um viés “preventivo”. Ora, as previsões da LCP a respeito da possibilidade de envio daqueles considerados vadios, mendigos e jogadores inveterados a colônias agrícolas também bem ilustravam esse viés “defensivista”. Afinal, tais indivíduos eram vistos como uma ameaça à sociedade, e, portanto, deveriam ser colocados no “seu devido lugar”. Aliás, Hungria advogava a ampliação das hipóteses de aplicação de medidas de segurança, as quais considerava apresentar caráter preventivo, bem como se revelar úteis à “regeneração” dos criminosos. Além do mais, em Hungria, assim como nos demais autores examinados, também estava fortemente presente a defesa do trabalho como mecanismo de reeducação;

⁶⁸⁶ ROLIM, Rivail Carvalho. Estado, Sociedade e Controle Social no Pensamento Jurídico no Governo Vargas (1930-1945). In: **Passagens – Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica**. Rio de Janeiro: v. 2, n. 5, set/dez, 2010. P.74

⁶⁸⁷ LOYOLA. Erico Teixeira. Juristas em Lilliput: a interpretação da Lei das Contravenções Penais nas suas duas primeiras décadas de vigência (1940-1950). **CLIO: Revista de Pesquisa Histórica** (Recife. On-line), ISSN: 2525-5649, vol. 38, jul-dez, 2020.p. 349.

⁶⁸⁸ LOYOLA. Erico Teixeira. Juristas em Lilliput: a interpretação da Lei das Contravenções Penais nas suas duas primeiras décadas de vigência (1940-1950). **CLIO: Revista de Pesquisa Histórica** (Recife. On-line), ISSN: 2525-5649, vol. 38, jul-dez, 2020.p. 356.

aliás, nesse mesmo artigo, o autor argumenta que o Direito Penal do Estado Novo andava bem ao proteger o “trabalho, incriminando a greve, o *lock out*, a boicotagem, a sabotagem⁶⁸⁹”.

Importante salientar, muito embora o artigo seja do ano de 1951: “A Criminalidade dos homens de cor”, a percepção de Nelson Hungria, de alguma forma, demonstra a percepção de parte da sociedade no que se refere ao homem negro. Segundo o autor, o coeficiente da criminalidade do homem “de cor” no Brasil seria muito superior ao dos homens brancos. No tempo de sua escrita, informava que os negros representavam um percentual menor da população, no entanto em se tratando de criminalidade, com base em uma análise da população carcerária dos Estados de São Paulo, Minas Gerais e Rio de Janeiro representavam uma significativa maioria⁶⁹⁰.

Assevera, ainda, Nelson Hungria que a quantidade de negros detidos não estaria relacionada a uma questão racial, mas sim à questão econômica e à falta de educação social. Dessa sorte, Hungria argumentava que tal criminalidade estaria relacionada à pobreza e falta de oportunidade. De certa forma, muito embora o autor tinha um pensamento bastante aclarado em termos da questão racial, seria o Direito Penal instrumento de educação, que deveria ser aplicado em toda sociedade, em caso não ressaltando-se os negros e mulatos⁶⁹¹.

Prova disso é que o autor alerta que, em relação aos negros, os diretores dos presídios deveriam melhor se atentar, em razão da sua educação, observa-se: “[...] Impõe-se, quanto a eles, portanto, um processo intensivo de reeducação, devendo o diretor do estabelecimento precaver-se, mais do que em relação a outros internados contra prematuros diagnósticos ou prognósticos de cessação de periculosidade”⁶⁹².

Ainda em Nelson Hungria, necessário é ressaltar que o penalista era ferrenho crítico à prostituição, por ir contra a moral da sociedade, porém seria algo tolerável:

Hungria considerava a prostituição como necessária à manutenção da paz doméstica, permitindo aos homens buscar, fora de casa, atendimento às suas supostas carências fisiológicas, ao mesmo tempo em que resguardando a

⁶⁸⁹ LOYOLA, Erico Teixeira. Juristas em Lilliput: a interpretação da Lei das Contravenções Penais nas suas duas primeiras décadas de vigência (1940-1950). **CLIO: Revista de Pesquisa Histórica** (Recife. On-line), ISSN: 2525-5649, vol. 38, jul-dez, 2020.p. 357.

⁶⁹⁰ HUNGRIA, Nelson. A Criminalidade dos Homens de Côr no Brasil. **In: Revista Forense**. Rio de Janeiro: v. CXXXIV, mar, 1951, p. 21.

⁶⁹¹ LOYOLA, Erico Teixeira. Juristas em Lilliput: a interpretação da Lei das Contravenções Penais nas suas duas primeiras décadas de vigência (1940-1950). **CLIO: Revista de Pesquisa Histórica** (Recife. On-line), ISSN: 2525-5649, vol. 38, jul-dez, 2020.p. . 358

⁶⁹² HUNGRIA, Nelson. A Criminalidade dos Homens de Côr no Brasil. **In: Revista Forense**. Rio de Janeiro: v. CXXXIV, mar, 1951, p. 14

moralidade familiar. Essa tolerância, contudo, aparentemente não seria extensível ao gênero feminino⁶⁹³.

Em relação à vadiagem, a de ser observado, que a postura incriminatória de tal delito remonta o Código de 1830, que denominava aqueles que cometiam crimes menores de “vagabundos”, trazendo também ao aspecto econômico a figura dos mendigos, os considerando perigosos.

Assim como dito anteriormente, também estava presente no Código de 1890, as figuras do vadio e dos mendigos estavam bastante presentes, de modo a denotar a intensa preocupação com o sistema econômico e a sociedade que a elite brasileira à época detinha por modelo.

Interessante notar que, no Código de 1890, a condição econômica do acusado era fator determinante para aplicação da pena, já que, se tivesse meios de subsistência, ocupação ou fiador, a pena poderia ser extinta.

Para além do já dito, pode-se analisar que, no caso brasileiro, tem-se uma questão que merece ser lembrada: com a abolição da escravidão de 1888, e com a já gradual liberação da mão de obra escrava brasileira ao longo do século XIX, uma massa de trabalhadores passou a ganhar as ruas das cidades e, para eles, a lei era oferecida.

Com a entrada em vigor da Lei de Contravenções Penais, restava aos autores das condutas multa ou prisão simples; a última seria cumprida sem um rigor penitenciário, ou em um estabelecimento especial, ou em ala especial da penitenciária, ou mesmo no regime semiaberto.

Deve-se ter em conta, que quem é o vadio, depende da sociedade em que se está inserido, tratando-se da sociedade capitalista, é aquele que não trabalha, portanto não é um cidadão.

[...] Então desejamos, compreender e reconhecer a vadiagem como expressão de sujeitos singulares que atuam ou atuaram contra a moral de sua época. São sujeitos que não conseguiram dizer não à natureza, ou cuja “dobra da moral” foi incapaz de deter o ato “antropofágico”. São existências singulares e homogêneas, quanto ao delito criminoso que as configurou como “homens infames”. Esse fato nos permite criar novas possibilidades interpretativas, acompanhar rupturas e continuidades existentes em suas vidas singulares, pois o vadio é, aqui, um extemporâneo, um transgressor.⁶⁹⁴

⁶⁹³ LOYOLA, Erico Teixeira. Juristas em Lilliput: a interpretação da Lei das Contravenções Penais nas suas duas primeiras décadas de vigência (1940-1950). **CLIO: Revista de Pesquisa Histórica** (Recife. On-line), ISSN: 2525-5649, vol. 38, jul-dez, 2020.p. 359

⁶⁹⁴ GIANNATTASIO, Gabriel; PORELI, Rodrigo. Existência em transfiguração: olhares sobre a vadiagem e vidas transgressoras. *Antíteses*. Vol.1, n2, ju-dez de 2008. P.480

Em uma análise superficial, pode-se pensar que a Lei de Contravenções Penais é dotada de conceitos neutros e imparciais, mas a vagueza dos tipos se torna elemento importante para a personificação do autoritarismo. O que se observa é uma relação muito forte entre o conceito de periculosidade e os de vadiagem, mendicância entre outros atribuídos nesse momento histórico. Deveriam, então tais condutas ser tratadas para evitar então a existência de crimes mais gravosos.

O Direito Penal, como instrumento de defesa social, serve aqui como instrumento para “educar” adaptar o indivíduo à sociedade capitalista que se materializava no Brasil desse tempo. Sob a pecha de “menor” “anão” desenvolveu-se uma série de tipos repressivos estigmatizando tanto grupos econômicos como sociais.

Segundo Marc Ancel, o Código Penal de 1944 da Espanha também é considerado um Código de defesa social.

Proclamada a República, o governo provisório revogou o Código de 1928, retornando então ao Código de 1870, e logo se criando, em 1932, um Código que reduzia as agravantes e supressão da pena de morte. A Ley de Vagos e Maleantes acabava por ser um complemento dessa legislação, prevendo a punição de estados perigosos pré-delituais e pós-delituais.

Com o início do franquismo, aumentaram-se as prisões, principalmente por questões políticas, mas, por volta de 1940, o grande número de encarcerados e a dificuldade de gestão dos presídios fizeram com que houvesse uma política de esvaziamento das prisões, pois já não fazia sentido, após a guerra, manter todo a qualidade de opositores presos. Nesse contexto, insere-se a liberdade condicional e um corpo técnico para revisão das penas, para que houvesse a possibilidade de readequação da população carcerária⁶⁹⁵.

Rubio-Manzanares apresenta interessante apontamento sobre o período de constituição do Código de 1944, na Espanha, primeiramente ancorando-se no contexto histórico, informa que a direita espanhola não tinha um projeto definido, desejando apenas o afastamento da frente popular do poder. Nesse cenário, os militares entram em cena e, com a vitória, o Governo sente a necessidade de instalação de um regime de terror para afastar os inimigos políticos, inclusive com sua eliminação física, mediante fuzilamentos⁶⁹⁶.

Deve-se ter em conta a criação da lei de responsabilidades políticas de 1939, criada no início do ano de 1939, que visava à “reconstrução material e espiritual da pátria”; a lei criava um tribunal de responsabilidades políticas, ferindo o princípio da irretroatividade da lei penal,

⁶⁹⁵ RODRÍGUEZ, Javier Sierra. Manual de Políticas Públicas Penitenciárias: aproximación a través de estudios de caso. Murcia: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia. 2012.p.50

⁶⁹⁶ Rubio-Manzanares p.37

julgava fatos anteriores à sua criação, tentando abarcar uma série de questões ocorridas durante a guerra civil.

Assim observa o artigo 1.º Da lei de responsabilidades políticas:

Artículo 1.-Se declara la responsabilidad política de las personas, tanto jurídicas como físicas, que desde primero de octubre de mil novecientos treinta y cuatro y antes de dieciocho de julio de mil novecientos treinta y seis, contribuyeron a crear o a agravar la subversión de todo orden de que se hizo víctima a España y de aquellas otras que, a partir de la segunda de dichas fechas, se hayan opuesto o se opongan al Movimiento Nacional con actos concretos o con pasividad grave⁶⁹⁷. Artículo 2.—Como consecuencia de la anterior declaración y ratificándose lo dispuesto en el artículo 1. del Decreto número ciento ocho, de fecha trece de septiembre de mil novecientos treinta y seis, quedan fuera de la Ley todos los partidos y agrupaciones políticas y sociales que, desde la convocatoria de las elecciones celebradas en dieciséis de febrero de mil novecientos treinta y seis, han integrado el llamado Frente Popular, así como los partidos y agrupaciones aliados y adheridos a éste por el solo hecho de serlo, las organizaciones separatistas y todas aquellas que se hayan opuesto al -triumfo del Movimiento Nacional.

A lei separava a população não por critérios penais, mas sim pelos políticos e morais, trazendo em seu preâmbulo a seguinte justificativa:

[...] una Ley de Responsabilidades Políticas, que sirva para liquidar las culpas de este orden contraídas por quienes contribuyeron con actos u omisiones graves a forjar la subversión roja, a mantenerla viva durante más de dos años y a entorpecer el triunfo providencial e históricamente ineludible, del Movimiento Nacional.”

Ainda no preâmbulo, a guerra teria sido necessária, para eliminação dos mais perigosos, e, com seu fim, era necessário que todos os inimigos pagassem para então reingressar ao convívio social, apagando então os erros do passado e passando a servir a Espanha. Nesse sentido, importante é pensar que a vítima da guerra seria a Espanha, que devia ser reparada, de modo que se expressa na lei a superioridade da comunidade em relação aos sujeitos⁶⁹⁸.

Reafirma-se que o legislador não teve nenhuma ressalva em não adotar o princípio liberal garantista da irretroatividade, de modo a delimitar temporalmente em seu artigo primeiro o período a ser punido e quem deveria ser punido no decorrer do texto legal. O que se buscava, ao punir aqueles que tiveram certas posturas políticas e propaganda, é justamente servir de

⁶⁹⁷ ESPAÑA. Ley de Responsabilidades Políticas de de 9 de febrero de 1939. **BOE** página 834, 13 de fevereiro de 1939.

⁶⁹⁸ Rubio-Manzanares p. 59

exemplo para que outras pessoas não tomassem o mesmo caminho, havendo um forte caráter simbólico⁶⁹⁹.

A criminalização do “outro” em uma comunidade está relacionada à construção social do delito, ou seja, mediante uma reação social negativa que etiqueta um comportamento como desviado com relação às regras sociais que estabelece um grupo.

[...] Estas reglas definen ciertas situaciones y los tipos de comportamiento apropiados para las mismas, prescribiendo algunas acciones como «correctas» y prohibiendo otras como «incorrectas». Cuando se impone una regla, la persona que se cree que la ha quebrantado puede ser vista por los demás como un tipo especial de individuo, alguien de quien no se puede esperar que viva de acuerdo con las reglas del resto del grupo; se le considera, entonces, un «marginal», un *outsider*⁷⁰⁰

Nesse sentido, cria-se a figura daqueles que não atendem os padrões estabelecidos de legalidade, e surge assim a figura do inimigo. É esse indesejado por parte do Estado que havia se propagado durante a Guerra Civil que se torna elemento a fundamentar a legalidade no Estado espanhol⁷⁰¹.

O contexto da Guerra Civil abriu a possibilidade de implantação de um Estado de Guerra e de ampliação da competência para a justiça militar, bem como a pena de morte. A aplicação da lei penal esteve relacionada, no Estado Nacional, à implantação de um Estado de Exceção, legitimada por uma moral católica e um Positivismo racional.

A responsabilidade penal durante o início do franquismo assentava-se na periculosidade inata do agente, o crime se constituía apenas no fato de poder constituir perigo ao bem jurídico, atingindo a criminalidade de seus pensamentos e de sua vida interior.

Instala-se uma criminalização preventiva, o inimigo era o estrangeiro, o judeu o maçom, o marxista, assim observa-se:

[...] Essa polarização estava enraizada na própria “realidade da vida”, que era objeto do Direito Penal, conforme teorizou o advogado criminalista Juan del Rosal em relação ao conceito de crime. A reforma legal tinha de ser determinada pela atividade política do Estado, e combinaria as ideias de nacional e social numa «nova forma de compreender e viver a essência dos conceitos básicos do Direito Penal, dando forma a uma realidade viva e nativa Lei da realidade vital criada por nós». O crime era entendido como um todo, cheio de ligações vivas: «no crime há uma substância humana e social que se traduz pela sua vertente política». Além de seus limites, o Direito Penal autoral

⁶⁹⁹ Rubio-Manzanares p. 59

⁷⁰⁰ CALERO, Francisco Sevillano. Política y criminalidad en el «nuevo estado» franquista. la criminalización del «enemigo» en el derecho penal de posguerra. núm. 35, madrid, enero-junio (2016), p. 290

⁷⁰¹ CALERO, Francisco Sevillano. Política y criminalidad en el «nuevo estado» franquista. la criminalización del «enemigo» en el derecho penal de posguerra. núm. 35, madrid, enero-junio (2016), p. 290

era concebido como um “Direito Penal da vontade”, cuja substância devia ser a consciência do autor. Era uma "justiça política". Tem por objetivo alargar a esfera de ação política, recrutando para o efeito os serviços dos tribunais pela sobreposição de normas penais por conjunto de normas excepcionais ou pela desvirtuação do processo judicial, e que se caracteriza pela submissão ao escrutínio .do tribunal de todos os atos individuais e coletivos para fortalecer a própria situação e enfraquecer a dos adversários políticos⁷⁰²⁷⁰³.

