

UNIDADE LEGISLATIVA PENAL BRASILEIRA E A ESCOLA POSITIVA ITALIANA: SOBRE UM DEBATE EM TORNO DO CÓDIGO PENAL DE 1890 *

BRAZILIAN LEGISLATIVE UNITY AND THE ITALIAN POSITIVE LAW SCHOOL: A DEBATE UPON THE PENAL CODE OF 1890

RICARDO SONTAG **

Resumo

Na discussão sobre a unidade da legislação na Constituinte de 1890-1891, que envolvia a divisão constitucional de competências, a questão do Código Penal acabou ficando obscurecida pela preeminência dos argumentos que giravam em torno da organização política e judiciária da República. O Código Penal atrairá os holofotes, ainda na década de 1890, graças ao debate alimentado pelas ideias da chamada escola positiva que opôs o médico Raymundo Nina Rodrigues (contra a unidade) e o penalista João Vieira de Araujo (favorável à unidade). Na Itália, a escola

Abstract

The point of the unity of the legislation, when the first Brazilian republican Constitution was in discussion (1890-1891), the specific point of the penal code remained obscured because of the preeminence of the arguments concerning the political and the judiciary organization. The penal code will attract the attention, even in the 1890s, inside the debate moved by the positive law school ideas which opposed the doctor Raymundo Nina Rodrigues (against the unity) and the penalist João Vieira de Araujo (favorable to the unity). In Italy, the positive

* Artigo recebido em 05-04-2013 e aprovado em 11-09-2013.

Este artigo é um dos resultados parciais, com adaptações e acréscimos, da tese de doutorado orientada pelo Prof. Paolo Cappellini e defendida no *Dipartimento di Teoria e Storia del Diritto da Università degli studi di Firenze* (Itália).

** Doutor em Teoria e História do Direito pela *Università degli studi di Firenze* (Itália). Integrante do *Ius Commune* (Grupo de Pesquisa em História da Cultura Jurídica – CNPq/UFSC). Professor de História do Direito na Universidade Comunitária da Região de Chapecó. E-mail: ricardosontag@unochapeco.edu.br

positiva teve que se conformar com o processo de unificação penal; no Brasil, o arsenal positivista serviu para levantar o questionamento acerca da já tradicional unidade da legislação penal brasileira. O objetivo aqui, então, é perscrutar as concepções de código que a discussão entre Nina Rodrigues e João Vieira foi capaz de colocar em fricção (código-espelho *versus* código-produtor).

law school had to conform with the penal unification; in Brazil, the positivist ideas functioned as a way to put into question the traditional brazilian unity of the penal legislation. So the aim of this article is to scan the concepts of code that were mobilized and that were put in friction by the discussion between Nina Rodrigues and João Vieira (mirror-code *versus* generative-code).

Palavras-chave

História do Direito – Direito Penal – Escola Positiva – Codificações – Código Penal Brasileiro de 1890

Keywords

History of Law – Penal Law – Positive Law School – Codifications – Brazilian Penal Code of 1890

I. Introdução

Muito diferente da península itálica, que mesmo depois da unificação política conviveu durante muito tempo com vários códigos penais, o Brasil já contava com um código moderno unitário desde 1830 (isso para não incluir na comparação o livro V das Ordenações Filipinas, que desviaria demais o foco desta análise em função das especificidades da ordem jurídica colonial). E a tradição unitarista seria mantida pelo Código Penal de 1890, que começou a ser elaborado ainda durante a monarquia, mas foi promulgado já sob a República.

O processo de codificação – em sua polissemia – designa, muito genericamente, alguma operação de unificação. Mas essa observação não basta para que se chegue à especificidade histórica do conceito de código. Por essa razão, o historiador do direito Paolo Cappellini (2004, p. 106 e 115) acrescenta que as codificações modernas são absolutistas porque procuram a redução à identidade, em uma verdadeira “guerra contra as

diversidades”. Paolo Grossi (2011, p. 137; 2007, p. 99) sublinha que as codificações modernas têm a pretensão de ser fontes unitárias, “espelho e cimento da unidade compacta do Estado”.

Unidade do Estado e unidade penal pareciam vinculadas de maneira bastante firme no Brasil do final do século XIX. Tranquilidade que (quase?) foi turbada na discussão da primeira Constituição republicana de 1891. Como se sabe, um dos argumentos dos republicanos contra o regime monárquico era a necessidade de descentralização. Segundo eles, a monarquia era excessivamente centralizada, e, buscando inspiração nas ideias federalistas, o Brasil deveria construir uma República Federativa. Em relação ao nosso tema, a Constituição provisória de 1890 dizia que

Art. 33. Compete privativamente ao Congresso Nacional: (...) 24. Codificar as leis civis, criminaes, commerciaes e processuaes da República”. A fórmula final, do § 23, art. 34, da Constituição de 1891, reservava ao Congresso Nacional somente a competência de legislar em matéria criminal substancial e para o processo criminal do Distrito Federal: “Art. 34 - Compete privativamente ao Congresso Nacional: (...) 23º) legislar sobre o direito civil, comercial e criminal da República e o processual da Justiça Federal.

Conforme nos explica um dos deputados constituintes, o jurista Aristides Milton, era consenso que os Estados federais deveriam poder organizar as suas magistraturas, isto é, que eles poderiam legislar em matéria de organização judiciária. Foi esse consenso que fez com que os constituintes cogitassem não cindir a competência para organizar a magistratura da competência para legislar em matéria processual, mantendo, porém, a unidade do direito substantivo com o recém-promulgado Código Penal de 1890. Segundo Aristides Milton (1898, p. 252), essa foi uma fórmula de transição entre os extremos da unidade ou da diversidade:

triumphou a opinião dos que sustentam não haver incompatibilidade entre a unidade da legislação civil, commercial e criminal do paiz com a divisão do poder judiciario em poder judiciario político, órgão da lei suprema da União ou da de cada Estado, e poder judiciário administrativo, orgam da justiça ordinaria em cada Estado. E como os Estados têm competência para organizar o seu poder judiciario, não se lhes podia negar a de legislar sobre o processo, pois de outro modo uma desharmonia, funesta a interesses muito respeitaveis, poderia surgir, como aconteceu — durante o imperio — no domínio do acto addicional, em que se tornou necessaria a lei da interpretação para conjurar os perigos dali resultantes. Assim não se póde negar — que a disposição contida neste n. 23 foi o resultado de uma transacção entre os que opinaram pela unidade, e os outros que sustentavam a diversidade do direito privado; ella representa o meio termo entre as duas opiniões extremas, ficando a União com o direito substantivo, e os Estados com o direito adjectivo.

E logo adiante, Milton (1898, p. 255-256) evoca o debate sobre o Código Penal italiano, deixando muito claro o seu dissenso em relação à tese de Lombroso:

Paoli, se referindo á unificação da lei penal italiana, e refutando as doutrinas de Lombroso e de V. Rossi, accentúa — que a obrigação de falar a mesma língua, e de se submeter ás mesmas leis, são dous factos que imperterivelmente estabelecem uma corrente uniforme de sentimentos e de idéas em um paiz; e que, portanto, melhor não se poderia trabalhar pela unificação da Italia unida, mas não unificada, na opinião do citado Lombroso, do que lhe impõndo a unidade da legislação.

A Constituição de 1891, então, rompeu com a tradição unitarista do século XIX em matéria processual – o primeiro código de processo criminal do Brasil republicano é de 1832 –, mas manteve a unidade no âmbito do direito penal substantivo. A discussão, porém, não se resumia a um mero problema de competência legislativa. E será justamente o arcabouço de ideias da escola positiva – que Aristides Milton fez questão de mencionar para discordar – que levará tal discussão para além, isto é, fazendo com que o debate sobre a unificação trouxesse à luz o problema da função do código.

O médico Raymundo Nina Rodrigues e o penalista João Vieira de Araujo: eis os dois personagens que assumiram opiniões contrárias – apesar de ambos se declararem adeptos da escola positiva – sobre a questão da unidade do direito penal substancial no Brasil da década de 1890. Ambos eram críticos severos do Código Penal de 1890, mas o segundo sairá em defesa da unidade da legislação penal substantiva.

II. A questão do federalismo na formação do art. 34, § 23, da Constituição de 1891

Antes de entrar especificamente na discussão dos nossos dois positivistas acerca do Código Penal de 1890, vale a pena perscrutar a formação do dispositivo da Constituição de 1891, que é o pano de fundo de toda a celeuma, o já referido art. 34, § 23.

Conforme explica um ferrenho defensor da solução totalmente unitária na época, o professor da Faculdade de Direito de São Paulo, João Monteiro, a comissão que trabalhava no projeto de Constituição chegou a elaborar complicadas fórmulas de legislação separada. Elas previam, em sua maioria e em linhas gerais, que a União elaboraria a generalidade das leis civis e criminais, e, em seguida, os Estados poderiam adaptar essas leis às suas condições locais¹. Porém, o governo provisório ignorou toda

1 – “A comissão de juriconsultos, nomeada para organizar o *Projecto*, parece que logo *in initio laboris* se scindiu neste ponto, quiçá o mais importante de quantos pudessem lhe preocupar o espírito; e tanto assim parece, que cada um dos varios projectos apresentados pelos respectivos membros continha doutrina differente. Assim o do illustre e saudoso Americo

a complexidade dessas soluções editando a fórmula do art. 33, § 24, da Constituição provisória, que serviu de base para as discussões que aportaram no art. 34, § 23.

Ainda segundo João Monteiro, as primeiras leis do governo provisório, entre elas o Código Penal de 1890, pareciam demonstrar a intenção de construir um sistema unitário. Alguns sinais, porém, indicavam o sentido oposto. Ao ponto de João Monteiro (1900, p. 94-95) afirmar que “era idéia do ministro da justiça do Governo Provisório conferir

Braziliense, um dos mais puros republicanos de propaganda, nem era de todo pela unificação do direito, nem por completo contrario a ella. Dava ao Congresso Nacional competencia para legislar sobre a *organização dos códigos civil, do commercio, penal e militar* (art. 19 n. 12), e aos Estados para *crearem suas divisões judicarias* (art. 55). (...) Entretanto, no título primeiro, *Da Organização Federal*, assim rezava o art. 8º das suas *Bases para a Constituição*: ‘Serão organizados, como instituições federaes, o código civil, o do commercio, o penal e o militar. Si porem qualquer Estado representar contra disposições consagradas nos dous primeiros codigos, por julgal-os inapplicaveis ás circumstancias em que aquelle se achar, o Congresso Nacional poderá auctorisar modificações; votadas estas pela legislatura do Estado terão vigor unicamente no respectivo territorio’. Como se o *simul esse et non esse posset esse!* O código civil ou commercial da Republica poderia deixar de o ser deste ou daquelle Estado. O projecto Magalhães Castro ia mais longe. No art. 51 § 6º creava para todo territorio nacional as leis civis, commerciaes, criminaes, e de processo; mas accrescentava que *seria lícito aos Estados alterar as suas disposições em ordem a adaptal-as convenientemente ás suas condições peculiares, necessidades especiaes e interesses particulares e proprios, desde que não ofendessem os princípios geraes estabelecidos na Constituição*. Como se vê, nem se alludia á auctorisação do Congresso Nacional. Mais radicalmente separatista – e ao menos nisso guardava a logica – erro projecto Pestana e Werneck. – ‘As actuaes leis civis, commerciaes e pnaes, assim como as que se referem aos respectivos processos, continuarão a vigorar em todo territorio da Republica, enquanto não modificadas, revogadas ou substituidas em cada Estado por seus competentes poderes’ – assim rezava o art. 63. Fundidos os tres projectos, foi afinal publicado o definitivo Projecto da Commisão, cujos arts. 33 n. 13 e 71 assim dispunham: ‘Art. 33. Compete ao Congresso: 13. Organisar, no prazo maximo de cinco annos, a codificação das leis civis e criminaes que devem regular as respectivas relações de direito em todo o territorio nacional, bem como a codificação das leis de processo, sendo lícito aos Estados alterar as disposições de taes leis em ordem a adaptal-as convenientemente ás suas condições peculiares. Excedido este prazo sem estar feito o trabalho de codificação, fica livre aos Estados organizar por si a codificação de suas leis. – Art. 71. Cada Estado se governará por suas proprias leis constitucionaes e ordinarias com a condição de amoldal-as ao regimen republicano e aos princípios fundamentaes consignados na Constituição’. Mas o Governo Provisorio não ficára satisfeito; e pelo Dec. N. 510 de 22 de junho de 1890 publicou o seu *Projecto*” (MONTEIRO, 1900, p. 14-15, nota 4).

aos Estados completa independencia legislativa: de modo que aquelle Código [referência ao Código Penal], no sentimento do Governo, era lei transitória”².

Na Assembleia Constituinte, discutindo o referido art. 33, § 24, o embate entre os partidários da unidade ou da separação voltaria a se apresentar, com fórmulas e emendas variando pendularmente numa ou noutra direção.

Em 29 de dezembro de 1890, o deputado Milton Amphilophio requereu o adiamento da discussão da questão da unidade do direito, porque, segundo ele, a matéria relativa à organização do Poder Judiciário deveria ser aprovada antes, “vista a conexão que há entre a matéria daquela disposição e da organização judiciária” (BRASIL, [1890] 1924, p. 1015). Requerimento aprovado na sessão seguinte, 30 de dezembro de 1890 (BRASIL, [1890] 1924, p. 1028), e que é um sinal do tom com que o tema foi discutido na Constituinte.

Desde esses primeiros momentos, Amphilophio já fez questão de expressar os seus argumentos unitaristas: havia uma tendência mundial na direção da unificação, inclusive em países federalistas como a Suíça (BRASIL, [1891] 1926, p. 75-76), e seria muito mais conveniente que tanto a legislação processual quanto a substantiva fossem únicas (BRASIL, [1891] 1926, p. 76). Argumentos semelhantes aos do jurista João Monteiro (1900): no plano internacional, já existiam movimentos tendentes à unificação, muito embora a perspectiva de um direito cosmopolita ainda fosse utópica, isso quer dizer que a tendência à unificação nacional já era um dado iniludível. A tese de João Monteiro, vale lembrar, foi apresentada em um congresso jurídico promovido pelo Instituto dos Advogados Brasileiros que lançou como um dos quesitos um questionamento à fórmula da Constituição de 1891. Mas voltemos ao processo de formação de tal artigo da Constituição.

2 – Outro indício nessa direção, isto é, de que o ministro da Justiça seria favorável à diversidade legislativa, seria a dissolução da comissão que estava trabalhando em um projeto de Código Civil. Porém, durante os trabalhos da Constituinte, o ministro Campos Salles afirmou que ele fora voto vencido nessa decisão (BRASIL, [1891] 1926, p. 81).

Poucos dias depois do discurso de Amphilophio, a reação: a primeira emenda apresentada em sede de primeira discussão do projeto era separatista. Em 2 de janeiro de 1891 era apresentada uma emenda que reservava ao Congresso Nacional somente a competência de legislar sobre o processo da justiça federal (salvo algumas exceções dos outros incisos do art. 33)³. A emenda acabou sendo aprovada, em 1ª discussão, estranhamente, sem grande dificuldade (BRASIL, [1891] 1926, p. 283), apesar da declaração de voto contrário de vários deputados (BRASIL, [1891] 1926, p. 284 e 367), entre eles o jurista pernambucano José Hygino, que é quem vai retomar o problema na 2ª discussão.