A concepções do crime e as características do sistema penal do “novo Estado, penetraram no Direito Penal. Na abertura do ano judicial em 1940, o Ministro da Justiça Esteban Bilbao, fez alusão ao divórcio⁷⁰⁴ e à revogação de sua liberdade, bem como o resgate das penas de trabalho.

O novo Estado Espanhol revogou a lei divórcio na busca de retomar as tradições que no discurso do franquismo haviam sido enfraquecidas pelo liberalismo e pelo socialismo. Não se deve esquecer, que no ano de 1938⁷⁰⁵, foi criada lei que revogava o casamento civil, uma vez que havia sido negada com tal lei o aspecto tradicional do casamento religioso⁷⁰⁶.

[...] A moral católica e a autoridade paternalista fundaram as diferentes ordens da jurisdição ordinária, que também aplicaram uma nova legislação econômica especial de acordo com a política autárquica e os crimes do mercado negro; ou seja, a ideologia autárquica do "novo Estado" criou novas figuras penais para o controle da realidade social. Foi o caso da Lei sancionando o entesouramento de mercadorias, a retenção de produtos manufaturados e a alta abusiva de preços, de 26 de outubro de 1939⁷⁰⁷⁷⁰⁸.

⁷⁰² Essa polarização estava enraizada na própria “realidade da vida”, que era objeto do Código Penal, conforme teorizou o advogado criminalista Juan del Rosal em relação ao conceito de crime. A reforma legal tinha de ser determinada pela atividade política do Estado, e combinaria as ideias de nacional e social numa «nova forma de compreender e viver a essência dos conceitos básicos do Código Penal, dando forma a uma realidade viva e nativa Lei da realidade vital criada por nós». O crime era entendido como um todo, cheio de ligações vivas: «no crime há uma substância humana e social que se traduz pela sua vertente política». Além de seus limites, o Código Penal aortal era concebido como um “Código Penal da vontade”, cuja substância devia ser a consciência do autor . Era uma "justiça política". Tem por objetivo alargar a esfera de ação política, recrutando para o efeito os serviços dos tribunais pela sobreposição de normas penais por conjunto de normas excepcionais ou pela desvirtuação do processo judicial, e que se caracteriza pela submissão ao escrutínio .do tribunal de todos os atos individuais e coletivos para fortalecer a própria situação e enfraquecer a dos adversários políticos .

⁷⁰³ CALERO, Francisco Sevillano. Política y criminalidad en el «nuevo estado» franquista. la criminalización del «enemigo» en el derecho penal de posguerra. núm. 35, madrid, enero-junio (2016), págs. 294

⁷⁰⁴ Durante a República houve a liberação do divórcio em 1932.

⁷⁰⁵ BOE, 21-III-1938.

⁷⁰⁶ CALERO, Francisco Sevillano. Política y criminalidad en el «nuevo estado» franquista. la criminalización del «enemigo» en el derecho penal de posguerra. núm. 35, madrid, enero-junio (2016), págs. 296

⁷⁰⁷ La moralidad católica y la autoridad paternalista fundamentaron los diferentes órdenes de la jurisdicción ordinaria, que aplicó también una nueva legislación especial de tipo económico acorde a la política autárquica y los delitos del mercado negro; es decir, la ideología autárquica del «nuevo Estado» creó nuevas figuras penales para el control de la realidad social. Este fue el caso de la Ley sancionadora del acaparamiento de mercancías, la retención de productos fabricados y la elevación abusiva de precios, de 26 de octubre de 1939.

⁷⁰⁸ CALERO, Francisco Sevillano. Política y criminalidad en el «nuevo estado» franquista. la criminalización del «enemigo» en el derecho penal de posguerra. núm. 35, Madrid, enero-junio (2016), págs. 296

A atualização do Código Penal, veio a atender a moral católica e autoridade paternalista:

[...] A adaptação do atual Código Penal a alguns pressupostos morais tradicionais levou a sucessivas disposições penais em defesa da família, como fundamento da ordem social; da honestidade da mulher; e da concepção e integridade da infância em uma sociedade cristã e um Estado católico. Assim, foi aprovada a Lei de 24 de janeiro de 1941 para a proteção da natalidade contra o aborto⁷⁰⁹⁷¹⁰.

Em relação à prostituição, no ano de 1941, foram criadas prisões especiais, para recuperação de mulheres, em razão de moralidade que teria sido propagada devido os anos do regime republicano; em 1942, foi restaurada a lei que punia como crime o adultério, endurecendo a penalidade sobre o aborto, bem como sobre os crimes de infanticídio⁷¹¹.

Apenas a partir de 1942 a legislação ordinária restabeleceu suas competências, em detrimento principalmente da militar, na busca de retomar o poder sobre a sociedade civil. As mudanças legislativas, em sua maioria, aumentaram o rigor das punições, principalmente cometidos em relação a autoridades relacionadas ao Governo⁷¹².

Mesmo com as mudanças legislativas, continuou em vigor a lei de vagabundos y meliantes, permanecendo a ideia de Direito Penal do autor presente no período republicano. A confluência de ideias foi materializada na redação do Código Penal de 1944.

O Código Penal foi aprovado por lei de 21 de dezembro de 1944, observa-se:

[...] A codificação legal estabeleceu uma maior severidade punitiva ao restabelecer que a sanção de cada crime incluía três graus (mínimo, médio e máximo) e não um ou dois, além de incorporar a pena de morte e a perda da nacionalidade espanhola. Da mesma forma, destacou-se a ação punitiva preventiva ao contemplar a conspiração e a proposição de forma ordinária (e não apenas quando a lei os pune especialmente), acrescentando a provocação. Por outro lado, ter agido por motivos morais, altruístas ou patrióticos de notória importância foi incluído como circunstância atenuante da responsabilidade criminal, enquanto era agravado no caso de prática de crime em local sagrado o. O Código Penal revisado penalizou os crimes contra a

⁷⁰⁹ CALERO, Francisco Sevillano. Política y criminalidad en el «nuevo estado» franquista. la criminalización del «enemigo» en el derecho penal de posguerra. núm. 35, madrid, enero-junio (2016), págs. 296

⁷¹⁰ La adecuación del Código Penal vigente a unos presupuestos morales tradicionales hizo que se fueran dando sucesivas disposiciones penales en defensa de la familia, como base del orden social; de la honestidad de la mujer; y de la concepción y la integridad de la infancia en una sociedad cristiana y un Estado católico. De este modo se aprobó la Ley de 24 de enero de 1941 para la protección de la natalidad contra el aborto (32).

⁷¹¹ CALERO, Francisco Sevillano. Política y criminalidad en el «nuevo estado» franquista. la criminalización del «enemigo» en el derecho penal de posguerra. núm. 35, madrid, enero-junio (2016), págs. 297.

⁷¹² CALERO, Francisco Sevillano. Política y criminalidad en el «nuevo estado» franquista. la criminalización del «enemigo» en el derecho penal de posguerra. núm. 35, madrid, enero-junio (2016), págs. 297

religião católica (arts. 205 a 212), incluindo blasfêmia (art. 239); condenou greves de trabalhadores como sedição⁷¹³.

Mesmo com a retomada do Direito Penal ordinário após a Guerra Civil, ainda continuaram os fragmentos do Direito Penal do inimigo, com a ideia de que a pena teria um caráter curativo, diversas pessoas deveriam ser tratadas de tais males, agravando-se as penas em nome da defesa social⁷¹⁴.

A existência de uma necessidade de defender a sociedade contra os “perigosos” se identifica no Código de 1944, podendo, por exemplo, ser verificada em seu artigo 100⁷¹⁵ do qual emerge a ideia de que a redução de pena seria possível, mas não para aqueles considerados portadores de periculosidade social.

Nesse sentido, a legislação do Estado Franquista, após a Guerra Civil, tratou de selecionar certos comportamentos e categorias de pessoas, tachá-los como marginais e transformá-los em criminosos. Francisco Calero informa que na Espanha houve um aumento não apenas quantitativo, mas qualitativo das pessoas que eram presas, consideradas perigosas e associadas:

[...] A pena aplicada pelo "Novo Estado" revela-se uma complexa instituição social. Tratava-se de um sistema institucional atravessado por uma série de relações sociais: políticas, ideológicas, morais, econômicas, que não só influíam na pena, mas também operavam por meio dela para o controle social. Consequentemente, a ação punitiva da justiça ordinária na Espanha durante o pós-guerra foi aplicada especialmente no julgamento e punição de certos crimes: rebelião militar (que se estendeu a ameaças ou atentados contra a segurança do Estado e a ordem pública), violações de intervenção econômica,

713 La sucesión de leyes aprobadas, con las modificaciones penales introducidas en ciertos delitos y la reinstauración y la tipificación de otros nuevos, llevó a su refundición en un Código Penal renovado. Las principales reformas fueron contenidas provisionalmente en la Ley de 19 de julio de 1944. Asimismo, en la misma fecha se aprobó la Ley de Bases para la reforma de la Justicia Municipal. El «Código Penal, texto refundido de 1944» fue aprobado por Decreto de 21 de diciembre (42). La codificación legal fijó una mayor severidad punitiva al restablecer que la sanción de cada delito comprendiese tres grados (mínimo, medio y máximo) y no uno o dos, además de incorporarse la pena de muerte y la pérdida de la nacionalidad española.

714 CALERO, Francisco Sevillano. Política y criminalidad en el «nuevo estado» franquista. la criminalización del «enemigo» en el derecho penal de posguerra. núm. 35, Madrid, enero-junio (2016), págs. 297.

715 Art. 100. Podrán, reducir su pena por el trabajo todos los reclusos condenados a penas de más de dos años de privación de libertad tan pronto como sea firme la sentencia respectiva. Al recluso trabajador se le abonará un día de su pena por cada dos de trabajo, siéndole dé aplicación los beneficios de la libertad condicional cuando, por el tiempo redimido, reúna los requisitos legales para su concesión. No podrán redimir pena por el trabajo: 4.º Los delincuentes en quienes concurriere peligrosidad social, a juicio del Tribunal, expresamente consignado en la sentencia.

transgressões aos bons costumes sexuais e aos crimes contra a honestidade, além de aplicar maior carga punitiva aos crimes contra o patrimônio⁷¹⁶⁷¹⁷.

Dessa forma os vitoriosos da guerra civil, buscaram impor pressupostos morais e ideológicos, na busca pela justificação da pena. Deve-se ter em conta a força do catolicismo nesse momento, o que repercutia também no ideário sobre a punição da época, em que a pena serviria de retribuição e expiação.

⁷¹⁶ CALERO, Francisco Sevillano. Política y criminalidad en el «nuevo estado» franquista. la criminalización del «enemigo» en el derecho penal de posguerra. núm. 35, Madrid, enero-junio (2016), págs. 306

⁷¹⁷ La penalidad que aplicó el «nuevo Estado» se revela como una institución social compleja (Se trató de un sistema institucional que estaba atravesado por una serie de relaciones sociales: políticas, ideológicas, morales, económicas, que no solo influyeron sobre la penalidad, sino que operaron a través de ella para el control social. Consecuentemente, la actuación punitiva de la justicia ordinaria en España durante la posguerra se aplicó especialmente en la persecución y el castigo de ciertos delitos: la rebelión militar (que fue extendida a las amenazas o atentados contra la seguridad del Estado y el orden público), las infracciones a la intervención económica, las transgresiones a la moral sexual y los delitos contra la honestidad, además de aplicarse una mayor carga punitiva a los delitos contra la propiedad.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa se estruturou no sentido de pensar a punição dos pobres e marginalizados sob o discurso da teoria da defesa social, em perspectiva comparada entre Brasil e Espanha, tendo como marco temporal as décadas de 1920 a 1940, elegendo-se como ponto-chave a análise da cultura jurídica dos dois países, no que tange às Escolas Penais e seus desdobramentos, seja na doutrina seja na legislação.

Inicialmente se buscou deixar clara a importância dos estudos sobre a cultura jurídica, dado que ela não se desprende do todo, ela pertence a ele e, dessa forma está vinculada a questões sociais, políticas, econômicas, que fazem parte de uma determinada sociedade em um determinado tempo. Dessa feita, o que se materializa como punição em uma legislação, de forma ou de outra, faz parte de um plexo que constitui a sociedade em que está inserida.

Como exemplo, mesmo que rapidamente, foi tratada a questão das mudanças no sistema punitivo que aos poucos saiu da ideia de necessários castigos físicos, demonstrando que, historicamente, as penas modificaram-se, a punição ganhou uma nova roupagem, e em meio a tudo, é possível perceber que, para além de como punir, foi-se criando uma lógica de quem punir. Para entender por que a seleção de um tipo penal e não outro, deve-se buscar o contexto histórico, pensar os mais diferentes aspectos que podem ter sido responsáveis pela constituição da norma.

Trata-se de uma pesquisa sobre História das culturas jurídicas brasileira e espanhola, tentando evidenciar o discurso da defesa social e a seletividade do Direito Penal, em meio ao contexto histórico de ambos países e as ideias jurídicas que neles circulavam, no que tange à punição dos pobres e dos marginalizados sociais, considerados classes perigosas à ordem vigente, devendo contra eles ser aplicada a rigidez da lei penal.

Tomou-se o cuidado inicial, antes de analisar a questão da teoria da defesa social no viés do Positivismo criminológico e suas possíveis influências no Brasil e na Espanha, analisar autores das Ciências Sociais importantes no momento a saber: Marc Ancel, Adolphe Prins, Fillippo Gramatica, que prestaram importante serviço à intelectualidade da época com seus estudos. Os autores são uníssonos em apresentar que a teoria da defesa social não é uma e é bastante antiga, tendo sido reformulada ao longo dos anos. Por meio de uma análise mesmo que perfunctória de suas obras, conseguiu-se inferir que a defesa social se enquadra no Positivismo criminológico e a ele serve, uma vez que já entendia pela necessidade de reação social contra o crime. Com sua relevância ao Positivismo criminológico, [Em decorrência](#), a defesa social passa a ter uma doutrina própria, com destaque aos trabalhos da União Internacional de Direito Penal

em 1889, da qual Adolphe Prins foi um dos fundadores. Ao longo do tempo, abandonando a ideia de saber se quem cometeu o crime ~~era possuía~~ ou ~~sanidade mental~~, ~~não são, pois~~ a responsabilidade penal ~~passou a ser buscada no~~ ~~estaria atrelada ao~~ fato de o indivíduo viver em sociedade, ~~e se constituir – independente de sua conduta efetiva – em um perigo para a sociedade.~~

Tendo então a teoria da defesa social por cerne a ideia de dever e direito de proteção da sociedade, muito embora comporte diferentes variações como dito anteriormente, foi evidenciado na tese que, por vezes, existe uma seleção, ~~derivado dos preconceitos existentes,~~ ~~contra~~ de quem será defendida a sociedade, de modo a depender do contexto histórico, jurídico, político e econômico, cultural, entre outros quesitos. ~~Dessa forma, de modo que foi tratada que~~ a defesa social no contexto do Positivismo criminológico foi carregada de aspectos higienistas relacionados ao sistema capitalista e a sociedade existente. ~~Na presente tese, procurou-se demonstrar que~~

~~Dessa forma,~~ a defesa social, por vezes, efetiva-se lançando as amarras do Estado contra pessoas que destoam em aspectos econômicos e sociais do padrão que se pretende, ~~como~~ no caso ~~daqueles que se recusavam a disciplina do trabalho assalariado capitalista, acusando-se os insubmissos de serem~~ ~~demonstrado nesse trabalho,~~ ~~por vezes acusava-se de~~ portadores de anomalias mentais, ~~visto que,~~ ~~os que, de alguma forma,~~ estavam fora dos padrões financeiros e sociais da sociedade capitalista vigente.

Nesses termos, a pobreza e a marginalização social são questões que fazem parte do sistema capitalista, e a filantropia, que seria uma forma de amenização e outros “paliativos” ~~foram era utilizados~~ como forma de controle das massas, principalmente na virada do século XIX para o século XX, quando surgiram legislações voltadas para filantropia e materializando-se novas legislações sobre vadiagem.

~~Dessa forma,~~ ~~Assim sendo,~~ paulatinamente o Estado ~~no período compreendido pela presente pesquisa, passou a ditar dita~~ as regras de quem é considerado perigoso, já que a legislação por ele emitida determinava quais seriam essas classes ~~perigosas~~. No caso da pesquisa, observa-se que havia uma extrema preocupação com os vagabundo e meliantes, que estariam fora dos padrões estabelecidos pelo sistema capitalista, do homem branco e burguês.