O deputado Meira de Vasconcellos, inclusive, chegou a afirmar que quem votou a favor da “multiplicidade do Direito” e da “dualidade da magistratura” “não prestou a devida atenção ao assumpto (...) ou não se achava perfeitamente orientado sobre a forma de governo que procuramos estabelecer”. Na sequência, Vasconcellos levantará um ponto bastante comum durante todo o debate: a relação entre a unidade da Nação e a unidade do direito, e, indo adiante na mesma linha de João Monteiro, prevê que a humanidade também estaria caminhando na direção da unidade (BRASIL, [1891] 1926, p. 393).

A 2ª discussão, então, começa com a reação dos unitaristas encabeçada por José Hygino e a sua emenda que dispunha para o § 24 o seguinte: “legislar sobre Direito civil, commercial e criminal da República” (BRASIL, [1891] 1926a, p. 96). Mas a emenda de Hygino não mencionava as leis processuais, por essa razão apareceu, logo em seguida, a emenda Leovigildo Filgueiras, que dizia: “legislar sobre o Direito Civil, Criminal, Commercial e Processual da Republica” (BRASIL, [1891] 1926a, p. 103). A expressão “Processual da Republica” chegou a causar dúvidas: tratava-se de processo da justiça federal ou de todo o processo? (BRASIL, [1891] 1926a, p. 715). Durante os debates, o próprio autor da emenda esclarecerá que se tratava de processo da justiça federal ao propor uma emenda à própria emenda

3 – “Substitua-se o § 24 do art. 33 pelo seguinte: § 24 – Decretar as leis processuaes da justiça federal.” (BRASIL, [1891] 1926a, p. 87).

em 17 de fevereiro de 1891: “legislar sobre o Direito Civil, Commercial e Criminal da Republica e o Processual da justiça federal” (BRASIL, [1891] 1926a, p. 733). A emenda Filgueiras angariou o apoio de José Hygino, que passou, a partir de então, a defendê-la no plenário.

O primeiro discurso unitarista depois da emenda coube à Theodoro Souto, que argumentou, essencialmente, que o povo brasileiro é uno, conforme a sua tradição legislativa unitária. Souto chegou a argumentar, inclusive, que o princípio da legislação separada era um risco para a nacionalidade brasileira porque a imigração italiana em São Paulo e a alemã no sul, por exemplo, dariam origem a códigos que extinguiriam a nacionalidade brasileira (BRASIL, [1891] 1926a, p. 149-150).

O deputado Gil Goulart, por sua vez, reagiu afirmando que “os princípios federativos serão sacrificados (...) si adoptar-se na Constituição o princípio da unidade da legislação e da magistratura” (BRASIL, [1891] 1926a, p. 261).

Mas um dos mais aguerridos adversários da emenda Filgueiras foi o deputado Leopoldo Bulhões. Para ele, a unidade do direito era uma afronta à autonomia legislativa que os Estados deveriam ter (BRASIL, [1891] 1926a, p. 717). O verdadeiro federalismo, a valorização dos Estados, portanto, deveria “começar pela reabilitação do seu Poder Legislativo, abatido e vilipendiado pelo regime monarchico” (BRASIL, [1891] 1926a, p. 718). Ele chega a mencionar algumas diferenças entre os Estados brasileiros que o direito privado deveria reconhecer, a compatibilidade entre a ideia de separação da legislativa com as várias correntes teóricas do direito (Savigny, Ihering e os “metafísicos”) (BRASIL, [1891] 1926a, p. 720), mas o seu discurso se move prioritariamente no âmbito da organização político-jurídica.

No mesmo dia, José Hygino sai em defesa da emenda Leovigildo Filgueiras, em ácida polêmica com Leopoldo Bulhões. Para Hygino (BRASIL, [1891] 1926a, p. 734), “o Direito uno, producto da nossa historia, é um dos mais fortes vínculos da nossa união nacional (...), e considero o rompimento desse vínculo um crime de lesa-patriotismo”. João Monteiro também professava a mesma ideia do direito como cimento da unidade

nacional, uma evocação de uma característica primária das codificações modernas, e que, na voz de José Hygino, trouxe consigo, inclusive, a comparação com a questão da língua (que é um ponto levantado por Paolo Cappellini [2002] na sua análise da ideia moderna de codificação): “a unidade do direito, como da língua, é a base mais sólida de uma união federal” (BRASIL, [1891] 1926a, p. 736).

O centro da argumentação de Hygino, depois dessas premissas, estava na questão da compatibilidade entre a noção de Federação e a unidade do direito (BRASIL, [1891] 1926a, p. 735-736), o que ensejou, ainda, um debate sobre a diferença entre Federação e Confederação. A propósito, José Hygino chegou a dizer, em aparte ao discurso de Leopoldo Bulhões, que o que este estava propondo era uma “Confederação de republiquetas” (BRASIL, [1891] 1926a, p. 717).

A emenda defendida com tanto afincio por José Hygino será aprovada em 18 de fevereiro de 1891, e o seu autor, Leovigildo Filgueiras, ocupará a tribuna para reiterar alguns argumentos já expendidos em favor da sua fórmula: a unidade histórica brasileira, que não seria prudente romper por mero “experimentalismo” e a relativa unidade do povo brasileiro (sempre mais pressuposta do que demonstrada) (BRASIL, [1891] 1926a, p. 843); os riscos dos “ephemeros interesses da política local” (BRASIL, [1891] 1926a, p. 843); e a unidade do direito enquanto “fortificador da unidade nacional” (BRASIL, [1891] 1926a, p. 843). A única exceção plausível seria o direito processual em função da decisão já tomada pelos congressistas de deixar a organização judiciária nas mãos dos Estados (BRASIL, [1891] 1926a, p. 845). A única menção expressa ao Código Penal, até aqui, foi nesse discurso de Filgueiras, mas, muito *en passant*, isto é, somente para dizer que seria injusto um crime ser punido com penas diferentes dependendo do Estado em que fosse cometido (BRASIL, [1891] 1926a, p. 846).

Em 23 de fevereiro de 1891, a emenda Filgueiras recebe parecer favorável da comissão de redação e é aprovada juntamente com toda a Constituição (BRASIL, [1891] 1926a, p. 864 e 869).

Apesar da aprovação, Leopoldo Bulhões, que era um dos integrantes da comissão de redação, sobe à tribuna para lamentar a não adoção

da legislação separada. Quando os constituintes provavelmente já estavam em espírito de festa pela aprovação do texto final, Bulhões faz o seu discurso mais interessante em favor da separação da legislação. Segundo ele, partindo de Tocqueville, existiriam três tipos de assuntos para serem distribuídos entre os entes de uma Federação: os nacionais, os mistos e os locais. Quanto ao primeiro e ao último, poucas dúvidas: os nacionais à União, e os locais aos Estados. Os mistos, porém, dependiam da situação específica do país em questão. E segundo Bulhões, entre os temas mistos estavam justamente as legislações civil, comercial e criminal.

Si conferir à União nacional, observa Tocqueville, além das suas atribuições, o direito de regular os assumptos mixtos, investil-o-eis de um poder extraordinário que porá em perigo as prerrogativas naturaes e necessárias dos Estados; si aquelle direito é conferido aos Estados, uma tendencia inversa domina a sociedade. A applicação deste princípio depende muito das circumstâncias especiaes de cada paiz. Quando diferentes povos tratam de se reunir em uma Federação, para que se mantenha a integridade nacional, que se deseja formar, é indispensável dar-se ao governo nacional uma organização bastante forte, devendo-lhe competir, neste caso, não só os assumptos propriamente nacionaes, como os mixtos. Dando-se, porém, o inverso, isto é, uma nação compacta e unificada querendo constituir-se em Federação, neste caso, discriminados os negocios nacionaes e locaes, aos estados deve competir o direito de regular as questões mixtas. O Brasil acha-se nestas condições e, no emtanto que fizemos nós? Conferimos à União todas as attribuições que lhe eram próprias e, ainda, não contentes, lhe entregámos as de natureza mixta sem fazer conta das tradições, dos costumes, dos sentimentos creados pela centralização em que temos vivido e que por muito tempo serão obstáculo á realidade do systema federativo no nosso paiz. (BRASIL, [1891] 1926a, p. 873).

Seria possível, agora, uma longa análise sobre a questão federativa, sobre o uso de Tocqueville, os exemplos mobilizados pelos congressistas (Estados Unidos, Suíça, Argentina, etc.), mas, como o foco, aqui, não é história da teoria política ou do direito constitucional, bastará acenar somente para um ponto que se insinuou no discurso de Bulhões: o caráter “produtivo” da noção moderna de lei. Enquanto a maioria dos congressistas preocupou-se em afirmar a unidade do povo brasileiro e a tradição histórica unitarista, aqui vimos o inverso. A lei é que deveria produzir o efeito desejado, o espírito de *self government* não dispersivo, por assim dizer. Um aspecto que se entrevê no último instante possível e que explica a quase total ausência de uma discussão específica sobre o Código Penal. Mesmo o direito civil substantivo, muito embora mencionado algumas vezes, pouco avançou nas sendas que os nossos dois protagonistas das partes seguintes exploraram.

III. Nina Rodrigues: “a adoção de um código único (...) atentou grandemente contra os princípios mais elementares da *physiologia humana*”

Depois dessa passagem pelos debates constitucionais, podemos voltar, agora, ao centro do nosso percurso, que é o direito penal. A ideia de sistema penal do nosso primeiro protagonista, Nina Rodrigues, fundava-se, como bom positivista que era, no conceito de defesa social. Uma concepção defensiva que se vinculava, por sua vez, à ideia de estudar em sua especificidade os vários tipos de delinquentes. Portanto, esse *topos* bastante típico da escola positiva era muito explícito, talvez até mais do que em juristas positivistas porque acompanhado de um mar de pesquisas empíricas sobre esses “sujeitos perigosos”. Segundo Nina Rodrigues, o Código Penal brasileiro de 1890 não era racional ao tratar dos sujeitos criminosos, e um dos aspectos dessa falta de racionalidade estava na unidade, contrária aos conselhos da antropologia criminal.

Tais ideias aparecem no seu livro mais famoso, o “As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil”, de 1894, onde encontramos um capítulo – o último – dedicado especificamente à avaliação do sistema penal

brasileiro da época, intitulado “A defesa social no Brazil”. O livro é um estudo sobre as raças no Brasil na sua dimensão criminal; um estudo que parte da relatividade histórico-antropológica dos conceitos de crime e de pena, mas enquadra as diferenças em uma hierarquia de raças inferiores e superiores. Mais especificamente, na parte que nos conduzirá à crítica do código, tratava-se de um estudo “das modificações que as condições de raça imprimem à responsabilidade penal” (RODRIGUES, [1894], p. 29). Sintetizando todo o percurso que o leva à crítica do livre-arbítrio (e de algumas versões que tentavam não ser deterministas, mas procuravam fugir do livre-arbítrio),

perante as conclusões tanto da sociologia, como da psychologia moderna, o postulado da vontade livre como base da responsabilidade penal, só se pode discutir sem flagrante absurdo, quando fôr applicavel a uma agremiação social muito homogénea, chegada a um mesmo gráo de cultura mental média. (RODRIGUES, [1894], p. 60-1).

Uma homogeneidade que era ainda mais difícil de encontrar no vasto território brasileiro.

A principal crítica de Nina Rodrigues ao código de 1890 estava, exatamente, na adoção do “pressuposto espiritualista” do livre-arbítrio, seguindo os passos do código brasileiro de 1830 e do código italiano de 1889:

[a] legislação penal brasileira, seja no novo código da república, seja no antigo código do imperio, tomou por base o pressuposto espiritualista do livre arbítrio para criterio da responsabilidade penal. Nisso não fez mais do que trilhar a doutrina penal corrente em todos os povos civilizados á europa, reproduzida ainda recentemente no tão debatido Código Penal italiano. Naturalmente esta doutrina é adoptada em toda a sua plenitude e aceita com todas as suas consequencias pelos partidarios da metaphysica espiritualista. (RODRIGUES, [1894], p. 68)

Ao lado da adoção do livre-arbítrio, havia, ainda, a lista de “causas dirimentes” e “atenuantes” da responsabilidade, que não conseguiam levar em consideração efetivamente o elemento “raça”, por causa do art. 4º do código de 1890 que previa a igualdade dos sujeitos diante da lei penal, enquanto, segundo ele, a “raça” deveria contribuir para dirimir absolutamente a responsabilidade (dirimir a responsabilidade, evidentemente, para usar a terminologia “clássica”^{4 5}). Critérios, segundo Rodrigues ([1894], p. 77), particularmente inadequados para a situação de diversidade racial brasileira:

A imputação moral, como base e condição da responsabilidade penal acha-se formulada nos arts. 7, 8, 27 e 30 do código vigente. Como natural consequência admittem elles a existencia de causas capazes de aggravar, attenuar e dirimir a responsabilidade penal. Mas, nem como causa dirimente, nem como

4 – Essa ressalva é importante porque os positivistas, em última instância, tendiam a “implodir” tais conceitos.

5 – A expressão aparecerá sempre entre aspas porque, tal como Mario Sbriccoli ([1990] 2009), penso que o binômio “escola clássica *versus* escola positiva” não deve ser tomado como uma categoria historiográfica suficiente e perfeitamente adequada para descrever a história das ideias penais entre o final do século XIX e início do século XX. É preciso lembrar – e levar a sério o fato – que o binômio foi cunhado pelos positivistas também com intenções polêmicas, isto é, para etiquetar todos os autores considerados “clássicos” com o rótulo do passado e fechar o tempo dessa fase, em favor da escola positiva, dona do presente e do futuro. A expressão aparece aqui, portanto, somente como signo dos gestos de pertencimento e de etiquetamento operados pelos atores da época. Ou seja, antes de mais nada, o binômio “escola clássica *versus* escola positiva” é um dispositivo de construção identitária. Desse ponto de vista, o termo escola positiva também poderia ser colocado entre aspas, por ter sido tomado, aqui, igualmente, somente como um dispositivo de construção identitária dos atores da época. Porém, como no caso da escola positiva trata-se de autoidentificação e como existem bases para afirmar que existiam as condições materiais de um real entrosamento de grupo – como a existência de uma revista com o título “*Scuola Positiva*” –, optei por não utilizar as aspas, o que deve sugerir somente uma diferença quantitativa em relação às duas expressões do binômio. Evidentemente, refiro-me às condições materiais de existência da escola positiva na Itália. Isto é, afirmar a existência de condições materiais de uma escola positiva no Brasil, entre os juristas, parece ser um passo, no mínimo, imprudente. Além disso, quanto aos gestos de pertencimento dos juristas brasileiros, eles costumam instaurar um pertencimento à escola positiva “italiana”, sinal de internacionalização da escola, mas não necessariamente de intenções de transposição.

causa atenuante da responsabilidade penal, figura nesses o momento da consideração de raça. Tal intenção e alcance não se podem atribuir ao § 1.º do art. 42, pois que, para aceitar esta doutrina, era mister que houvesse no código alguma disposição correspondente aos casos extremos em que, por consideração, ou momento anthropologico, desaparece de todo a responsabilidade penal, O art. 4.º do código vigente dispõe expressamente: “A lei penal é applicavel a todos os indivíduos, sem distincção de nacionalidade, que, em territorio brasileiro, praticarem factos criminosos e puníveis”. Desconhecendo a grande lei biologica que considera a evolução ontogenica simples recapitulação abreviada da evolução phylogenica, o legislador brasileiro cercou a infancia do individuo das garantias da impunidade por immaturidade mental, creando a seu beneficio as regalias da raça, considerando iguaes perante o código os descendentes do europeu civilizado, os filhos das tribus selvagens da America do Sul, bem como os membros das hordas africanas, sujeitos á escravidão.