O porquê – ~~em termos de finalidade e justificativa~~ – da ~~nova escola criminológica que inspirou a nova~~ legislação penal tinha um sentido: ~~buscar que buscava~~ defender a sociedade desse homem não burguês. Na Espanha, por exemplo, deve-se ao desenvolvimento da sociedade capitalista no século XIX e à intensificação da urbanização e os problemas dela advindos: a mudança das relações de trabalho que outrora eram de cunho pessoal para o aspecto

mais contratual, **sendo que**, desse modo, as reivindicações poderiam ser mais constantes, necessitando então controle e intervenção que era buscada no Estado.

O processo de desenvolvimento capitalista do campo levou à um forte êxodo rural na Espanha, e na cidade, com a ausência de vagas de trabalho, seguiam perambulando pela rua, ou fazendo pequenos biscates, trazendo incômodo à classe burguesa, que temia que esse desvio viesse a ser recorrente.

No Brasil, um país em que houve a abolição da escravidão no final do século XIX, lançando a mão de obra de ex-escravizados à sua própria sorte, **ainda que esperasse poder usufruir da mesma em termos do mercado capitalista de trabalho**, assim como a existência de uma burguesia que buscava equiparar-se aos moldes europeus, não via com bons olhos a mendicância, a vadiagem, a presença de determinados grupos no espaço urbano, que se mostravam como sinônimo de atraso a ser evitado.

Com o Golpe de Estado que colocou Getúlio Vargas no poder em 1930, **movido pela convicção modernizadora dos setores médios urbanos, aliado à transição das oligarquias rurais em novos capitães da nascente indústria**, ~~busca pelo desenvolvimento industrial~~, fez com que fosse mantida a ideia que antigas práticas **[EXPLICAR MELHOR]**, muitas delas já punidas por legislações anteriores, também fossem incorporadas à legislação penal, como no caso da Lei de Contravenções Penais.

A burguesia pressiona o Estado para ir contra os descumpridores das ordens impostas e, ao mesmo tempo, busca paliativos para que não escape de suas mãos o poder sobre a mão de obra, por meio de uma pretensa preocupação com a salubridade. Nesse discurso, ingressa a medicina **como normatizadora social, atribuindo novos e os papeis dos aos** médicos: ~~que~~ seriam **os** responsáveis por detectar as anomalias **individuais e seu potencial perigo social**.

Nesse contexto, não se pode negar a forte influência “Darwinismo Social”, que, por sua vez, resultou na proposta de uma defesa social utilitarista, na qual o indivíduo que delinque não mais é o ruptor do contrato social, mas uma célula doente, de um organismo que é a sociedade.

Importante salientar que não apenas os médicos, mas a polícia e os estatísticos voltam seu olhar para as cidades - do final do século XIX e início do século XX - como o lugar de pestilência, que deveria ser limpo da vagabundagem, da prostituição e dos grupos sociais indesejados. Surgiu, então um padrão de salubridade que não levava em consideração as variações políticas, étnicas, religiosas.

No caso brasileiro, conforme ~~tecido~~ **apresentado** no corpo **desta tese, do trabalho**, tivemos importante expoente dessas teorias médicas evolucionista, Raimundo Nina Rodrigues,

que em sua obra “Raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil”, abordou o fato social da mestiçagem do ponto de vista criminal. O referido autor informa que a criminalidade desses indivíduos se deve às características antropológicas do Brasil, no tempo de sua escrita, [a saber, a deletéria mistura de raças](#).

Resultou também da pesquisa, que não apenas os economicamente desfavorecidos eram elementos que deveriam ser afastados da sociedade, como os que eram afetados por algum tipo de anomalia psíquica, [classificação preferida para designar os que se rebelavam contra a disciplina capitalista](#). De modo que os loucos deveriam ser afastados da sociedade pelo perigo que poderiam oferecer. Os manicômios, as prisões, bem como a segregação territorial urbana, com o lançamento dos indesejados para bairros longínquos eram os lugares destinados àqueles se enquadraram nos ditames do sistema, portanto, eram tidos como perigosos, e ali deviam ficar, por representarem o que não deveria ser exposto.

Em se tratando das correntes de pensamento das escolas penais, foi necessário mencionar a Escola Clássica do Direito Penal, que foi um movimento contrário ao Direito Penal do antigo regime, mesmo não havendo uma doutrina comum a todos os membros, existia um laço evidente, a questão de que o próprio Direito poderia impor limites ao poder punitivo. A Escola clássica de forte influência iluminista não buscou um conceito de defesa social único, já que detinha a ideia de valorização do indivíduo. Dessa sorte, a defesa social aparece muito mais como um objetivo, não sendo a principal função do Direito Penal.

Assim, entendemos que o fundamento do Direito Penal como instrumento de defesa social é obra da Escola Penal Positivista Italiana, de qual temos como principais nomes Enrico Ferri (1856-1929), César Lombroso (1835-1909) e Raffaele Garofalo (1851-1934), donde podemos pensar que tal escola passa a observar que o Direito Penal é um instrumento da defesa social.

Césare Lombroso, com a figura do homem delinquente, utilizando-se do fenótipo para a apresentação de um criminoso nato, com o uso da Biologia, mas, no período final de sua vida findou por aceitar a possibilidade de influências externas em relação ao homem criminoso. Em Ferri, a Justiça Penal deveria ganhar uma função de prevenção contra a enfermidade do crime e confiar muito mais nas medidas de prevenção social do que na violência e pressão. Para Garofalo, a ideia de que a pena deveria ser aplicada de acordo com a periculosidade do sujeito.

Em meio a essas questões buscou-se apresentar o Brasil e a Espanha da época, palcos de grandes transformações principalmente no que se refere ao Direito Penal. O Brasil entre as décadas de 1920 e 1930 era um país que vivia basicamente da exportação de produtos primários,

havendo um processo de industrialização bastante lento. O processo de industrialização ganhou maior espaço após Getúlio Vargas assumir o poder em 1930.

Interessante é que foi possível relacionar a inferioridade jurídica do escravo com a abolição da escravidão passou a ser pensada como inferioridade biológica, em meio às teorias evolucionistas que circulavam no Brasil. No final do século XIX e, ainda nas décadas iniciais do século XX, o médico tornou-se “planejador urbano” e, em meio a isso, reformas higienistas e junto com elas, ideias relacionadas à correção da sociedade.

Salientou-se, ainda, que, no início do século XX, o Brasil era marcado pelas desigualdades sociais que grassavam nas mais diversas regiões do País. Restava claro que o caminho institucional para a “pacificação social” seria uma política de controle social, sobretudo da liberdade, utilizando-se o Direito Penal.

Quando se tratou da Espanha, na primeira metade do século XX, desde a saída de uma monarquia para uma República, períodos ditatoriais, guerras e, em meio a tudo isso, a existência de uma parcela da população pobre e marginalizada como a brasileira. O processo de industrialização espanhol também foi tardio, mas o desenvolvimento de um operariado sindicalizado, e os ventos que sopravam da Revolução Russa, a burguesia espanhola passou a desejar a centralização do poder, o que facilitou a ascensão do ditador Primo de Rivera ao poder.

Assim como a maioria dos países capitalistas do mundo, após a crise de 1929, a Espanha estava mergulhada em uma terrível crise econômica e ainda havia passado por uma guerra colonial no Marrocos, em meio a crise e questões políticas, foi proclamada a Segunda República Espanhola, o que seria fator importante para o desencadear da terrível Guerra Civil naquele país.

Da forma descrita anteriormente, observa-se que, assim como no Brasil, eram intensas as agitações políticas na Espanha, e em meio a tal situação, o cidadão amargava o período de crise econômica, fazendo com que o Estado acabasse impusesse sua vontade por intermédio de legislações que perpassassem a ideia de manutenção do trabalho e do *status quo* da sociedade proprietária e burguesa.

As Escolas Penais brasileira e espanhola encarnavam boa parte das situações tecidas. Em tempos do Positivismo criminológico, o contexto dos países encaixava-se como uma luva que suas propostas estavam voltadas para barrar os perigosos, os anormais, que não se enquadravam nos moldes de consumo ou, por vezes, se recusavam ao trabalho ou não detinham condições para consumir.

Mesmo que seja algo complexo se falar em um Positivismo criminológico puro no Brasil, é inegável sua influência de Lombroso, de Ferri, que eram autores lidos pelos penalistas

brasileiros. O deslocamento da preocupação da preocupação outrora com foco no Crime, agora para o criminoso demonstrava a guinada que os positivistas haviam dado, principalmente na questão da periculosidade e a necessidade de defesa social.

Na Espanha, não se pode falar na existência de um embate entre escolas penais, do tipo classicismo *versus* Positivismo, justamente pelo fato de a escola kraussiana ter ganhado espaço, não se desenvolvendo um Positivismo do tipo empirista. Apesar da existência de autores como Rafael Salillas, que abertamente declarava-se positivista, havia forte influência do catolicismo que buscava na legislação a busca da realização material, bem como a existência da corrente correcionalista.

A Escola correcionalista é a tipicamente espanhola e se baseia na pena como forma de correção da vontade pervertida do delinquente; a pena seria um bem e um direito do cidadão, já que, por meio dela, poderia então conviver com os demais sãos. Em relação à prática de atividades delituosas, dessa forma a pena seria indeterminada e deveria durar enquanto o indivíduo não fosse curado.

Apesar de conceituações diferentes em termos de escola, não se falando abertamente em Positivismo Jurídico, com base na pesquisa, pôde-se perceber a circulação da teoria positivista na Espanha, principalmente no que tange à questão do louco delinquente e seu afastamento do seio social como forma de proteção da sociedade.

Ao fim e ao cabo, é impossível não apresentar a influência do Positivismo em autores espanhóis como Dorado Montero, Jiménez de Asúa e Quintiliano Saldaña, visto que, mesmo que, de formas diferentes, por vezes em fases diferentes de sua escrita, ~~modificando suas abordagens ao longo do tempo, mas não se pode negar tal.~~ [REFORMULAR e pontuar ainda que sumariamente a evolução do pensamento dos mesmos].

Mesmo que com esse Positivismo **criminológico** de um tipo não puro em países como Brasil e Espanha, pode-se perceber que a característica positivista de pena como instrumento da defesa social é abertamente praticada em ambos os países. No Brasil, as ideias de defesa social, tais quais apontamos, chegaram às principais Universidades brasileiras da época, a de São Paulo e a de Recife.

Por intermédio de análise bibliográfica, ficou evidente a existência das ideias de Lombroso, Ferri, Spencer, Darwin, na virada do século XIX e nas primeiras décadas do século XX. As ideias higienistas e o desejo de “educar” o povo brasileiro, acarretavam uma busca por uma espécie de desejo por igualar o Brasil a nações europeias mais desenvolvidas.

Na década de 1930, já no com o Estado Novo no Brasil e o Franquismo na Espanha, o Direito Penal também ganhou novos rumos e influências. No Brasil, com a instituição da

ditadura do Estado Novo em 1937, o Governo estadonovista optou então por um corpo técnico para elaboração da legislação, sendo o Ministério da Justiça responsável por todo o direcionamento, que, à época, era Francisco Campos; assim foi o caso da legislação penal brasileira gestada no período.

O Ministro da Justiça, Francisco Campos, entendia que era necessária a criação de um Código Penal mais estável, já que as legislações sofriam constantes modificações. Foi dada a tarefa da elaboração do Código ao Professor Alcântara Machado e, posteriormente, uma comissão de juristas o materializou, com a separação entre leis e contravenções. Tudo era passado às mãos do Ministro da Justiça, como forma de demonstração da força do regime.

Analisando também a legislação penal autoritária do franquismo, observou-se que suas origens não estavam apenas no próprio franquismo, mas em tempos anteriores, já que foi o Código de 1928 que apresentou a possibilidade de periculosidade sem delito, possibilitando, assim, a segregação social sem que houvesse sequer o cometimento de crime. Não se deve negligenciar que essa ideia advinha da Escola Positivista italiana, no sentido de que deveria ser medido o grau de periculosidade do indivíduo, fixar seu grau de perigosidade social e criar mecanismos de defesa.

O governo Franquista utilizava-se das ideias [do positivismo criminológico positivistas](#), no sentido de tornar perigoso todo aquele que fosse contrário ao Estado, valorizando, inclusive, a Psiquiatria como instrumento de reconstrução espiritual e moral, sendo tal especialidade médica um verdadeiro apóstolo do franquismo.

Apesar de fortemente usada pelo franquismo, foi [no período da Segunda República na Espanha](#) ~~nesse período~~ que houve a criação da chamada Ley de Vagos y Maleantes ([em 1933](#)) com característica bastante defensiva no sentido de abarcar a periculosidade sem delito. ~~A lei surgiu durante a república, mas sua abertura no sentido de definição do que seriam os vagabundos e meliantes possibilita uma interpretação que seria levada a cabo nos anos seguintes.~~

O franquismo forjou sua própria legalidade, elegeu seus inimigos, aproveitou-se das possibilidades legislativas para punir os indesejados. Foi lançada na tese a Lei de Punição à Maçonaria. Na exposição dos motivos dessa lei, afirma-se que a Maçonaria adotava métodos às margens da vida social, figurando organizações subversivas e, em sua maior parte, assimiladas ao comunismo.

Para compreender um pouco mais sobre o tema e na tentativa de responder o problema, trabalhou-se com quatro importantes penalistas, dois do Brasil, Nelson Hungria e Roberto Lira, e dois da Espanha, Jiménez de Asúa e Quintiliano Saldaña, na busca de captar as nuances do

Positivismo em ambos os países e a possibilidade da existência da teoria da defesa social em seus escritos.

Trabalhou-se inicialmente Jiménez de Asúa, na investigação de algumas de suas obras e verificou-se que o autor detém uma vastidão de escritos. Nesse ponto, uma pausa deve ser dada, com a reafirmação de que o pensamento de Jiménez de Asúa de 1920 e alguns anos seguintes, está fortemente relacionado com este ambiente penalístico espanhol. Nota-se, então, a forte influência do Positivismo ao molde alemão e, ao fazer a leitura de suas obras inaugurais dos referidos anos, observa-se um apego declarado às ideias positivistas, bem como a teorias a ele relacionadas, como a defesa social.

Jiménez de Asúa se declarava partidário do Positivismo crítico, sendo partidário da teoria da defesa social. O princípio defensivo teria feito com que se abandonasse a responsabilidade e intencionalidade, para se pensar pela concepção de estado perigoso, foi-se deixando de lado o ato delituoso e buscando o sujeito homem em primeiro plano.

Apesar de, em momentos, definir-se como positivista é difícil enquadrar a adoção de uma corrente única de pensamento por Asúa, é difícil definir o autor em uma “escola”, dado o fato de que viveu em um período de grande embate de pensamentos relativos ao Direito Penal, e teve a oportunidade de ter diversas influências, o que não se pode negligenciar, que o reflexo da discussão das escolas penais, esteve presente em suas obras, assim como outras abordagens do Direito Penal.

A culminância do pensamento de Asúa era o Direito protetor dos criminosos, que abarcava tanto o Positivismo como o correccionalismo, entretanto, em meio à situação que vivia, de autoritarismo, observava que era importante assegurar os valores liberais, vendo que não seria o momento de seu ideal, mas lançando para o futuro tal tarefa.

No Brasil, Roberto Lyra, professor universitário, reivindicava para si o título de positivista, em meio ao forte tecnicismo que grassava no Brasil, valorizava os estudos sociológicos. Para o autor, o fato social seria a criminalidade e não o crime, cada crime é parte desse fato social. Não seria o atavismo que criava o criminoso, nem outra disposição orgânica, o “meio social é o caldo da cultura da criminalidade.

Roberto Lyra deixava clara sua posição de que o crime estaria fortemente relacionado com a questão econômica, já que seria a miséria uma das grandes molas que levariam a pessoa a delinquir, já que não detinha condições dignas de sobrevivência. Importante que, para o autor, seria necessária uma proteção da sociedade por intermédio do Direito Penal, sendo as sanções meios de defesa.

Jurista espanhol também eleito para tratar do tema foi Quintiliano Saldaña, que mostrou a necessidade de uma defesa social universal, assim como a aplicação do pragmatismo jurídico. Para o autor, era de extrema necessidade a repressão como forma de prevenção. Dessa sorte, a defesa social, em seu caráter preventivo, poderia valer-se das medidas de segurança, já que o estado perigoso do indivíduo tendencialmente delinquente, já constituía elemento autorizador para que houvesse a correção e configurador da temibilidade, que justificava a prevenção penal, de modo que tal questão seria condição essencial para um tratamento preventivo.

Nelson Hungria, no Brasil, foi um importante penalista. Para ele, era totalmente possível a aplicação dos meios defensivos, entretanto, devia-se levar em consideração a periculosidade individual. Daí, exsurge a ideia de um estado perigoso, pois o indivíduo não iria responder apenas pelo ato praticado, mas pelo mal que a prática do delito pudesse ocasionar a insegurança social.

Saindo do campo doutrinário e passando ao legislativo, foi escolhida lei que surgiu durante a Segunda República: A lei detinha um tom higienista, no sentido de afastar do espaço urbano aqueles que destoavam do projeto de cidade proposto pelo Governo republicano, calcado na superação de algumas mazelas históricas vividas pela Espanha, tal como a mendicância, a prostituição, o rufianismo, a cafetinagem, os jogos de azar, entre outras condutas que deveriam ser prevenidas e, se necessário, tratadas, antes do cometimento de delitos.

A lei, que deveria servir para defender como instrumento de defesa social na realidade, preocupava-se em limpar as ruas, um ocultamento da pobreza e, durante o franquismo, era utilizada para punir aqueles considerados indesejados.

Observou-se que o código penal brasileiro adotou ideias da defesa social advinda do positivismo criminológico, como a as medidas de segurança, na busca de implanta a perigosidade sem delito. Já o código penal de 1944 espanhol, [aprovado durante o período franquista e](#) que se intitula um código de defesa social, [este](#) não estaria ligado ao aspecto do positivismo criminológico, já que a defesa social por ele pregada seria feita pelo endurecimento das penas, o que pode ser observado com a imposição da pena de morte.

Ao fim confirma-se a tese da existência da punição da pobreza e marginalizados nas legislações penais estudadas entre as décadas de 1920 e 1940, porém tal punição não abarca apenas os pobres como pensado em projeto inicial, abarca também os marginalizados sociais e todos aqueles eleitos pelo Estado como inimigos a serem afastados da sociedade.

~~Informa-se ao final, que os estudos sobre o tema não foram esgotados, e novos olhares serão lançados, principalmente com vista a criação de uma obra que venha a tratar do assunto ainda com mais profundidade.~~

REFERÊNCIAS

- ABREU, Alzira Alves de *et al.* Lyra Roberto (verbete). In: ABREU, Alzira Alves de (coord.). **Dicionário-histórico biográfico pós-1930**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2001, v. 3.
- ABREU, Marcelo de Paiva. O Brasil Republicano. Tomo III. Economia e cultura (1930-1964). In: BORIS, Fausto (org.). **História geral da civilização brasileira**. São Paulo: Editora Beltrand, 1997, v. 4.
- ÁLVAREZ, Fe Bajo; PECHARROMÁN, Julio Gil. **Historia de España**. Madrid: Editora Sociedad General Española de Librería, 1998.
- ALVAREZ, Marcos César. **Bacharéis, criminologistas e juristas: Saber jurídico e nova escola penal no Brasil (1889-1930)**. 1996. Tese (Doutorado em Sociologia) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 1996.
- ALVAREZ, Marcos César; SALLA, Fernando; SOUZA, Luiz Antônio F. A sociedade e a lei: O Código Penal de 1890 e as novas tendências penais na Primeira República. **Revista Justiça e História**, Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, v. 3, n. 6, p. 1-24, 2003.
- AGUILAR BLANC, Carlos. La fundamentación teórica del terror de Estado en la filosofía jurídica nacionalsocialista de Karl Larenz. **Revista Internacional de Pensamiento Político**, n. 9, p. 231-248, 2014. Disponível em: As metamorfoses da questão social: uma crônica do salário. Tradução Iraci D. Poletí. 5.ed. Petrópolis/RJ: Editora Vozes, 2005.
- ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Tradução de Sérgio Lamarão. Coleção Pensamento Criminológico. Rio de Janeiro: Editora Renavan, Instituto Carioca de Criminologia, 2008.
- ASSIS, Machado. **O alienista**. São Paulo: Editora Ática, 2000.
- ASÚA, Luis Jiménez de. **El sistema de penas determinadas a posteriori en la ciencia y en la vida**. 1913. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de Madrid, Madrid, 1913
- ASÚA, Luis Jiménez de. **El Derecho Penal em la república del Perú**. Buenos Aires: Editora Cuesta, 1926.
- ASÚA, Luis Jiménez de. **Un Viaje al Brasil**. Impressões de um conferenciante, seguida de um estudio sobre el derecho penal brasileiro. Madrid: Reus, 1929.
- ASÚA, Luis Jiménez de. **Notas de un confinado**. Madrid: Editora Mundo Latino, 1930.
- ASÚA, Luis Jiménez de. **La vida penal en Rusia, las leys penales y reformadoras de la Rusia Sovietica**. Madrid: Editora Reus, 1931.
- ASÚA, Luis Jiménez de. **O Delito de contagio venéreo, problemas de Direito Penal e prevenção, em torno às enfermidades do sexo**. Tradução de J. Catoira. São Paulo: Editora Publicações Brasil, 1933.
- ASÚA, Luis Jiménez de. **O Estado Perigoso, nova fórmula para o tratamento penal preventivo**. São Paulo: Editora Publicações Brasil, 1933.

ASÚA, Luis Jiménez de. **Vagos y maleantes, Ley de 4 de agosto de 1933**. Código Penal reformado de 27 de octubre de 1932 y disposiciones penales de la república. Madrid: Reus, 1934.

ASÚA, Luis Jiménez de. **El Criminalista**. Tomo VII. Buenos Aires: Editorial La Ley, 1947.

ASÚA, Luis Jiménez de. **La Ley y el delito principios de derecho penal**. 6. ed. Buenos Aires: Editorial Sudamérica, 1973.

AZEVEDO, Noé. **Prefácio**. O Estado Perigoso, nova formula para o tratamento penal preventivo. São Paulo: Editora Publicações Brasil, 1933.

AZPARREN, Andrea Iribarren. **Análisis de la regulación de la peligrosidad social en el Nacionalsocialismo y en el Franquismo**. 2016. Disponível em: <https://addi.ehu.es/bitstream/handle/10810/18961/Iribarren%20Azparren%2C%20Andrea.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 15 abr. 2023.

BARAHONA, Victoria López; CORTE, Alberto Morán. El hospicio como disciplina del pobre en la España moderna: Entre la “misericordia” y la penalidad. In: OLMO, Pedro Oliveira; IZQUIERDO, Maria Carmen Cuebro (coords.). **De los controles disciplinarios a los controles securitarios**. Cuenca: Editora Universidad Castilla-La Mancha, 2020, p. 97-112.

BATISTA, Nilo. **Apontamentos para uma história da legislação penal brasileira**. Rio de Janeiro: Editora Renavan, 2016.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Editora Martin Claret, 2003.

BEEVOR, Antony. **A batalha pela Espanha: Guerra civil espanhola 1936-1939**. Tradução de Maria Beatriz de Medina. Rio de Janeiro: Editora Record, 2007.

BICUDO, Tatiana Viggiani. **Por que punir? Teoria geral da pena**. 2.ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2015.

BRASIL. Decreto n.º 847, de 11 de outubro de 1890. Promulga o Código Penal. **Coleção de Leis do Império do Brasil**, 12 dez. 1890.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Decreto n.º 1.132, de 22 de dezembro de 1903. Reorganiza a assistência a alienados. **Diário Oficial da União**, seção 1, p. 5853, Brasília, 24 dez. 1903.

BRASIL. Decreto n.º 24.559, de 3 de julho de 1934. Dispõe sobre a profilaxia mental, a assistência e proteção à pessoa e aos bens dos psicopatas, a fiscalização dos serviços psiquiátricos e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, 3 jul. 1934.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, 7 dez. 1940.

BRASIL. Decreto-Lei n.º 3.688, de 3 de outubro de 1941. Lei das Contravenções Penais. **Diário Oficial da União**. Rio de Janeiro, 3 out. 1941.

BRASIL. Lei de 16 de dezembro de 1830. Manda executar o Código Criminal. **Coleção de Leis do Império do Brasil**, 7 jan. 1831.

CALLEJO HERNANZ, Gregorio María. Historias de nuestra historia penal (1). La ley de vagos y maleantes. **Revista PostC**, 2020. Disponível em: <https://postc.umh.es/minipapers/historias-de-nuestra-historia-penal-1-la-ley-de-vagos-y-maleantes/>. Acesso em: 10 maio 2023.

CAMPOS, Ricardo; NOVELLA, Enric. La higiene mental durante el primer franquismo: de la higiene racial a la prevención de la enfermedad mental (1939-1960). **Dynamis**, v. 37, n. 1, p. 65-87, 2017.

Cañizares, Enrique Roldán; ASÚA, Luis Jiménez de. **Derecho penal, república, exilio**. Madrid: Editorial Dykinson, 2019.

CARCELÉN-GONZÁLEZ, Ricardo. La clase obrera y su relación con el territorio en España durante el franquismo. Análisis de tres modelos de organización contemporáneos. **Revista EURE**, Santiago, v. 46, n. 137, p. 65-86, 2020.

CARNEIRO, Maria Luiza Tucci. O Estado Novo, o Dops e a ideologia da segurança nacional. In: PANDOLFI, Dulce Chaves et al. (org.). **Repensando o Estado Novo**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1999, p. 327-340.

CARTUYVELS, Yves; MASFERRER, Aniceto. An introduction to the birth of criminal positivism in Europe and Latin America at the end of the 19th century: Rise and resistance. **GLOSSAE: European Journal of Legal History**, n. 17, p. 1-21, 2020.

CARTUYVELS, Yves. “Adolphe Prins and social defense in Belgium: The reform in the service of maintaining social order”, **GLOSSAE. European Journal of Legal History** 17 (2020), p. 176-210

CARVALHO, Salo de; MATOS, Lucas Vianna. A criminologia socialista e a crítica anticarcerária em Roberto Lyra (fontes da criminologia crítica brasileira). **Revista Culturas Jurídicas**, v. 8, n. 19, p. 209-239, jan./abr. 2021.

CASTEL, Robert. A dinâmica dos processos de marginalização: da vulnerabilidade a “desfiliação”. **Caderno CRH**, Salvador, n. 26/27, p. 19-40, jan./dez. 1997.

CASTEL, Robert. Os filhos de Caim: vagabundos e miseráveis na literatura europeia. (1400-1700). Tradução de Henryk Siewierski. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 1995.

CESANO, José Daniel. Luis Jiménez de Asúa (1923-1930): Viajes académicos, redes intelectuales y cultura jurídico-penal. **Revista Derecho Penal Y Criminología**, v. 3, n. 2, p. 251-264, 2012.

CONTRERAS, Guillermo Portilla. Orígenes de la Ley de 1 de Marzo de 1940 y criterios penales e procesales adoptados por el tribunal especial para la represión de la masonería y el comunismo. In: LÓPEZ, Federico Fernández-Crehuet (org.). **Derecho, Memória Histórica y Dictaduras**. Sevilla: Editora Comares, 2010.

DAL RI JÚNIOR, Arno. **O Estado e seus inimigos: A repressão política na história do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Editora Renavan, 2006.

DEL MORAL, Ignacio de La Rasilla. International criminal justice as universal social defence – Quintiliano Saldaña (1878-1938). In: MÉGRET, Frédéric; TALLGREN, Immi (eds.) **The dawn of a discipline: International criminal justice and its early exponents**. Reino Unido: Cambridge University Press, 2020, p. 118-145.

DEL PRIORE, Mary (org.). **História das crianças no Brasil**. São Paulo: Editora Contexto, 1999.

DEZZA, ETTORI. A Resposta do Legislador: Reformas e Restaurações na Justiça Penal Após Beccaria. Tradução Diego Nunes . In: **Estudos em História do Direito Penal e da Justiça Criminal**. Org. Diego Nunes. Uberlândia: Editora Laecc, 2020.

DIAS, Rebeca Fernandes. **Pensamento criminológico na primeira república: O Brasil em defesa da sociedade**. 2015. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015.

DÍAZ-VARELA, Francisco Javier Elola y. **Monforte de Lemos (Lugo), 22.IX.1877 – Barcelona, 12.V.1939**. Jurista, diputado a Cortes, fiscal general de la República y presidente de la Sala III del Tribunal Supremo. Real Academia de La Historia. Disponível em: <https://dbe.rah.es/biografias/60262/francisco-javier-elola-y-diaz-varela>. Acesso em: 10 maio 2023.

DORADO, Monteiro. **El derecho protector de los criminales: Estudios de derecho penal preventivo**. Madrid: Editora V. Suarez, 1915.

DRANGUET, Afonso. **Defensa social tratamiento de los peligrosos, legislación de vagos e maleantes, ley e reglamento**. Biblioteca de Derecho, Sociología y Política. Madri: Editora Góngora, 1935, v. 14.

DURIGUETTO, Maria Lúcia. Criminalização das classes subalternas no espaço urbano e ações profissionais do Serviço Social. **Serviço Social & Sociedade**, São Paulo, n. 128, p. 104-122, jan./abr. 2017.

ESPAÑA. Estados peligrosos y medidas de seguridad. Departamento: Presidencia del Consejo de Ministros. **Gaceta de Madrid**, n. 217, p. 874-875, 5 ago. 1933. Disponível em: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1933/217/A00874-00877.pdf>. Acesso em: 10 maio 2023.

ESPAÑA. Ley de 1 de Marzo de 1940 sobre la represión de la masonería y del comunismo. **Boletín Oficial del Estado**, n. 62, p. 1537-1539, 1940. Disponível em: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1940/062/A01537-01539.pdf>. Acesso em: 15 maio 2023.

ESPAÑA. Ley de 15 de julio de 1954 por la que se modifican los artículos 2º y 6º de la Ley de Vagos y Maleantes, de 4 de agosto de 1933. **Gaceta de Madrid**, n. 198, p. 4862, 17 jul. 1954. Disponível em: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1954/198/A04862-04862.pdf> . Acesso em: 04 abril 2023.

ESPAÑA. Ley dos vagos e maleantes. Departamento: Presidencia del Consejo de Ministros. **Gaceta de Madrid**, n. 217, p. 874-877, 05 ago. 1933. Disponível em: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1933/217/A00874-00877.pdf> . Acesso em: 14 de abril de 2023.

ESPAÑA. Ley provisional autorizando el planteamiento del Código penal reformado adjunto de 17 de junio de 1870. Departamento: Ministerio de Gracia y Justicia. **Gaceta de Madrid**, n. 243, p. 9-23, 31 ago. 1870. Disponível em: <https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE//1870/243/A00009-00023.pdf>. Acesso em: 10 maio 2023.

FAUSTO, Boris. **História concisa do Brasil**. São Paulo: Editora EDUSP, 2002.

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

FERRI, Enrico. **Sociologia criminal**. Versión española por Antonio Soto y Hernández. Tomo Primeiro. Madri: Editora Centro Editorial de Góngora, 2004.

FIGUEIRÊDO, Marianna Lima de Rolemberg; DELEVATI, Dalnei Minuzzi; TAVARES, Marcelo Góes. Entre loucos e manicômios: História da loucura e a reforma psiquiátrica no Brasil. **Ciências Humanas e Sociais**, Maceió, v. 2, n. 2, p. 121-136, nov. 2014.

FOUCAULT, Michel. **História da loucura**. Título do original em francês Histoire de la Folie à l'Âge Classique. Coleção Estudos Dirigida por J. Guinsburg. Tradução de José Teixeira Coelho Netto. São Paulo: Editora Perspectiva, 1972.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis: Editora Vozes, 1987.

FRAYZE-PEREIRA, João. **O que é loucura**. São Paulo: Editora Abril Cultural/Brasiliense, 1985.

GAROFALO, Rafaele. **Criminologia**. Tradução de Daniele Maria Gonzaga. Campinas: Editora Péritas, 1997.

GIL, Javier Cervera. Violência en el Madri de la Guerra Civil: Los “Paseos” (Julio a December 1936). **Ediciones Universidad de Salamanca**, v. 13, p. 63-82, 1995.

GODICHEAU, François. La represión y la guerra civil española. Memoria y tratamiento histórico. **Prohistoria**, v. 5, n. 5, p. 103-123, 2001.

GÓMEZ, Francisco Moreno. La gran acción represiva de Franco que se quiere ocultar. **Hispania Nova**, n. 1, p. 183-210, 2015.