Era absurdo, para Rodrigues, admitir que os indígenas ou os negros africanos (mas também os mestiços) pudessem ser submetidos aos requisitos de conhecimento da “maldade” do próprio ato – e, portanto, à ulterior “livre” decisão de cometer o crime – previstos no “clássico” código brasileiro⁶. A igualdade perante a lei do código brasileiro não seria mais do que um anacrônico resquício de catolicismo – a humanidade reconhecida aos

6 – “Acaso, no célebre postulado da escola clássica e mesmo abstrahindo do livre arbítrio incondicional dos metaphysicos, se pode admittir que os selvagens americanos e os negros africanos, bem como os seus mestiços, já tenham adquirido o desenvolvimento physico e a somma de faculdades psychicas, sufficientes para reconhecer, num caso dado, o valor legal do seu acto (discernimento) e para se decidir livremente a commettel-o ou não (livre arbítrio)?” (RODRIGUES, [1894], p. 111-112) E logo adiante: “[n]ão creio haja ainda hoje espírito culto e esclarecido que ouse affirmar a responsabilidade penal, como a entende e requer o nosso código, no caso de uma acção nociva commettida por índio completamente selvagem, ou por um negro africano, tomado ás suas hordas e transportado de repente ao nosso paiz, como foram durante o trafico.” (RODRIGUES, [1894], p. 112-113)

indígenas por Paulo III, salutar do ponto de vista social, mas pernicioso no campo penal⁷.

Não se deveria, porém, multiplicar as hipóteses de absolvição. O objetivo de Nina Rodrigues era demonstrar a contradição interna dos códigos penais “clássicos”. O maior risco para a ordem social estava exatamente no “ecletismo” que aceita algumas conclusões do positivismo sem mudar todo o sistema, isto é, simplesmente aumentando as hipóteses de inimputabilidade. Mas o “perigo social” estava nas teorias “clássicas”. Mesmo sem saber como funcionaria um sistema positivista “puro”, Rodrigues ([1894], p. 73) insistia que, no interior das concepções “clássicas”, o problema era insolúvel, particularmente quando colocadas diante da diversidade racial brasileira:

[não] temos os fructos que esses dados [das pesquisas positivistas] produziriam por meio de uma applicação completa e lógica, nem os effeitos que logicamente, apesar do seu desaccordo com a realidade das cousas, trariam os princípios clássicos em seu absolutismo. O que succede na prática (...) — e o que dora avante é um verdadeiro perigo social das theorias clássicas —, é uma espécie de impunidade, ou semi-impunidade geral, um verdadeiro jubileo sobretudo para os criminosos mais perigosos. O exame da responsabilidade das raças brasileiras nos nossos codigos penaes vae ministrar um novo exemplo desse dilemma em que se debatem os criminalistas clássicos: ou punir sacrificando o princípio do livre arbítrio, ou respeitar esse princípio, detrimtando a segurança social.

7 – “Da bulla de Paulo III, — que precisou declarar oficialmente aos hespanhoes, ao contrario do que suppunham, serem os índios americanos homens como elles —, até os nossos dias, o senso moral poliu-se bastante, e até com exagero ás vezes, nas classes dirigentes e cultas, para que os sentimentos de piedade e sympathia as levassem a considerar ou pregar a igualdade christã, isto é, humana, e até social do indio. E os nossos legisladores que, em materia de conhecimentos biológicos e sociológicos, não iam muito alem do ensino religioso, influenciados por elle transportaram para os codigos este princípio de igualdade, que, do ponto de vista do livre arbítrio, devia ser tão injusto nos, domínios penaes, quanto, nos domínios sociaes, era fecunda em consequencias civilisadoras a bulla de Paulo III.” (RODRIGUES, [1894], p. 113)

O mesmo paradoxo, em João Vieira (1889), é resolvido decididamente em favor da “segurança social” em um artigo sobre o estupro em que se defende a punição mesmo fora dos requisitos legais da imputabilidade.

Especificamente sobre os mestiços, Nina Rodrigues critica o art. 399 do código sobre os vagabundos. O traço antropológico dos mestiços seria a indolência, porém, tal característica negativa de caráter não deveria ser enfrentada com repressão penal, mas com a “arte de educar”, já que esse crime cometido pelos mestiços não seria expressão da “vontade livre de não trabalhar”⁸. Ainda sobre os mestiços, a falta de “consciência plena do direito de propriedade”, herdada dos índios e dos negros, segundo Rodrigues, seria a explicação dos delitos contra a propriedade cometidos por eles. Mais um caso, portanto, em que a falta de “consciência do direito” excluiria, segundo Rodrigues, um requisito indispensável da plena imputabilidade⁹.

No capítulo sobre a “defesa social no Brasil”, a crítica de Nina Rodrigues ao Código Penal gira em torno do problema da unidade legislativa fundada no livre-arbítrio, em dissonância com a diversidade racial brasileira.

O problema da unidade começava, para Nina Rodrigues, no próprio conceito de crime. A legislação penal brasileira seria expressão da tentativa da “raça superior” de manter a ordem. Uma ordem ameaçada por atos

8 – “São accordes os melhores escriptores, pelo menos os que julgam a materia pelo lado scientifico, em tomar como características do brasileiro, a falta de energia physica e moral, a apathia, a imprevidencia. (...) A indolencia da população mestiça é talvez um dos factos sobre o qual menos se discutirá no Brazil, e não é menor o accordo unanime em attribuil-a á riqueza nativa do solo, que dispensa qualquer trabalho. O ultimo codigo penal, feliz por ter com o consenso geral, encontrado na indolencia dos mestiços, uma manifestação da livre vontade de não querer trabalhar, correu pressuroso, com o art. 399, em auxilio desse prejuizo. E para corrigir o vicio não descobriu de melhor senão alguns dias de prisão cellullar e uma theoria de trabalho obrigatorio, destituída de toda e qualquer virtude pratica e educativa. A indolencia dos nossos mestiços é um legado dos seus maiores, que mais deve merecer da arte de educar do que das repressões penaes.” (RODRIGUES, [1894], p. 141-2)

9 – “(...) por insufficiencia e desharmonia do desenvolvimento physiopsychologico, não só o indio e o negro, mas ainda os seus mestiços devem ser menos responsaveis do que os brancos civilisados. Falta-lhes a consciencia plena do direito de propriedade. E a consciencia do direito é momento capital, elemento constitutivo da qualificação de criminalidade”. (RODRIGUES, [1894], p. 141)

muito diferentes entre si: os atos antissociais da própria raça superior; os atos antissociais das raças inferiores que são, também, antissociais nas suas próprias culturas; os atos antissociais das raças inferiores que são antissociais somente no confronto com a raça superior¹⁰ e que são expressão, portanto, do “conflito de raças”. A gestão dessa diversidade foi feita por meio do procedimento de generalização – o conceito de crime – que se apoiou no livre-arbítrio¹¹.