GONÇALVES, Marcos. Revista nuestra española: A constituição de uma rede intelectual antifranquista no exílio cubano. **Caderno de Letras**, Pelotas, n. 39, p. 173-192, jan./abr. 2021.

GOULART, Henny. Pena indeterminada. **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, v. 70, p. 165-184, jan. 1975.

GRAMATICA, Fillipo. **Principios de Defensa Social**. Traducción de Jesus Muñoz Y Nuñez de Prado y Luis Zapata Aparicio. Editora Montecorvo. Madri. 1974.

GROSSI, Paolo. **A ordem jurídica medieval**. Tradução de Denise Rossato Agostinetti. São Paulo: Editora WMF; Editora Martins Fontes, 2014.

HESPANHA, António Manuel. **A cultura jurídica europeia: Síntese de um milênio.** Coimbra: Editora Almedina, 2012.

HOBBSBAWN, Eric J. **A era dos Impérios 1875-1914.** Tradução de Sieni Maria Campos e Yolanda Steidel de Toledo. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 2005.

HUNGRIA, Nelson. **A repressão dos delictos políticos.** Rio de Janeiro: Editora Revista de Direito Penal, 1934, v. 5.

HUNGRIA, Nelson. **Compêndio de Direito Penal.** Parte especial. Rio de Janeiro: Editora Livraria Jacynto, 1939.

HUNGRIA, Nelson. **Dos crimes contra a economia popular e das vendas a prestações com reserva de domínio.** Rio de Janeiro: Editora Livraria Jacinto, 1939.

HUNGRIA, Nelson. O Direito Penal no estado novo. **Revista Forense**, v. 38, n. 85, p. 265-272, jan./mar. 1941.

HUNGRIA, Nelson. **O estado perigoso no anteprojecto de Código Criminal Brasileiro.** Rio de Janeiro: Editora Ciência do Direito, 1934.

HUNGRIA, Nelson. **O tecnicismo jurídico-penal.** Rio de Janeiro: Editora Revista de Direito Penal, 1938.

JAMES, Cyril Lionel Robert. **Os jacobinos negros:** Toussaint L'Ouverture e a revolução de São Domingos. São Paulo: Editora Boitempo, 2000.

JAVIER, Rodrigo. Internamiento y trabajo forzoso: Los campos de concentración de Franco. Hispania Nova. **Revista de Historia Contemporánea**, n. 6, p. 618-642, 2006.

JIMÉNEZ, Belén. Pragmatismo, ciudadanía y Estado en el marco europeo de principios del siglo XX: El papel del jurista español Quintiliano Saldaña. **Revista de Historia de la Psicología**, v. 33, n. 4, p. 97-108, 2012.

JIMÉNEZ, Belén. Una aproximación a los orígenes del pragmatismo jurídico en España: La postura de Quintiliano Saldaña a propósito del problema de la responsabilidad. **Revista de Historia de la Psicología**, v. 32, n. 2-3, p. 141-150, 2011.

LACOMBA, Marc Baldó. Represión Franquista Del Profesorado Universitario. **Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija**, 14 (2011), 31-51

LA TORRE, Massimo. Una critica radicale alla nozione di diritto soggettivo. Karl Larenz e la dottrina giuridica nazionalsocialista. **Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto**, IV Série, LXIV, p. 594-658, out./dez. 1987.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito.** 6. ed. Lisboa: Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.

LOMBROSO, Cesare. **O homem criminoso.** Edição histórica. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1983.

- LOMBROSO, Césare. **O homem delinquente**. Tradução de Sebastião José Roque. Coleção fundamentos de Direito. São Paulo: Editora Ícone, 2007.
- LOUREIRO, Osman. **O Direito penal e o Código de 1940**. São Paulo: Editora Forense, 1961.
- LYRA, Roberto. **Economia e crime**. Rio de Janeiro: Editora Coelho Branco Filho, 1933.
- LYRA, Roberto. **Pobres e Ricos em Direito Penal (continuação)**. Rio de Janeiro: Editora Revista de Direito Penal, 1934, v. 4.
- LYRA, Roberto. **Pobres e Ricos em Direito Penal (continuação)**. Rio de Janeiro: Editora Revista de Direito Penal, 1935, v. 8.
- LYRA, Roberto. **Crimes contra a economia popular**. Rio de Janeiro: Editora Livraria Jacinto, 1940.
- LYRA, Roberto. **A expressão mais simples do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Editora José Konfino, 1953.
- LYRA, Roberto. **Novíssimas escolas penais**. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1956.
- LYRA, Roberto. Presente e futuro em Direito Penal. **Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal**, v. 4, n. 15, p. 7-18, out./dez. 1966.
- LYRA, Roberto. **Direito penal científico: Criminologia**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1974.
- LYRA, Roberto. **Direito penal normativo**. Rio de Janeiro: Editora José Konfino, 1975.
- ANCEL, Marc. **A Nova defesa social: um movimento de política criminal humanista**. Tradução do original da 2 ed. Ver. E notas por Osvaldo Melo; prefácio de Heleno Cláudio Fragoso – Rio de Janeiro: Editora Forense, 1979
- MACHADO, Alcântara. Discurso proferido na sessão de instalação pelo Dr. Alcântara Machado. **Archivos Sociedade de Medicina Legal e Criminologia de São Paulo**, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 13-16, 1922.
- MARCÍLIO, Maria Luiza. **História Social da criança abandonada**. São Paulo: Editora Hucitec, 1998.
- MARINS, Paulo César Garcez. Habitação e vizinhança: Limites da privacidade no surgimento das metrópoles brasileiras. In: SEVCENKO, Nicolau (org.). **História da vida privada no Brasil: República da belle époque à era do rádio**. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 1998, p. 131-214.
- MARQUES, Tiago Pires. Da personalidade criminosa ao criminoso perverso: Médicos, juristas e teólogos na crise do Positivismo. **Ler História**, n. 53, p. 135-161, 2007.
- MARTÍN, Sebastian. **Los juristas en la génesis del franquismo ¿Un contraste posible?** Roma: Editora Tre Press, 2015.

- MARTÍN, Sebastián. Penalística y penalistas españoles a la luz del principio de legalidad (1874-1944). **Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno**, v. 36, n. 1, p. 503-609, 2007.
- MARTÍNEZ. Miguel Ángel Giménez. La representación política en España durante la dictadura de Primo de Rivera. **Revista Estudos Históricos**, Rio de Janeiro, v. 31, n. 64, p. 131-150, maio/ago. 2018.
- MARTINS JÚNIOR, Carlos. **A nova escola penal: Direito, controle social e exclusão no**
- MASFERRER, Aniceto. The reception of the positivist school in the Spanish criminal doctrine (1885-1899) **GLOSSAE: European Journal of Legal History**, n. 17, p. 303-352, 2020.
- MASFERRER, Aniceto. The Western Codification of Criminal Law: The Myth of the Predominant French Influence in Europe and America Revisited. Springer. 2018.
- MASFERRER, Aniceto. El anhelo por el Derecho histórico comparado. **GLOSSAE. European Journal of Legal History**, (9) 2012., p. 206–220
- MASFERRER, Aniceto. The rise of dangerousness in the Spanish criminal law (1870-1931).The case of insane offenders: Medical experts vs. judges and criminal lawyers?. Artigo ainda não publicado pelo autor. Valência.2023.
- MEDEIROS, Nathássia Matias de; PEREIRA, Fernanda de Oliveira. Visão crítica da história da loucura na formação em Psicologia. **PSI UNISC**, v. 5, n. 1, p. 36-50, 2021.
- MELLÓN, Joan Antón. Teoría política y sociedad: la beneficencia como espejo social. In: BERGALLI, Robert (coord.). **Sistema penal y problemas sociales**. València: Editora Tirant lo Blanch, 2003, p. 135-163.
- MENDIGUREN, Pedro Fraile Pérez de. La organización del espacio y el control de los individuos. In: BERGALLI, Roberto (coord.). **Sistema Penal y Problemas Sociales**. Valencia: Editora Tirant lo Blanch, 2003, p. 167-207.
- MILANEZ, Bruno Augusto Vigo. Autonomia e jurisdicionalização da execução penal no Direito europeu continental. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, v. 9, n. 17, p. 267-288, 2017.
- MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. Editorial IB de F. 2.ed. Buenos Aires, 2003.
- MOTTA, Cândido Nazianzeno Nogueira da. Os menores delinquentes e o seu tratamento no estado de São Paulo. **Anais... IV Congresso Científico, I Pan-Americano em Santiago do Chile**. São Paulo: Tipografia do Diário Oficial, 1909, p. 09.
- MOTTA, Cândido Nazianzeno Nogueira da. Prostituição: Política de costumes: Lenocínio. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, São Paulo, v. 5, p. 307-322, 1897.
- NUNES, Diego. Os crimes políticos nos escritos de Nelson Hungria. **Anais... Encontros de História do Direito da UFSC Regimes de legalidade e a construção do Direito Penal moderno: A questão do crime político**. Florianópolis: Editora Fundação Boiteux, 2009.

NUNES, Diego. Processo legislativo para além do parlamento em estados autoritários: Uma análise comparada entre os Códigos Penais Italiano de 1930 e Brasileiro de 1940. **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 74, p. 153-180, dez. 2016.

NUNES, Diego. A punição dos inimigos do estado através dos crimes políticos na história penal brasileira: A visão contingencial de Néelson Hungria. In: NUNES, Diego; LIMA, Lucas Carlos (orgs.). **História da cultura jurídica & ordenamento jurídico internacional: Escritos em homenagem ao prof. Arno Dal Ri Jr.** Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2022.

OCÓN, Cristina Vara. **Criminalidad y orden penal: Estudio de la delincuencia en la granada la restauración (1875/1902).** 2007. Tese (Doutorado em Direito) – Universidad de Granada, España, 2007.

PARANHOS. Adalberto de Paula. **Os desafinados: sambas e bambas no “Estado Novo”.** Tese de doutoramento em História. PUC -SP, 2005

PERES, Maria Fernanda Tourinho; NERY FILHO, Antônio. A doença mental no Direito Penal brasileiro: Inimputabilidade, irresponsabilidade, periculosidade e medida de segurança. **História, Ciências, Saúde-Manguinhos**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 2, p. 335-55, maio/ago. 2002.

PIFFERI, Michele. The theory of social defence and the Italian positive school of criminal law. **GLOSSAE - European Journal of Legal History**, v. 17, p. 22-46, 2020.

PRESTON, Paul. **La guerra civil española: Reacción, revolución y venganza.** Madri: Editora Debolsilho, 2011.

PRINS, Adolphe. **La defensa Social y las transformaciones del derecho penal por A. Prins.** Verson española y prólogo sobre la génesis de la defensa social de Frederico Castejon Y Martínez de Arizala. Madri: Editora Hijos de Reus, 1917, v. 11.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. A lei das contravenções penais nas ciências penais de seu tempo. In: SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo (coord.). **Comentários à Lei das Contravenções penais.** São Paulo: Editora Quartier Latin, 2006, p. 127-155.

QUISBERT, Ermo; **Historia del derecho penal a través de las escuelas penales y sus representantes**, La Paz, Bolivia: Editora CED, Centro de estudios de derecho, 2008.

RÁDIO, Vicente Gonzáles. Quintiliano Saldaña, 1878-1938. **Revista Galego-Portuguesa de Psicología e Educación**, v. 11, n. 9, p. 103-110, 2004.

RIBEIRO, Bruno de Moraes. **Defesa social e Direito Penal do inimigo: Visão crítica** Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2011.

RODRIGUES, Raymundo Nina. **As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil.** Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2011.

RODRÍGUEZ, Javier Sierra. Manual de Políticas Públicas Penitenciárias: aproximación a través de estudios de caso. Murcia: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia. 2012

ROMERO, Silvio. **O Brasil social e outros estudos sociológicos**. Brasília: Editora Senado Federal, Conselho Editorial, 2001.

RÚCKERT, Fabiano Quadros. Olhares sobre a pobreza e a urbanização no Brasil na transição do século XIX para o XX: uma prospeção bibliográfica In: RÚCKERT, Fabiano *et al.* (orgs.). **Histórias da pobreza no Brasil**. Coleção Direito e Justiça Social. Rio Grande: Editora FURG, 2019, v. 6, p. 317-346.

SALDAÑA, Quintiliano. **Modernas concepciones penales em España**. Madri: Editorial Calpe, 1923.

SALDAÑA, Quintiliano. **Nova criminologia**. Tradução de Alfredo Ulson e V. de Alcantara Carreira. Campinas: Russel Editores, 2003.

SALDAÑA, Quintiliano. **Nueva Criminologia**. Traducción del francés por Jaime Masaveu. Madrid: Editora M. Aguilar, 1936.

SALDAÑA, Quintiliano. **Nueva penologia**: penas y medidas de seguridad. Madri: Editora Casa Editorial Hemando, 1931.

SALDAÑA, Quintiliano. **Discurso Leído em la solene inauguración del curso acadêmico de 1916 à 1917**. Madri: Editora Imprenta Colonial, 1916.

SALDAÑA, Quintiliano. La criminologie. **Nouvelle Revue International de Droit Pénal**, v. 2, n. 1, p. 91-92, 1925.

SANTOS, Bartira Macedo de Miranda. **As ideias de defesa social no sistema penal brasileiro**: Entre o garantismo e a repressão (de 1890 a 1940). 2010. Tese (Doutorado em História da Ciência) – Pontificia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2010.

SANTOS, Milton. **Pobreza urbana**. 3. ed. São Paulo: Editora USP, 2009.

SBRICCOLI, Mario. La piccola criminalità e la criminalità dei poveri nelle riforme settecentesche del diritto e della legislazione penale. In: SBRICCOLI, Mario (org.). **Storia del Diritto Penale e della Giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)**. Tomo I. Milano: Giufrè Editore, 2009.

SCHWARTZ, Lilia Moritz. **O espetáculo das raças, cientistas, instituições e questão racial no Brasil 1870-1930**. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 1993.

SEELANDER, Airton Cerqueira Leite. Juristas e ditadura: Uma leitura brasileira. In: FONSECA, Ricardo Marcelo; SEELANDER, Airton Cerqueira Leite (orgs.). **História do Direito em perspectivas**: Do antigo regime à modernidade. Curitiba: Editora Juruá, 2009, p. 415-432.

SILVA, Kely Cristina da. **Crime e loucura**: A instituição das medidas de segurança pessoais detentivas no manicômio judiciário Maurício Cardoso (1941-1943). 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, 2020.

SILVEIRA, Mariana de Moraes. **Vida e morte de um projeto bandeirante**: Alcântara Machado e o Código Penal de 1940. 2010. Monografia (Bacharelado em História) – Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2010.

SILVEIRA, Mariana Moraes. De uma república a outra: Notas sobre os códigos penais de 1890 e de 1940. **Revista do CAAP**, Belo Horizonte, v. 109, n. 2, p. 109-125, jul./dez. 2010.

SILVEIRA, Rosana Matos; LOZANO, Enrique Raya. La “cuestión social” en la España de la restauración monárquica (1874-1931): Apuntes históricos para la génesis de la profesionalización de lo social. **Textos & Contextos**, v. 11, n. 1, , p. 142-155, 2012.

SINGER, Paul; ABREU, Marcelo de Paiva. O Brasil Republicano. Tomo III. Economia e cultura (1930-1964). In: BORIS, Fausto (org.). **História geral da civilização brasileira**. São Paulo: Editora Beltrand, 1997, v. 4.

SIQUEIRA, Galdino. **Tratado de Direito Penal**. Tomo I. Rio de Janeiro: Editora José Konfino, 1950.

SOMBRIA, Santiago Vega. Las manifestaciones de la violencia franquista. **Hispania Nova - Revista de História Contemporânea**, n. 7, p. 1-30, 2007.

SONTAG, Ricardo. A eloquência farfalhante da tribuna do júri: O tribunal popular e a lei em Nelson Hungria. **Dossiê: História, Direito e Justiça**, v. 28, n. 2, p. 267-302, 2009.

SONTAG, Ricardo. **Código e técnica**. A reforma penal brasileira de 1940, tecnicização da legislação e atitude técnica diante da lei em Nelson Hungria. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2009.

SONTAG, Ricardo. Curar todas as moléstias com um único medicamento: Os juristas e a pena de prisão no Brasil (1830-1890). **Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro**, Rio de Janeiro, v. 177, n. 471, p. 45-72, abr./jun. 2016.

SONTAG, Ricardo. Verbalismo de jornal. Ensino de Direito Penal, ciência e lei em Roberto Lyra. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 131, n. 25, p. 299-332, 2017.

SONTAG, Ricardo. A escola positiva italiana no Brasil entre o final do século XIX e início do século XX: a problemática questão da "influência". *Derecho en movimiento. Personas, derechos y derecho en la dinámica global*. **Publisher: Universidad Carlos III de Madrid**. 2015.

THOMPSON, E. P. *Costumes em comum: estudos sobre a cultura popular tradicional*. Tradução de Rosaura Eichemberg. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 1998.

THOMPSON, E. P. *Senhores e caçadores: a origem da lei negra*. Tradução Denise Bottmann. 2ed. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 1987.

ANEXOS

ANEXO 1 DECRETO-LEI Nº 3.688, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941 LEI DAS CONTRAVENÇÕES PENAIS

Vigência

(Vide Lei nº 1.390, de 3.7.1951)
 (Vide Lei nº 7.437, de 20.12.1985)

Lei das Contravenções Penais

O Presidente da República, usando das atribuições que lhe confere o artigo 180 da Constituição,

DECRETA: LEI DAS CONTRAVENÇÕES PENAIS

PARTE GERAL

Art. 1º Aplicam-se as contravenções às regras gerais do Código Penal, sempre que a presente lei não disponha de modo diverso.

Art. 2º A lei brasileira só é aplicável à contravenção praticada no território nacional.

Art. 3º Para a existência da contravenção, basta a ação ou omissão voluntária. Deve-se, todavia, ter em conta o dolo ou a culpa, se a lei faz depender, de um ou de outra, qualquer efeito jurídico.

Art. 4º Não é punível a tentativa de contravenção.

Art. 5º As penas principais são:

I – prisão simples.

II – multa.

~~Art. 6º A pena de prisão simples deve ser cumprida, sem rigor penitenciário, em estabelecimento especial ou em seção especial de prisão comum, podendo ser dispensado o isolamento noturno.~~

Art. 6º A pena de prisão simples deve ser cumprida, sem rigor penitenciário, em estabelecimento especial ou seção especial de prisão comum, em regime semiaberto ou aberto (Redação dada pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977)

§ 1º O condenado a pena de prisão simples fica sempre separado dos condenados a pena de reclusão ou de detenção.

§ 2º O trabalho é facultativo, se a pena aplicada, não excede a quinze dias.

Art. 7º Verifica-se a reincidência quando o agente pratica uma contravenção depois de passar em julgado a sentença que o tenha condenado, no Brasil ou no estrangeiro, por qualquer crime, ou, no Brasil, por motivo de contravenção.

Art. 8º No caso de ignorância ou de errada compreensão da lei, quando escusáveis, a pena pode deixar de ser aplicada.

Art. 9º A multa converte-se em prisão simples, de acordo com o que dispõe o Código Penal sobre a conversão de multa em detenção.

Parágrafo único. Se a multa é a única pena cominada, a conversão em prisão simples se faz entre os limites de quinze dias e três meses.

Art. 10. A duração da pena de prisão simples não pode, em caso algum, ser superior a cinco anos, nem a importância das multas ultrapassar cinquenta contos.

~~Art. 11. Desde que reunidas as condições legais, o juiz pode suspender, por tempo não inferior a um ano nem superior a três, a execução da pena de prisão simples que não ultrapasse dois anos.~~

Art. 11. Desde que reunidas as condições legais, o juiz pode suspender por tempo não inferior a um ano nem superior a três, a execução da pena de prisão simples, bem como conceder livramento condicional. (Redação dada pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977)

Art. 12. As penas acessórias são a publicação da sentença e as seguintes interdições de direitos:

I – a incapacidade temporária para profissão ou atividade, cujo exercício dependa de habilitação especial, licença ou autorização do poder público;

II – a suspensão dos direitos políticos.

Parágrafo único. Incorrem:

a) na interdição sob nº I, por um mês a dois anos, o condenado por motivo de contravenção cometida com abuso de profissão ou atividade ou com infração de dever a ela inerente;

b) na interdição sob nº II, o condenado a pena privativa de liberdade, enquanto dure a execução do pena ou a aplicação da medida de segurança detentiva.

Art. 13. Aplicam-se, por motivo de contravenção, as medidas de segurança estabelecidas no Código Penal, à exceção do exílio local.

Art. 14. Presumem-se perigosos, além dos indivíduos a que se referem os ns. I e II do art. 78 do Código Penal:

I – o condenado por motivo de contravenção cometido, em estado de embriaguez pelo álcool ou substância de efeitos análogos, quando habitual a embriaguez;

II – o condenado por vadiagem ou mendicância;

III – o reincidente na contravenção prevista no art. 50

IV – o reincidente na contravenção prevista no art. 58.

Art. 15. São internados em colônia agrícola ou em instituto de trabalho, de reeducação ou de ensino profissional, pelo prazo mínimo de um ano:

I – o condenado por vadiagem (art. 59);

II – o condenado por mendicância (art. 60 e seu parágrafo);

III – o reincidente nas contravenções previstas nos arts. 50 e 58.

Art. 16. O prazo mínimo de duração da internação em manicômio judiciário ou em casa de custódia e tratamento é de seis meses.

Parágrafo único. O juiz, entretanto, pode, ao invés de decretar a internação, submeter o indivíduo a liberdade vigiada.

Art. 17. A ação penal é pública, devendo a autoridade proceder de ofício.

PARTE ESPECIAL

CAPÍTULO I

DAS CONTRAVENÇÕES REFERENTES À PESSOA

Art. 18. Fabricar, importar, exportar, ter em depósito ou vender, sem permissão da autoridade, arma ou munição:

Pena – prisão simples, de três meses a um ano, ou multa, de um a cinco contos de réis, ou ambas cumulativamente, se o fato não constitui crime contra a ordem política ou social.

Art. 19. Trazer consigo arma fora de casa ou de dependência desta, sem licença da autoridade:

Pena – prisão simples, de quinze dias a seis meses, ou multa, de duzentos mil réis a três contos de réis, ou ambas cumulativamente.

§ 1º A pena é aumentada de um terço até metade, se o agente já foi condenado, em sentença irrecorrível, por violência contra pessoa.

§ 2º Incorre na pena de prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa, de duzentos mil réis a um conto de réis, quem, possuindo arma ou munição:

- a) deixa de fazer comunicação ou entrega à autoridade, quando a lei o determina;
- b) permite que alienado menor de 18 anos ou pessoa inexperiente no manejo de arma a tenha consigo;
- c) omite as cautelas necessárias para impedir que dela se apodere facilmente alienado, menor de 18 anos ou pessoa inexperiente em manejá-la.

Art. 20. Anunciar processo, substância ou objeto destinado a provocar aborto ou evitar a gravidez;

Art. 20. Anunciar processo, substância ou objeto destinado a provocar aborto:

Pena – multa, de quinhentos mil réis a cinco contos de réis.

Pena - multa de hum mil cruzeiros a dez mil cruzeiros.

Art. 21. Praticar vias de fato contra alguém:

Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa, de cem mil réis a um conto de réis, se o fato não constitui crime.

Parágrafo único. Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) até a metade se a vítima é maior de 60 (sessenta) anos.

Art. 22. Receber em estabelecimento psiquiátrico, e nele internar, sem as formalidades legais, pessoa apresentada como doente mental:

Pena – multa, de trezentos mil réis a três contos de réis.

§ 1º Aplica-se a mesma pena a quem deixa de comunicar a autoridade competente, no prazo legal, internação que tenha admitido, por motivo de urgência, sem as formalidades legais.

§ 2º Incorre na pena de prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa de quinhentos mil réis a cinco contos de réis, aquele que, sem observar as prescrições legais, deixa retirar-se ou despede de estabelecimento psiquiátrico pessoa nele, internada.

Art. 23. Receber e ter sob custódia doente mental, fora do caso previsto no artigo anterior, sem autorização de quem de direito:

Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa, de quinhentos mil réis a cinco contos de réis.

CAPÍTULO II

DAS CONTRAVENÇÕES REFERENTES AO PATRIMÔNIO

Art. 24. Fabricar, ceder ou vender gazua ou instrumento empregado usualmente na prática de crime de furto:

Pena – prisão simples, de seis meses a dois anos, e multa, de trezentos mil réis a três contos de réis.

Art. 25. Ter alguém em seu poder, depois de condenado, por crime de furto ou roubo, ou enquanto sujeito à liberdade vigiada ou quando conhecido como vadio ou mendigo, gazuas, chaves falsas ou alteradas ou instrumentos empregados usualmente na prática de crime de furto, desde que não prove destinação legítima:

Pena – prisão simples, de dois meses a um ano, e multa de duzentos mil réis a dois contos de réis.

Art. 26. Abrir alguém, no exercício de profissão de serralheiro ou ofício análogo, a pedido ou por incumbência de pessoa de cuja legitimidade não se tenha certificado previamente, fechadura ou qualquer outro aparelho destinado à defesa de lugar ou objeto:

Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa, de duzentos mil réis a um conto de réis.

Art. 27. Explorar a credulidade pública mediante sortilégios, predição do futuro, explicação de sonho, ou práticas congêneres:

Pena – prisão simples, de um a seis meses, e multa, de quinhentos mil réis a cinco contos de réis.

CAPÍTULO III

DAS CONTRAVENÇÕES REFERENTES À INCOLUMIDADE PÚBLICA

Art. 28. Disparar arma de fogo em lugar habitado ou em suas adjacências, em via pública ou em direção a ela:

Pena – prisão simples, de um a seis meses, ou multa, de trezentos mil réis a três contos de réis.

Parágrafo único. Incorre na pena de prisão simples, de quinze dias a dois meses, ou multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis, quem, em lugar habitado ou em suas adjacências, em via pública ou em direção a ela, sem licença da autoridade, causa deflagração perigosa, queima fogo de artifício ou solta balão aceso.

Art. 29. Provocar o desabamento de construção ou, por erro no projeto ou na execução, dar-lhe causa:

Pena – multa, de um a dez contos de réis, se o fato não constitui crime contra a incolumidade pública.

Art. 30. Omitir alguém a providência reclamada pelo Estado ruinoso de construção que lhe pertence ou cuja conservação lhe incumbe:

Pena – multa, de um a cinco contos de réis.

Art. 31. Deixar em liberdade, confiar à guarda de pessoa inexperiente, ou não guardar com a devida cautela animal perigoso:

Pena – prisão simples, de dez dias a dois meses, ou multa, de cem mil réis a um conto de réis.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem:

- a) na via pública, abandona animal de tiro, carga ou corrida, ou o confia à pessoa inexperiente;
- b) excita ou irrita animal, expondo a perigo a segurança alheia;
- c) conduz animal, na via pública, pondo em perigo a segurança alheia.

Art. 32. Dirigir, sem a devida habilitação, veículo na via pública, ou embarcação a motor em águas públicas:

Pena – multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.

Art. 33. Dirigir aeronave sem estar devidamente licenciado:

Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses, e multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.

Art. 34. Dirigir veículos na via pública, ou embarcações em águas públicas, pondo em perigo a segurança alheia:

Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa, de trezentos mil réis a dois contos de réis.

Art. 35. Entregar-se na prática da aviação, a acrobacias ou a vôos baixos, fora da zona em que a lei o permite, ou fazer descer a aeronave fora dos lugares destinados a esse fim:

Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa, de quinhentos mil réis a cinco contos de réis.

Art. 36. Deixar de colocar na via pública, sinal ou obstáculo, determinado em lei ou pela autoridade e destinado a evitar perigo a transeuntes:

Pena – prisão simples, de dez dias a dois meses, ou multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem:

- a) apaga sinal luminoso, destrói ou remove sinal de outra natureza ou obstáculo destinado a evitar perigo a transeuntes;
- b) remove qualquer outro sinal de serviço público.

Art. 37. Arremessar ou derramar em via pública, ou em lugar de uso comum, ou do uso alheio, coisa que possa ofender, sujar ou molestar alguém:

Pena – multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, sem as devidas cautelas, coloca ou deixa suspensa coisa que, caindo em via pública ou em lugar de uso comum ou de uso alheio, possa ofender, sujar ou molestar alguém.

Art. 38. Provocar, abusivamente, emissão de fumaça, vapor ou gás, que possa ofender ou molestar alguém:

Pena – multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.

CAPÍTULO IV

DAS CONTRAVENÇÕES REFERENTES À PAZ PÚBLICA

Art. 39. Participar de associação de mais de cinco pessoas, que se reunam periodicamente, sob compromisso de ocultar à autoridade a existência, objetivo, organização ou administração da associação:

Pena – prisão simples, de um a seis meses, ou multa, de trezentos mil réis a três contos de réis.

§ 1º Na mesma pena incorre o proprietário ou ocupante de prédio que o cede, no todo ou em parte, para reunião de associação que saiba ser de caráter secreto.

§ 2º O juiz pode, tendo em vista as circunstâncias, deixar de aplicar a pena, quando lícito o objeto da associação.

Art. 40. Provocar tumulto ou portar-se de modo inconveniente ou desrespeitoso, em solenidade ou ato oficial, em assembléia ou espetáculo público, se o fato não constitui infração penal mais grave;

Pena – prisão simples, de quinze dias a seis meses, ou multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.

Art. 41. Provocar alarma, anunciando desastre ou perigo inexistente, ou praticar qualquer ato capaz de produzir pânico ou tumulto:

Pena – prisão simples, de quinze dias a seis meses, ou multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.

Art. 42. Perturbar alguém o trabalho ou o sossego alheios:

I – com gritaria ou algazarra;

II – exercendo profissão incômoda ou ruidosa, em desacordo com as prescrições legais;

III – abusando de instrumentos sonoros ou sinais acústicos;

IV – provocando ou não procurando impedir barulho produzido por animal de que tem a guarda:

Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.

CAPÍTULO V

DAS CONTRAVENÇÕES REFERENTES À FÉ PÚBLICA

Art. 43. Recusar-se a receber, pelo seu valor, moeda de curso legal no país:

Pena – multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.

Art. 44. Usar, como propaganda, de impresso ou objeto que pessoa inexperiente ou rústica possa confundir com moeda:

Pena – multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.

Art. 45. Fingir-se funcionário público:

Pena – prisão simples, de um a três meses, ou multa, de quinhentos mil réis a três contos de réis.

Art 46. Usar, publicamente, de uniforme, ou distintivo de função pública que não exerce; usar, indevidamente, de sinal, distintivo ou denominação cujo emprêgo seja regulado por lei. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 6.916, de 2.10.1944)

Pena – multa, de duzentos a dois mil cruzeiros, se o fato não constitui infração penal mais grave. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 6.916, de 2.10.1944)

CAPÍTULO VI

DAS CONTRAVENÇÕES RELATIVAS À ORGANIZAÇÃO DO TRABALHO

Art. 47. Exercer profissão ou atividade econômica ou anunciar que a exerce, sem preencher as condições a que por lei está subordinado o seu exercício:

Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa, de quinhentos mil réis a cinco contos de réis.

Art. 48. Exercer, sem observância das prescrições legais, comércio de antiguidades, de obras de arte, ou de manuscritos e livros antigos ou raros:

Pena – prisão simples de um a seis meses, ou multa, de um a dez contos de réis.

Art. 49. Infringir determinação legal relativa à matrícula ou à escrituração de indústria, de comércio, ou de outra atividade:

Pena – multa, de duzentos mil réis a cinco contos de réis.

CAPÍTULO VII

DAS CONTRAVENÇÕES RELATIVAS À POLÍCIA DE COSTUMES

Art. 50. Estabelecer ou explorar jogo de azar em lugar público ou acessível ao público, mediante o pagamento de entrada ou sem ele: (Vide Decreto-Lei nº 4.866, de 23.10.1942) (Vide Decreto-Lei 9.215, de 30.4.1946)

Pena – prisão simples, de três meses a um ano, e multa, de dois a quinze contos de réis, estendendo-se os efeitos da condenação à perda dos moveis e objetos de decoração do local.

§ 1º A pena é aumentada de um terço, se existe entre os empregados ou participa do jogo pessoa menor de dezoito anos.

§ 2º Incorre na pena de multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis, quem é encontrado a participar do jogo, como ponteiro ou apostador.

§ 3º Consideram-se, jogos de azar:

- a) o jogo em que o ganho e a perda dependem exclusiva ou principalmente da sorte;
- b) as apostas sobre corrida de cavalos fora de hipódromo ou de local onde sejam autorizadas;

c) as apostas sobre qualquer outra competição esportiva.