Com uma perspectiva diferente em relação a João Vieira, a partir do paradoxo extraído de Ferri – adoção parcial das ideias positivistas com o resultado do aumento das hipóteses de inimputabilidade, e, portanto, de impunidade –, Nina Rodrigues conclui que reformas meramente parciais não bastavam. A verdadeira fuga das contradições de um Código Penal “clássico” seria possível somente com uma reforma radical (positivista), ainda que essa reforma não parecesse possível a curto prazo¹². Infelizmente,

10 – A hierarquia entre as raças, mesmo sendo o pressuposto de todo o raciocínio de Nina Rodrigues, não impediu o florescimento de lampejos muito interessantes ao longo das suas pesquisas concretas baseadas no horizonte da relatividade do conceito de crime. A partir desse horizonte, é possível encontrar nos escritos de Nina Rodrigues verdadeiras lições metodológicas sobre como deixar em suspenso os próprios valores culturais para interpretações das ações do outro no interior de um conjunto diferente de valores culturais.

11 – “A civilização aryaná está representada no Brasil por uma fraca minoria da raça branca a quem ficou o encargo de defendê-la, não só contra os actos anti-sociaes — os crimes — dos seus próprios representantes, como ainda contra os actos anti-sociaes das raças inferiores, sejam estes verdadeiros crimes no conceito dessas raças, sejam ao contrario manifestações do conflicto, da lueta pela existencia entre a civilização superior da raça branca e os esboços de civilização das raças conquistadas, ou submettidas. Era, portanto, natural que o legislador brasileiro confundisse todos esses actos sob a rubrica geral de — crimes —; e os submettesse aos meios de repressão, que, a seu juízo, deviam garantir a ordem social sobre que repousava a civilização que elle tinha em vista defender. Para abranger, porem, em uma formula única actos anti-sociaes tão differentes, fazia-se mister que o conceito fundamental da repressão fosse sobretudo bastante comprehensivo e generalisado. Deste geito, se algum dia se viesse a demonstrar que o criterio escolhido tinha sido falso, ou mesmo apenas insufficiente, os ataques dirigidos contra a sua legitimidade deveriam parecer trazer como consequencia inevitavel o compromisso, ou o aniquilamento de toda a ordem social a que elle servia de garante. Foi o que succedeu com o livre arbítrio.” (RODRIGUES, [1894], p. 169-170)

12 – “(...) esta demonstração da incoherencia e insufficiencia da escola classica, pelo absurdo das conclusões logicas de seus princípios, applicados á repressão dos crimes no nosso paiz, não nos deve levar a advogar ou pedir que o legislador brasileiro procure preencher

Nina Rodrigues não desenvolve as características de uma possível reforma positivista. A partir de indícios esparsos é possível afirmar somente que havia uma simpatia por meios preventivos e pelos substitutivos penais.

Um esboço de como as coisas deveriam ser não aparece nem mesmo na crítica principal, isto é, na questão da unidade da legislação. A unidade entendida como unificação e a homogeneidade social, conforme já vimos com Paolo Cappellini, são congeniais à forma-código moderna, e, por essa razão, ainda vale a pena seguir Nina Rodrigues, afinal, esse tema toca um aspecto originário do conceito moderno de código:

Posso illudir-me, mas estou profundamente convencido de que a adopção de um código único para toda a república foi um erro grave que attentou grandemente contra os princípios mais elementares da physiologia humana. Pela accentuada differença da sua climatologia, pela conformação e aspecto physico do paiz, pela diversidade ethnica da sua população, já tão pronunciada e que ameaça mais accentuar-se ainda, o Brazil deve ser dividido, para os effectos da legislação penal, pelo menos nas suas quatro grandes divisões regionaes, que, como demonstrei

a lacuna que, do ponto de vista do livre arbitrio, demonstrei existir na legislação penal patria, e insira nos codigos uma escusa de qualquer especie para os crimes commettidos pelas raças inferiores. Por mais dura e iniqua que para os nossos habitos mentaes de hoje possa parecer esta defesa social pela applicação absoluta dos princípios da escola classica, sem a menor attenção aos modificadores da imputabilidade, em todo caso repousa por emquanto sobre essa applicação a garantia da ordem social no paiz. Mas nem tem isso sequer as honras de uma innovação. Em todos os tempos, á sombra, sob a tolerancia e em nome do supposto livre arbitrio, se puzeram em acção medidas repressivas, mesmo de extremo rigor que, de facto, nenhuma relação guardavam com a responsabilidade dos punidos.” (RODRIGUES, [1894], p. 170-171) E mais adiante: “Emquanto aguardamos, pois, que o lento preparo, a evolução natural dos espíritos tornem possível uma execução completa e harmonica das idéas e princípios da escola criminalista positiva, maior perigo existe, como justamente ensinam Ferri, Puglia e outros, em entibiar ainda mais a repressão dos crimes, enxertando as idéas novas no velho edificio da theoria classica, do que em deixar sem correção pareial defeitos de um systema de repressão que reclama substituição completa. Não importa isto reconhecer e conceder que, mesmo com todos os seus erros e contradicções, a escola classica esta habilitada a dispensar indefinidamente a adopção e execução das novas idéas.” (RODRIGUES, [1894], p. 173)

no capítulo quarto, são tão natural e profundamente distintas.
(RODRIGUES, [1894], p. 176)

As quatro grandes divisões regionais de Nina Rodrigues ([1894], p. 94-96) são as seguintes: litoral norte, predomínio de mestiços luso-africanos; São Paulo, Rio de Janeiro, Espírito Santo e Minas Gerais, predomínio de mestiços ítalo-africanos; sul, predomínio da raça branca; extremo norte e oeste, predomínio indígena. E eis a conclusão de Nina Rodrigues ([1894], p. 97): “Não acredito na unidade ou quasi unidade ethnica, presente ou futura, da população brasileira”¹³. Um Código Penal unitário para regular essas profundas diversidades raciais brasileiras, segundo Nina Rodrigues, era um grande erro. A ideia antiunificação o médico brasileiro aprendera dos positivistas italianos, que, às vésperas da promulgação do código Zanardelli, aceitavam a unificação penal pouco convencidos (como é o caso de Ferri) ou criticavam-na abertamente (como é o caso de Lombroso) (LOMBROSO, 1889).

A unidade legislativa brasileira no campo penal, porém, era mais antiga em relação à italiana. Antes da década de 60 do século XIX, cada Estado independente da península itálica possuía o seu Código Penal. Depois da unificação política, na década de 60, coloca-se o problema da unificação penal da Nação, que só será alcançada em 1889 com o código Zanardelli¹⁴. No Brasil, desde 1830 já havia um código moderno

13 – A “unidade futura” é uma referência ao conhecido debate da época sobre a miscigenação (e, também, sobre as políticas estatais de miscigenação/branqueamento). Sobre todo esse contexto intelectual, cf., por todos, o livro de Lília M. Schwarcz (1993), “O Espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil 1870-1930”.

14 – “*Le 17 mars, le Royaume d’Italie est proclamé sous la dynastie des Savoie. L’Italie réalisera une unité législative presque achevée au moyen des codes (civil, de procédure civile, de procédure pénale) et des lois administratives de 1865. Mais paradoxalement, la législation pénale est la seule à rester en dehors du dessein unitaire. (...) Le fait que l’Unité législative n’ait pas eu lieu dans le domaine pénal ‘leitmotiv du débat jusqu’au code Zanardelli – est du principalement à deux raisons: la particularité de la codification de la Toscane et l’émergence de l’ordre public dans les provinces méridionales après l’annexion. (...) Les classes dirigeantes subalpines essayèrent de réaliser rapidement un projet unitaire qui, cela est inévitable, ‘simplifiait’ la réalité plus complexe des Etats pré-unitaires et sous-estimait (...) les aspects originaux*”

unitário, mas Nina Rodrigues parece considerar inclusive o livro V das Ordenações expressão de unidade quando afirma que a codificação penal unitária se vinculava ao hábito de generalização dos portugueses e dos seus descendentes¹⁵. Por esse motivo, em relação à situação jurídica brasileira, a ideia de Nina Rodrigues era bastante heterodoxa. A repetição da solução unitária, porém, não é um dado historicamente inócuo no contexto da recém-nascida República brasileira: entre as ideias republicanas estava o federalismo, com toda a crítica ao centralismo do poder do Imperador. Uma das consequências desse federalismo depois da promulgação da República foi a descentralização do processo penal, que se tornou competência legislativa de cada Estado da Federação. Mas o Código Penal substantivo permaneceu como pilar indispensável da unidade do País. Nina Rodrigues reconhecia que a tendência da época estava na direção da unidade – e entre os exemplos evocados aparece o caso italiano –; tendência que evidenciava ainda mais a heterodoxia da sua proposta. A tendência geral, porém, segundo ele, não revelava uma evolução científica. Pelo contrário, a tendência à unificação era expressão, segundo Rodrigues, da “influência directora da escola clássica”¹⁶.

O exemplo italiano, mesmo abstraindo as oposições positivistas, não era uma referência para o Brasil porque as diversidades brasileiras, segundo Nina Rodrigues, eram muito mais fortes¹⁷. Ainda sobre o exemplo

et particuliers de chaque nation italienne en les insérant dans une nation unitaire qui, sous certains aspects, devait être entièrement construite, ou bien inventée.” (LACCHE, 1997, p. 304-305) A dificuldade em relação ao código toscano tocava, especificamente, a questão da pena de morte: “*L’Unité avait fait surgir le dilemme de la suppression de la peine capitale dans le reste de l’Italie aussi ou, au contraire, de son extension à la Toscane. (...) L’aspiration à avoir un code unique se heurtait au grande obstacle de la question de la peine de mort.*” (LACCHE, 1997, p. 306-307)

15 – “Foi ao vez de generalisar em tudo que obedeceram os portugueses e seus descendentes com a ideia de um código penal unico para o Brazil.” (RODRIGUES, [1894], p. 176)

16 – “[e]u sei bem que a tendencia moderna é a unificar os codigos, que a Italia ja o fez, que a Suissa está em via de fazel-o, e que mesmo na América do Norte essa ideia tem partidarios. Mas tudo isso prova apenas um facto que ninguem contesta, o domínio, a influencia directora da escola classica.” (RODRIGUES, [1894], p. 207)

17 – “(...) não parece que valham aqui as razões invocadas a favor da unificação penal na

italiano, Nina Rodrigues não se convence do argumento de Bernardino Alimena segundo o qual a unificação codicística levaria à união do País. Um código não seria capaz de modificar as raças. A evolução das raças responderia a durações muito mais longas e a condições muito distantes das contingentes leis. Mesmo aceitando um possível efeito de unificação da população para o caso italiano, o pressuposto de tal efeito seria uma diversidade racial muito menor em comparação com a brasileira. Por esse motivo, Rodrigues considera essencialmente errôneo o argumento da unificação da população por meio de um código, e particularmente equivocado em relação à situação brasileira¹⁸. A unificação da população – que, no Brasil, deveria significar a extinção das “raças inferiores” por meio da mestiçagem – era um objetivo sadio, todavia, um código era absolutamente inadequado, segundo Rodrigues, para dar conta de tal tarefa.

Como deveriam ser os códigos penais de cada região brasileira, Nina Rodrigues não explica. Não se explica nem mesmo como essa fragmentação poderia resolver os problemas levantados durante o livro. O único exemplo nesse sentido é a maioria penal, que deveria ser diferente em cada região. A solução proposta, porém, é não estabelecer critérios legais e entregar a análise da capacidade de discernimento aos exames médicos. Ou

Italia, que triumphou, apesar da falta de uniformidade da sua população, como deixaram demonstrado médicos eminentes e illustres criminalistas. A situação política do Brazil é exactamente opposto á da Italia, por ventura muito mais fundas e cavadas as distincções ethnicas e climatologicas que o dividem em certas zonas ou regiões.” (RODRIGUES, [1894], p. 192)

18 – “A menos que não se supponha e admitta que os codigos podem modificar os climas, e com os climas as condições de adaptação dos grupos humanos, a menos que não se creia que os codigos possam modificar as raças, independente das adaptações mesologicas, eu não sei como se ha de pretender que a imposição do codigo penal inglez á índia, para me servir de um exemplo de Alimena, possa converter os índios em inglezes (...). Depois, para o Brazil a objecção de Alimena tem pouco valor, porque elle admite que, se as condições de clima e de topographia não justificam a adopção de legislações diversas entre a Lombardia e Roma, entre Roma e Napoles, em todo caso ellas o justificam entre a Noruega e a França, entre a Rússia e a Grecia, etc. Ora, a differença entre a Noruega e a França será maior do que a que existe entre o Rio Grande do Sul e Pará? Não o creio.” (RODRIGUES, [1894], p. 209)

seja, uma proposta que se encaixa em uma fórmula unitária, mas flexível¹⁹.

O precipitado das ideias de Nina Rodrigues em termos de reforma geral do sistema penal provavelmente teria levado a uma regressão bastante antiliberal. Porém, sobre os “alvos sociais” do sistema penal, não se deve confundir o racismo de Nina Rodrigues com as versões hostis e violentas de racismo. A mais importante especialista em Nina Rodrigues, a antropóloga Mariza Correa, em um artigo de 2005, convidava os pesquisadores a analisar o pensamento do médico baiano para além do racismo²⁰ e a explorar as dobras desse racismo²¹. No âmbito do direito penal e da manutenção da ordem, a questão racial como a formulava Nina Rodrigues não o levou à proposição de praticamente nenhuma reforma – com a exceção da “excêntrica” ideia de vários códigos penais. Na medida em que as raças não eram consideradas dirimentes ou atenuantes, a repressão contra a desordem das “raças inferiores” estaria garantida. A necessidade de reforma, nessa perspectiva, colocava-se quando tal repressão se apresentava cruel ou irracional. A comparação entre as “raças inferiores” e a situação jurídica dos menores revela uma espécie de “racismo paternalista”. A dimensão paternalista existia no pensamento jurídico-penal positivista em relação aos delinquentes em geral (considerados simples doentes) e constitui mais

19 – “(...) se se pode attender ás diferenças de clima com uma legislação penal regional, a diversidade de raças, tão intimamente misturadas, em rigor não deveria consentir que se adoptasse para a menoridade limites, substituindo-os pelo exame do discernimento.” (RODRIGUES, [1894], p. 191)

20 – “Se é verdade que em seus textos ele procurava mostrar o quão pernicioso era a influência dos negros na população brasileira (...), esse não era, no entanto, seu principal tema de estudo. (...) O Nina Rodrigues especialista na questão racial nasceu muitos anos depois, graças à publicação seletiva de seus trabalhos, feita por seus autoproclamados discípulos, particularmente Arthur Ramos, que, ele sim, se interessava especialmente por essa questão.” (CORREA, 2005-2006, p. 136)

21 – “(...) famoso por seu racismo, ele foi menos lido na clave do pesquisador curioso que era responsável pelo registro de boa parte da história oral dos descendentes de africanos na Bahia, aos quais dedicou vários de seus textos, tendo também enfrentado o preconceito local ao fazê-lo: consta da tradição baiana que recebeu o apelido de “negreiro” graças a essas pesquisas. (...) no âmbito de suas análises a respeito da questão racial, ainda se poderia pensar em aprofundar algumas pistas que expressam a incompatibilidade entre sua ideologia e sua prática de pesquisa.” (CORREA, 2005-2006, p. 137-138)

uma fonte, no interior do positivismo, de argumentos contrários ao puro e simples punitivismo.