§ 4º Equiparam-se, para os efeitos penais, a lugar acessível ao público:

a) a casa particular em que se realizam jogos de azar, quando deles habitualmente participam pessoas que não sejam da família de quem a ocupa;

b) o hotel ou casa de habitação coletiva, a cujos hóspedes e moradores se proporciona jogo de azar;

c) a sede ou dependência de sociedade ou associação, em que se realiza jogo de azar;

d) o estabelecimento destinado à exploração de jogo de azar, ainda que se dissimule esse destino.

Art. 51. Promover ou fazer extrair loteria, sem autorização legal:

Pena – prisão simples, de seis meses a dois anos, e multa, de cinco a dez contos de réis, estendendo-se os efeitos da condenação à perda dos moveis existentes no local.

§ 1º Incorre na mesma pena quem guarda, vende ou expõe à venda, tem sob sua guarda para o fim de venda, introduz ou tenta introduzir na circulação bilhete de loteria não autorizada.

§ 2º Considera-se loteria toda operação que, mediante a distribuição de bilhete, listas, cupões, vales, sinais, símbolos ou meios análogos, faz depender de sorteio a obtenção de prêmio em dinheiro ou bens de outra natureza.

§ 3º Não se compreendem na definição do parágrafo anterior os sorteios autorizados na legislação especial.

Art. 52. Introduzir, no país, para o fim de comércio, bilhete de loteria, rifa ou tómbola estrangeiras:

Pena – prisão simples, de quatro meses a um ano, e multa, de um a cinco contos de réis.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem vende, expõe à venda, tem sob sua guarda, para o fim de venda, introduz ou tenta introduzir na circulação, bilhete de loteria estrangeira.

Art. 53. Introduzir, para o fim de comércio, bilhete de loteria estadual em território onde não possa legalmente circular:

Pena – prisão simples, de dois a seis meses, e multa, de um a três contos de réis.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem vende, expõe à venda, tem sob sua guarda, para o fim de venda, introduz ou tenta introduzir na circulação, bilhete de loteria estadual, em território onde não possa legalmente circular.

Art. 54. Exibir ou ter sob sua guarda lista de sorteio de loteria estrangeira:

Pena – prisão simples, de um a três meses, e multa, de duzentos mil réis a um conto de réis.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem exhibe ou tem sob sua guarda lista de sorteio de loteria estadual, em território onde esta não possa legalmente circular.

Art. 55. Imprimir ou executar qualquer serviço de feitura de bilhetes, lista de sorteio, avisos ou cartazes relativos a loteria, em lugar onde ela não possa legalmente circular:

Pena – prisão simples, de um a seis meses, e multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.

Art. 56. Distribuir ou transportar cartazes, listas de sorteio ou avisos de loteria, onde ela não possa legalmente circular:

Pena – prisão simples, de um a três meses, e multa, de cem a quinhentos mil réis.

Art. 57. Divulgar, por meio de jornal ou outro impresso, de rádio, cinema, ou qualquer outra forma, ainda que disfarçadamente, anúncio, aviso ou resultado de extração de loteria, onde a circulação dos seus bilhetes não seria legal:

Pena – multa, de um a dez contos de réis.

Art. 58. Explorar ou realizar a loteria denominada jogo do bicho, ou praticar qualquer ato relativo à sua realização ou exploração:

Pena – prisão simples, de quatro meses a um ano, e multa, de dois a vinte contos de réis.

Parágrafo único. Incorre na pena de multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis, aquele que participa da loteria, visando a obtenção de prêmio, para si ou para terceiro.

Art. 59. Entregar-se alguém habitualmente à ociosidade, sendo válido para o trabalho, sem ter renda que lhe assegure meios bastantes de subsistência, ou prover à própria subsistência mediante ocupação ilícita:

Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses.

Parágrafo único. A aquisição superveniente de renda, que assegure ao condenado meios bastantes de subsistência, extingue a pena.

Art. 60. Mendigar, por ociosidade ou cupidez:

Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses.

Parágrafo único. Aumenta-se a pena de um sexto a um terço, se a contravenção é praticada:

- a) de modo vexatório, ameaçador ou fraudulento. (
- b) mediante simulação de moléstia ou deformidade;
- c) em companhia de alienado ou de menor de dezoito anos

Art. 61. Importunar alguém, em lugar público ou acessível ao público, de modo ofensivo ao pudor:

Pena – multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.

Art. 62. Apresentar-se publicamente em estado de embriaguez, de modo que cause escândalo ou ponha em perigo a segurança própria ou alheia:

Pena – prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.

Parágrafo único. Se habitual a embriaguez, o contraventor é internado em casa de custódia e tratamento.

Art. 63. Servir bebidas alcoólicas:

I – a menor de dezoito anos;

II – a quem se acha em estado de embriaguez;

III – a pessoa que o agente sabe sofrer das faculdades mentais;

IV – a pessoa que o agente sabe estar judicialmente proibida de frequentar lugares onde se consome bebida de tal natureza:

Pena – prisão simples, de dois meses a um ano, ou multa, de quinhentos mil réis a cinco contos de réis.

Art. 64. Tratar animal com crueldade ou submetê-lo a trabalho excessivo:

Pena – prisão simples, de dez dias a um mês, ou multa, de cem a quinhentos mil réis.

§ 1º Na mesma pena incorre aquele que, embora para fins didáticos ou científicos, realiza em lugar público ou exposto ao público, experiência dolorosa ou cruel em animal vivo.

§ 2º Aplica-se a pena com aumento de metade, se o animal é submetido a trabalho excessivo ou tratado com crueldade, em exibição ou espetáculo público.

Art. 65. Molestar alguém ou perturbar-lhe a tranquilidade, por acinte ou por motivo reprovável:

Pena – prisão simples, de quinze dias a dois meses, ou multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.

CAPÍTULO VIII

DAS CONTRAVENÇÕES REFERENTES À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Art. 66. Deixar de comunicar à autoridade competente:

I – crime de ação pública, de que teve conhecimento no exercício de função pública, desde que a ação penal não dependa de representação;

II – crime de ação pública, de que teve conhecimento no exercício da medicina ou de outra profissão sanitária, desde que a ação penal não dependa de representação e a comunicação não exponha o cliente a procedimento criminal:

Pena – multa, de trezentos mil réis a três contos de réis.

Art. 67. Inumar ou exumar cadaver, com infração das disposições legais:

Pena – prisão simples, de um mês a um ano, ou multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.

Art. 68. Recusar à autoridade, quando por esta, justificadamente solicitados ou exigidos, dados ou indicações concernentes à própria identidade, estado, profissão, domicílio e residência:

Pena – multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.

Parágrafo único. Incorre na pena de prisão simples, de um a seis meses, e multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis, se o fato não constitui infração penal mais grave, quem, nas mesmas circunstâncias, faz declarações inverídicas a respeito de sua identidade pessoal, estado, profissão, domicílio e residência.

Art. 69. Exercer, no território nacional, atividade remunerada o estrangeiro que nele se encontre como turista, visitante ou viajante em trânsito:

Pena – prisão simples, de três meses a um ano.

Art. 70. Praticar qualquer ato que importe violação do monopólio postal da União:

Pena – prisão simples, de três meses a um ano, ou multa, de três a dez contos de réis, ou ambas cumulativamente.

DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 71. Ressalvada a legislação especial sobre florestas, caça e pesca, revogam-se as disposições em contrário.

Art. 72. Esta lei entrará em vigor no dia 1º de janeiro de 1942.

Rio de Janeiro, 3 de outubro de 1941; 120º da Independência e 58º da República.

GETULIO
Francisco Campos.

VARGAS.

ANEXO 2 LEY DE VAGOS Y MELIANTES

874

5 Agosto 1933

Gaceta de Madrid.—Núm. 217

Administración Central.

JUSTICIA. — Subsecretaría. — *Anunciando hallarse vacantes las plazas de Médicos forenses y de la Prisión preventiva de los puntos que se indican.*—Página 885.

MARINA.—Subsecretaría de la Marina civil.—*Anunciando concurso para proveer las plazas que se indican y que figuran en las plantillas consignadas en el artículo adicional del Reglamento del Canal de experiencias hidrodinámicas, aprobado por Decreto de 18 de Febrero último.*—Página 886.

HACIENDA.—Dirección general de la

Deuda y Clases pasivas.—*Disponiendo que el día 8 del actual se verifique una quema de documentos amortizados.*—Página 886.

INSTRUCCIÓN PÚBLICA. — Subsecretaría. *Disponiendo se publique en la GACETA la relación de los solicitantes para tomar parte en la oposición a una plaza de Oficial de la Secretaría, técnica de este Departamento.* Página 886.

Dirección general de Primera enseñanza.—*Concediendo excedencias al Maestro y Maestras que se indican.*—Página 887.

Ampliando en la forma que se inserta la relación de nombramientos provisionales de Maestros por el cuar-

to turno, publicada en la GACETA de 8 de Julio último.—Página 887.

OBRAS PÚBLICAS. — Circuito Nacional de Firms Especiales.—*Adjudicando a D. Manuel Guías Portos la subasta de las obras que se citan.*—Página 887.

AGRICULTURA.—Dirección general del Instituto de Reforma Agraria.—*Disponiendo que las elecciones para la designación de Vocales de los Jurados mixtos de la Propiedad rústica de los puntos que se indican, se verifiquen antes del día 20 del actual.* Página 887.

ANEXO ÚNICO. — BOLSA. — SUBASTAS. — ADMINISTRACIÓN PROVINCIAL.—ANUNCIOS DE PREVIO PAGO. — EDICTOS. — CUADROS ESTADÍSTICOS.

PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS

EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA ESPAÑOLA,

A todos los que la presente vieren y entendieren, sabed:

Que las CORTES han decretado y sancionado la siguiente

LEY**TITULO PRIMERO**

Estados peligrosos y medidas de seguridad.

CAPITULO PRIMERO**CATEGORÍAS DE ESTADO PELIGROSO**

Artículo 1.º Quedan sometidos a las prescripciones de la presente Ley las personas de ambos sexos, mayores de dieciocho años, que se anuncian en los artículos 2.º y 3.º de la misma.

Los menores de edad en quienes concurren las circunstancias previstas en la presente Ley serán puestos a disposición del Tribunal tutelar correspondiente, donde se halle constituido, y, en su defecto, a la del juez de primera instancia, que tomará las medidas de guarda, educación y enmienda previstas en la Ley reguladora de dichos Tribunales de menores.

Cuando el menor de dieciocho años sujeto a acción reformadora por aplicación de la ley de Protección de menores, llegare a este límite de edad hallándose sometido al correspondiente tratamiento correccional preventivo, continuará bajo dicho régimen tutelar en los términos y modos establecidos por los artículos 13, 19 y concordantes de la referida Ley especial.

Si durante este período de readaptación incidiere después de cumplir los dieciocho años en alguno de los

casos previstos en la presente Ley, se entenderán canceladas la jurisdicción del Tribunal de Menores y las medidas de corrección adoptadas por éste para quedar sometido a las cauciones y procedimientos determinados en las normas que a continuación se expresan.

Artículo 2.º Podrán ser declarados en estado peligroso y sometidos a las medidas de seguridad de la presente Ley:

Primero. Los vagos habituales.
Segundo. Los rufianes y proxenetas.

Tercero. Los que no justifiquen, cuando legítimamente fueren requeridos para ello por las autoridades y sus agentes, la posesión o procedencia del dinero o efectos que se hallaren en su poder o que hubieren entregado a otros para su inversión o custodia.

Cuarto. Los mendigos profesionales y los que vivan de la mendicidad ajena o exploten a menores de edad, a enfermos mentales o a listados.

Quinto. Los que exploten juegos prohibidos o cooperen con los explotadores a sabiendas de esta actividad ilícita, en cualquier forma.

Sexto. Los ebrios y toxicómanos habituales.

Séptimo. Los que para su consumo inmediato suministren vino o bebidas espirituosas a menores de catorce años en lugares y establecimientos públicos o en instituciones de educación e instrucción y los que de cualquier manera promuevan o favorezcan la embriaguez habitual.

Octavo. Los que ocultaren su verdadero nombre, disimularan su personalidad o falsearen su domicilio mediante requerimiento legítimo hecho por las autoridades o sus agentes, y los que usaren o tuvieren documentos de identidad falsos u ocultaren los propios.

Noveno. Los extranjeros que quebrantaren una orden de expulsión del territorio nacional.

Décimo. Los que observen conducta reveladora de inclinación al delito, manifestada: por el trato asiduo con delincuentes y maleantes; por la frecuentación de los lugares donde éstos se reúnen habitualmente; por su concurrencia habitual a casas de juegos prohibidos, y por la comisión reiterada y frecuente de contravenciones penales.

Artículo 3.º También estarán sometidos a los preceptos de esta Ley:

Primero. Los reincidentes y reiterantes de toda clase de delitos en los que sea presumible la habitualidad criminal.

Segundo. Los criminalmente responsables de un delito, cuando el Tribunal sentenciador haga declaración expresa sobre la peligrosidad del Agente.

CAPITULO II**MEDIDAS DE SEGURIDAD**

Artículo 4.º Son medidas de seguridad:

Primera. Internado de un Establecimiento de régimen de trabajo o colonias agrícolas por tiempo indeterminado, que no podrá exceder de tres años.

Segunda. Internado en un Establecimiento de custodia por tiempo indeterminado no inferior a un año y que no podrá exceder de cinco años.

Tercera. Asilamiento curativo en Casas de templanza por tiempo absolutamente indeterminado.

Cuarta. Expulsión de extranjeros del territorio nacional.

Quinta. Obligación de declarar su domicilio o de residir en un lugar determinado por el tiempo que establezcan los Tribunales.

Sexta. Prohibición de residir en

el lugar o territorio que el Tribunal designe.

La duración de esta medida será fijada por los Tribunales.

El sujeto prevenido con esta medida queda obligado a declarar el domicilio que escoja y los cambios que experimente.

Séptima. Sumisión a la vigilancia de la autoridad.

La vigilancia será ejercida por delegados especiales y tendrá carácter tutelar y de protección.

Los Delegados cuidarán de proporcionar trabajo, según su aptitud y conducta, a los sujetos a su custodia.

La duración de esta medida será de uno a cinco años, y podrá ser reemplazada por caución de conducta.

No podrán ser fiadores los ascendientes, descendientes y el cónyuge.

Octava. Multa de 250 a 10.000 pesetas, que se regulará conforme a los preceptos del vigente Código penal.

Novena. Incautación y pérdida, en favor del Estado, de dinero o efectos.

Artículo 5.º Las medidas de seguridad sólo podrán ser aplicadas por los Tribunales.

Los Tribunales, previo informe del Establecimiento sobre la conducta y corrección del vago o maleante, acordarán poner fin a las medidas de tiempo indeterminado, transcurrido el mínimo legal, si lo tuviera, y antes del máximo que esta Ley establece.

Asimismo, teniendo en cuenta los informes de los Delegados y de la Autoridad administrativa, podrán decretar el cese de todas las restantes medidas de seguridad, así como la sustitución de unas por otras.

CAPITULO III

APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

Artículo 6.º Las medidas de seguridad se aplicarán a las categorías de sujetos peligrosos, de la forma siguiente:

Primero. A los vagos habituales se les impondrá, para que las cumplan todas sucesivamente, las siguientes medidas:

a) Internado en un Establecimiento de trabajo o Colonia agrícola.

b) Obligación de declarar su domicilio o residir en un lugar determinado.

c) Sumisión a la vigilancia de Delegados.

2.º A los rufianes y proxenetes, a los mendigos profesionales y a los que vivan de la mendicidad ajena, explotan menores de edad, enfermos mentales o lisiados, se les aplicarán, para

que las cumplan todas sucesivamente, las medidas siguientes:

a) Internado en un Establecimiento de trabajo o Colonia agrícola.

b) Prohibición de residir en determinado lugar o territorio, y obligación de declarar su domicilio.

c) Sumisión a la vigilancia de Delegados.

3.º A los que no justifiquen la posesión legítima de dinero o efectos, se les aplicarán simultáneamente las dos primeras siguientes medidas, y, sucesivamente, las dos restantes:

a) Internado en un Establecimiento de trabajo o Colonia agrícola.

b) Pérdida del dinero y efectos incautados.

c) Obligación de declarar su domicilio o de residir en un lugar determinado.

d) Sumisión a la vigilancia de Delegados.

4.º A los que exploten juegos prohibidos o cooperen con los explotadores, a sabiendas de esta actividad ilícita, en cualquier forma, se les impondrán, para su cumplimiento simultáneo, las tres primeras medidas siguientes, y, sucesivamente, todas las restantes:

a) Internado en un Establecimiento de trabajo o Colonia agrícola.

b) Pérdida de dinero y efectos incautados.

c) Multa de 250 a 10.000 pesetas.

d) Prohibición de residir en determinado lugar o territorio, y obligación de declarar su domicilio.

e) Sumisión a la vigilancia de Delegados.

5.º A los ebrios y toxicómanos habituales se les impondrá el asilamiento curativo en casas de templanza.

6.º A los que sin estar autorizados legalmente traficaren en efectos o substancias de ilícito comercio, se les aplicarán las siguientes medidas de seguridad, para que las cumplan simultáneamente:

a) Prohibición de residir en lugar o territorio determinado, con obligación de declarar su domicilio.

b) Pérdida de efectos incautados.

c) Multa de 2.500 a 10.000 pesetas.

d) Prohibición para el ejercicio de determinada industria, comercio o profesión.

e) Sumisión a la vigilancia de Delegados.

Cuando se trate de traficantes de armas o de personas que comercien en objetos peligrosos, se les impondrá primeramente el internamiento de custodia y las prevenciones b) y c) de este número, y, sucesivamente, las restantes.

7.º A los que ocultaren su verda-

dero nombre, disimularen su personalidad o falsearen su domicilio, mediante requerimiento legítimo, y a los que usaren o tuvieran documentos de identidad falsos u ocultaren los propios, se les impondrán las medidas siguientes, para que las cumplan todas sucesivamente:

a) Obligación de declarar su domicilio o de residir en un lugar determinado.

b) Multa de 250 a 10.000 pesetas.

c) Sumisión a la vigilancia de Delegados.

Cuando la ocultación del nombre, el disimulo de la personalidad, el falseamiento del domicilio, el uso o tenencia de documentos de identidad falsos o la ocultación de los propios tuviesen por objeto enmascarar una actividad peligrosa o criminal, se impondrá, además de las anteriores medidas de seguridad y sin perjuicio de las penas que por delito específico le correspondan, el internamiento en Establecimiento de custodia.

8.º A los que observen conducta reveladora de inclinación al delito, manifestada por los síntomas peligrosos que define el apartado 10 del artículo 2.º de la presente Ley, se les impondrán las siguientes medidas, para su cumplimiento sucesivo:

a) Internado en un Establecimiento de trabajo o en un Establecimiento de custodia, a elección del Tribunal.

b) Prohibición de residir en un lugar o territorio.

c) Sumisión a la vigilancia de Delegados.

9.º Los extranjeros peligrosos serán expulsados del territorio nacional, y cuando quebrantaren la orden de expulsión, serán internados en un Establecimiento de custodia por un año.

Artículo 7.º Los reiterantes, reincidentes y delincuentes peligrosos, serán internados en un Establecimiento de custodia después de cumplir la pena que les fuere impuesta por sentencia judicial.

Las medidas de seguridad que los Tribunales impongan, a tenor de lo prevenido en este artículo y el 3.º de la presente Ley, habrán de cumplirse por el rec inmediatamente después de extinguir las penas aplicadas por el delito o delitos sancionados. Por ningún motivo se concederán los beneficios de la condena condicional y de la libertad provisional cuando se hubiere declarado el estado peligroso del culpable y en tanto no se revoque totalmente la medida de seguridad impuesta, cualquiera que sea su naturaleza.

Artículo 8.º El quebrantamiento de

la obligación de declarar el domicilio o de residir en un lugar determinado, de la prohibición de vivir en un sitio o territorio y de la sumisión a la vigilancia de la Autoridad, será castigado con la pena de arresto mayor.

TÍTULO II

Procedimiento.

Artículo 9.º Cuando un Tribunal dicte sentencia por delito contra un reincidente o reiterante en el que sea presumible la habitualidad criminal o contra un reo que estime peligroso, aplicará de oficio la medida o medidas de seguridad correspondientes, haciéndolas constar en fallo separado.

Cuando el estado de peligrosidad haya de ser declarado por consecuencia de la comisión de un delito, en cualquiera de los casos que previene el artículo 3.º de esta Ley, los Tribunales cuidarán de considerar el hecho, los antecedentes penales del reo, los motivos del acto ejecutado y las circunstancias modificativas y cualificativas del delito.

Podrán estimarse también como síntomas de peligrosidad los hechos reguladores de actividad antisocial, aunque no estuvieren sancionados como delictivos en el momento de su ejecución.

Los hechos que no constituyan delito por inidoneidad del medio, inexistencia del objeto, no aceptación de mandato o desistimiento de la acción emprendida, podrán ser asimismo susceptibles de examen y consideración a los efectos de declarar el estado peligroso y la consiguiente aplicación de las medidas de seguridad, aunque en razón a ellos se hubiese dictado auto de sobreseimiento o sentencia absolutoria.

En los juicios criminales vistos ante el Tribunal del Jurado, la declaración del estado de peligrosidad y correspondiente imposición de las medidas asegurativas es de la exclusiva competencia de los Jueces de derecho.

Artículo 10. Serán competentes para declarar el estado peligroso de los sujetos comprendidos en el artículo 2.º de esta Ley y para aplicar las respectivas medidas de seguridad, los actuales Jueces de instrucción o los que especialmente sean designados para estas funciones.

Artículo 11. La competencia no se atribuye por razón del lugar, sino por la presentación de denuncia de las Autoridades. Se exceptúa el caso de denuncia presentada por los particulares, para cuyo conocimiento será competente el Juez del lugar en donde se suponga que el denunciado ejerce sus actividades reputadas peligrosas.

Artículo 12. Recibida la denuncia, el Juez oír al presunto peligroso sobre los hechos que la motiven, sobre su identidad personal, estado, profesión, antecedentes y manera de vivir durante los cinco años anteriores, consignándose circunstanciadamente las respuestas que diere y reclamará los informes y antecedentes de conducta.

Si dejase de comparecer sin probar justa causa será declarado rebelde y se decretará su prisión provisional.

También podrá decretarse su detención si no pudiese ser citado o si careciese de residencia habitual.

En estos casos, así como en todos aquellos que revelen un estado de inminente peligrosidad, el Juez podrá decretar la prisión preventiva.

Todas estas diligencias, en las que será parte el Ministerio fiscal desde su iniciación, habrán de ser practicadas en el término de diez días.

Cuando se siga el procedimiento ante un Juzgado de instrucción criminal de distrito que no radique en capital de provincia, el Juez participará por telégrafo su incoación al Presidente y al Fiscal de la Audiencia provincial respectiva, dentro de las veinticuatro horas después de la admisión de la denuncia o de la apertura de oficio, con exposición precisa del asunto.

El Fiscal notificado podrá intervenir personalmente o por sus auxiliares delegados, así como también mediante escritos.

En ningún caso se paralizará el procedimiento, aunque no actúe el Ministerio público, y el Juez practicará de oficio las diligencias necesarias dentro de los plazos previstos, hasta que se termine el expediente por resolución motivada.

Artículo 13. Recibidos los antecedentes e informes reclamados y aquellos que la Policía facilite de oficio y practicadas las demás comprobaciones que el Juez, de oficio o a instancia del Ministerio fiscal, estime procedentes, se dará vista de todo lo actuado al presunto peligroso, quien podrá, dentro del término de cinco días, proponer las pruebas que estime conducentes a su descargo y que sean pertinentes.

Desde este momento procesal el peligroso podrá hacer designación de Procurador que lo represente y Letrado que lo defienda o pedir al Juez que los nombre de oficio.

El Ministerio fiscal, dentro de este segundo plazo, podrá proponer las pruebas complementarias determinadas por las excusatorias del imputado.

También el Juez puede acordarlas de oficio.

Las pruebas admisibles sólo podrán tener por objeto:

Primero. La demostración de que el denunciado ha vivido, durante los cinco años anteriores, de un trabajo o medio de subsistencia legítimo.

Segundo. La inexactitud de los hechos que consten en el expediente y la tacha de los testigos que la hayan aducido.

Artículo 14. El Juez, practicadas las pruebas, oír al Ministerio fiscal y al presunto peligroso en un plazo improrrogable de diez días comunes, durante el cual producirán por escrito las alegaciones procedentes, que se unirán al expediente.

Si ambas partes o cualquiera de ellas dejare de utilizar este trámite, se le tendrá por decaído en su derecho y el expediente seguirá el curso de hecho.

Transcurrido dicho término y dentro de los tres días siguientes, el Juez dictará resolución en forma de sentencia, en la cual, después de consignar los hechos probados, definirá la categoría peligrosa del sujeto y la medida o medidas de seguridad que le sean aplicables, o en la que declare no haber lugar a ellas por falta de condiciones determinantes del estado de peligrosidad o por ser infundada la denuncia.

La resolución del Juez se notificará al declarado peligroso y al Ministerio fiscal al siguiente día de dictada.

Nadie podrá ser parte en esta clase de procedimientos, ni el mismo denunciante.

Cuando se rechace la denuncia por infundada, podrá el Tribunal ordenar se proceda de oficio o a instancia del supuesto peligroso contra el particular que la hubiere presentado, caso de ser aquélla constitutiva de delito.

Artículo 15. Contra la resolución final del Juez sólo procederá recurso de apelación ante la Audiencia provincial correspondiente o ante las Salas que al efecto se designen.

El recurso podrá ser ejercitado por el Ministerio fiscal o por el interesado y en el plazo de tres días, a contar desde la notificación.

El Juez emplazará a las partes para que comparezcan en el Tribunal Superior dentro del quinto día.

Artículo 16. Las partes podrán proponer al Tribunal y éste decretar, si lo estima pertinente, que se reitere ante el mismo el examen de alguno de los testigos y la ampliación de las diligencias practicadas por el Juez.

La Sala, además, podrá decretar de oficio las diligencias que estime procedentes y nueva audiencia del peligroso ante el Tribunal.

Las diligencias acordadas se practicarán con o sin intervención de las partes, según el Tribunal determine.

Contra el acuerdo del Tribunal no se dará recurso alguno.

Todas estas diligencias se actuarán en el término de diez días, y dentro de los cinco siguientes se celebrará vista oral, a puerta cerrada, con o sin la presencia del interesado, si éste renunciare a ello o por cualquiera otra causa dejare de asistir.

La resolución, en forma de sentencia, se dictará dentro de tercero día, y contra ella no procederá recurso alguno, salvo el juicio de revisión para la confirmación, revocación, transformación o cese de todas o algunas de las medidas de seguridad, a tenor del procedimiento que establecen los artículos siguientes.

La ejecución de las medidas de seguridad corresponde al Tribunal que las hubiere decretado, y serán de aplicación las disposiciones de la ley de Enjuiciamiento criminal y demás complementarias sobre la ejecución de sentencias firmes, en todo lo que especialmente no se halle modificado por la presente Ley y Reglamento que para su debido cumplimiento se dicte.

Artículo 17. La revisión de los juicios de asignación asegurativa corresponde al Tribunal de apelación que hubiere decretado las medidas de seguridad. El Ministerio fiscal será siempre parte en esta clase de procedimientos de revisión.

Los Jefes o Directores de los Establecimientos de custodia, trabajo, colonias agrícolas, asilos de curación, así como las Autoridades y sus delegados especiales que tuviesen a su cargo las obligaciones correspondientes al tratamiento y vigilancia de los peligrosos, informarán periódicamente al Tribunal de mérito en los plazos y de la manera que dispongan los respectivos Reglamentos sobre los efectos de las medidas de seguridad en cada uno de los sujetos peligrosos sometidos a ellas.

El Tribunal podrá comprobar por sí mismo, en la forma que considere más conveniente y eficaz, los resultados progresivos del tratamiento.

Mediante el juicio de revisión, corresponde al Tribunal revocar, confirmar, substituir o prolongar las medidas de seguridad que hubiere acordado.

La revisión tendrá lugar de oficio o a instancia de parte, pero nunca podrá iniciarse antes del año, a contar desde que hubieren comenzado a cumplirse aquéllas.

Cuando el límite de la medida no exceda de un año, el Tribunal, de oficio, examinará, tres meses antes del vencimiento del término, los antecedentes de cada expediente particular para acordar, si procediere, la prórro-

ga de la misma, que en ningún caso podrá exceder del límite máximo legalmente prevenido.

Una instancia de revisión no será admitida a examen, ni se iniciará de oficio en tanto no transcurra un año desde la deliberación precedente.

La acción de revisión corresponde al Ministerio fiscal y al presunto peligroso o sus representantes legales.

La resolución que recaiga en estos incidentes de ejecución adoptará la forma de un auto motivado, que se notificará a las partes.

Todas las medidas de seguridad, de tracto continuo, que a tenor del artículo 6.º de esta Ley correspondan a cada tipo de peligrosidad y hayan de cumplirse sucesivamente, son susceptibles de ser revisadas dentro de su respectivo período de duración, según las reglas y plazos que el presente artículo establece.

Los sujetos peligrosos sometidos a vigilancia de la Autoridad, estarán obligados a cumplir las disposiciones que los delegados adopten en uso de sus atribuciones tutelares.

Si las desobedeciesen reiteradamente o demostraren con sus actos la inejecución de la medida, el Tribunal la revisará y podrá sustituirla por la de internamiento en cualquiera de sus modalidades. En este caso, el tiempo transcurrido en la sumisión a la vigilancia de los delegados, no se computará en el de la duración de la medida transformada.

La misma norma regirá cuando se quebrantare la prohibición de residir en determinado lugar o territorio, o se hiciera falsa declaración de domicilio.

Artículo 18. El sujeto a medidas de seguridad podrá recurrir ante el Juez de instrucción de su residencia de todo exceso o abuso que respecto del mismo se cometiese en la ejecución de la medida acordada.

El Juez podrá, previo informe de la Autoridad encargada de cumplimentarla, y oído el Fiscal, acordar las disposiciones oportunas para corregirlos, sin perjuicio, en su caso, de las sanciones que procedan; a cuyo fin se pondrán los hechos en conocimiento de la Autoridad superior, y si resultase la existencia de delito, se procederá a la instrucción del correspondiente sumario.

Artículo 19. Las medidas de seguridad prescribirán:

a) A los diez años, si se trata de internamiento en Establecimiento de custodia, de trabajo o en colonias agrícolas.

b) A los cinco años, si se trata de

internamiento en Asilos curativos de templanza para bebedores y toxicómanos, o de sumisión a la vigilancia de delegados.

c) A los tres años, en cualquier otro caso.

El término de prescripción comienza a contarse desde el día en que quedó firme la resolución que se impuso, o desde aquel en que se hubiere interrumpido irregularmente la ejecución de la medida.

Si ésta fuere consecutiva de una pena, se computará el término desde la extinción de la condena.

Antes de expirar el término de prescripción puede acordar el Tribunal, ya de oficio o a instancia del Ministerio fiscal o de parte legítima, una nueva medida que sustituya a la incumplida.

En todo caso, los plazos de prescripción establecidos en el presente artículo, quedan interrumpidos si el peligroso fuese condenado por razón de delito.

La amnistía, el indulto o el perdón de la parte ofendida no afectarán al cumplimiento y extinción de las medidas de seguridad, salvo que la ley en que la amnistía se conceda dispusiere especialmente lo contrario.

Artículo 20. Se establecerá en el Ministerio de Justicia, en las capitales de Audiencia territorial y en la Dirección general de Seguridad y Centros que ésta designe, los registros especiales que sean necesarios con arreglo al Reglamento que se dicte.

Artículo 21. Los Ministerios de Justicia y Gobernación quedan autorizados para dictar las disposiciones complementarias precisas para el cumplimiento de esta Ley.

Por tanto,

Mando a todos los ciudadanos que coadyuven al cumplimiento de esta Ley, así como a todos los Tribunales y Autoridades que la hagan cumplir.

Madrid, cuatro de Agosto de mil novecientos treinta y tres.

NICETO ALCALA-ZAMORA Y TORRES

El Presidente del Consejo de Ministros,

MANUEL AZAÑA

MINISTERIO DE LA GUERRA

DECRETOS

En consideración a lo solicitado por el General de Brigada, en situación de segunda reserva, D. Salvador Castro Somoza, y de conformidad con lo acordado por el Consejo Director de las Asambleas de las Ordenes Militares de San Fernando y San Hermenegildo,