IV. João Vieira: “Os laços federativos são muito frágeis: a União necessita de multiplicar os meios de fortificar-os e nenhum de ordem sociológica é mais eficaz do que a unidade da legislação”

O comentário de João Vieira de Araujo sobre o livro de Nina Rodrigues debruçou-se especificamente nas propostas de reforma do livro, em particular no problema da unidade da legislação penal. Na abertura do artigo, João Vieira (1895, p. 362) afirma o interesse das reflexões de Nina Rodrigues do ponto de vista prático e sublinha, nas páginas seguintes, os pontos que mereceriam reflexão:

[n]ão se trata de especulação pura [a etnografia criminal] mas da resolução de dificuldades sérias que deve substituir ou não os postulados actuaes da penologia theoretica e as injunções positivas inscriptas nos respectivos códigos das nações cultas. Por mais paradoxal que pareça a sentença a certos espíritos, é fora de duvida que o empirismo legislativo é preferível às experiências que fazem do povo uma anima vilis em nome de quanto preconceito sectário se apregoa como rotulo de lei ou principio natural ou social. O que não quer dizer que a verdadeira sciencia não deva penetrar lenta e seguramente todas as instituições jurídicas e os aparelhos adequados a dar-lhes vida real no ambiente humano. É o caso que nos occupa. A ethnographia prestará utilidade à legislação para fazer della um elemento de aperfeiçoamento pela consideração do que fazem outros povos? Dentro de um mesmo paiz as variedades que o compõem serão para o caso um factor apreciável?

A partir dessa parte introdutória do artigo de João Vieira é possível extrair algumas conclusões: os “preconceitos sectários” certamente são dos

“clássicos”, mas talvez sejam, também, de imprudentes positivistas que insistiam por reformas radicais imediatamente; a premissa “gradualista” de João Vieira é explicitamente declarada na frase sobre a “penetração lenta a segura” da “verdadeira ciência” nas instituições jurídicas – uma ênfase diferente em relação à de Nina Rodrigues, que via como remédio para os paradoxos do direito penal “clássico” somente uma reforma radical. A resposta à última pergunta, na parte mais importante, será negativa.

Antes mesmo de refutar abertamente a solução de Nina Rodrigues, João Vieira coloca como sendo legítima a tendência à unificação, mas considera importante a contribuição da etnografia contra os cosmopolitismos, que tendiam a ver unidade na civilização ocidental²². Um exemplo, no Brasil, dessa tendência cosmopolita era o João Monteiro que encontramos como unitarista algumas páginas atrás, e que justamente naqueles anos se encontrava em ácida polêmica com João Vieira a propósito do projeto de Código Penal de 1893²³.

Como já vimos, Nina Rodrigues considerava a tendência à unificação um resultado da influência do “classicismo” sobre os legisladores. Sobre a opinião da escola positiva italiana a respeito do assunto, João Vieira admite que os seus mestres tinham tendências “regionalistas”, e que os estudos positivistas sobre o assunto eram de grande importância, apesar do desprezo dos “clássicos”²⁴. Depois de uma pequena polêmica sobre a questão

22 – “Dada a tendência moderna considerada como para unificar os códigos ao menos dos povos chamados da civilização ocidental, a aceitar o juízo como perfeitamente exacto e fundado no facto natural da maior adaptabilidade do homem às condições ethnicas que parecem mais diametralmente oppostas, que vantagens nos poderá trazer a ethnographia? Parece-me que se exagera a semelhança e a unidade da mesma civilização ocidental especialmente no direito e na legislação, que é a sua expressão prática, porque é a forma externa e positiva em que elle se concretiza no ambiente social.” (ARAUJO, 1895, p. 363)

23 – Sobre o cosmopolitismo de João Monteiro, o título de uma das suas preleções é significativo: “Da futura universalização do direito” (1892). Quanto ao debate com João Vieira, ele foi um dos relatores do agressivo parecer da Congregação da Faculdade de Direito de São Paulo (1894) contra o projeto João Vieira de 1893, ao qual o autor respondeu com análoga agressividade (ARAUJO, [1894] 1895).

24 – “Na Italia, (...) em 1889, a questão estudada sob a luz inteiramente nova e sob um ponto de vista geral (no terreno da criminologia) tem dado conclusões diversas (das dos classicos que Tobias Barreto e outros aceitavam). Ali a escola positiva (sem ser comtista)

da maioria no seu projeto de Código Penal de 1893, criticado, nesse quesito, por Nina Rodrigues, João Vieira evoca a monografia de Virgílio Rossi sobre o regionalismo na Itália, e admite que todos esses estudos diziam coisas verdadeiras, porém, era necessário evitar “soluções muito absolutas”²⁵. A unidade da recém-nascida República Federativa brasileira dependia da unidade da legislação penal substancial, e o erro do legislador republicano foi, na opinião de João Vieira, ter descentralizado a legislação processual.

Em um artigo posterior, especificamente sobre a unidade do processo, João Vieira ([1905] 1912, p. 611) recorda esse debate com Nina Rodrigues e reitera a sua opinião unitarista:

sustenta o regionalismo e comquanto um de seus chefes, no parlamento, o deputado Enrico Ferri, se pronunciasse sob condições restrictas pela unificação das leis penaes italianas em 1888, elle reconheceu que outros pensavam que o momento actual da luta entre varias correntes scientificas era talvez o menos opportuno para crystalizar uma corrente dada em uma obra legislativa duradoura. Entretanto Lombroso na sua monographia Troppo presto e no Archivio, a sua cáebre Revista, manifesta-se de modo diametralmente opposto, sustentando que a Italia está unida, mas não unificada, que a justiça penal ou a reacção contra um dado crime varia segundo os climas e a natureza dos diversos paizes, a poucos kilometros de distância e a poucos centigrados de temperatura. A Italia, diz elle, não está fundida nem mesmo no mal. Os dados estatísticos que fazem rir os metaphysicos tem importância pratica, enorme também para os códigos.” (ARAUJO, 1895, p. 365)

25 – “Em um livro interessante que appareceu quando se tratava de unificar a legislação penal italiana, e é uma collecção de monographias, figura a de Virgílio Rossi intitulada Il regionalismo in Italia. (...) O illustre jurista procura demonstrar a sua these com os dados colleccionados e grupados tambem por quatro regiões principaes (...). Tambem Lombroso dizia que uma prova da nenhuma necessidade da unificação se podia colher nos mesmos códigos de Zurich e de Vaud (...). Tudo isso é verdade para nós, tem grande peso e o estudo de tais problemas trazem no bojo questoes scientificas de alto valor que attingem a propria questão politica, de maior ou menor latitude da federação, isto é, da esphera mais ou menos lata de poder da União, ou dos estados no nosso paiz. Mas me parece ser o caso de evitar as generalizações que parecem mais justas ou fáceis para não ir de encontro aos escolhos das soluções muito absolutas. Quando eu nem ao menos sonhava em ser deputado federal escrevia estas palavras ao Dr. Franz von Liszt: *‘La proclamation de la Republique a ajourné tout le travail legislatif ordinaire. D’ailleurs chez nous c’est encore un problème si l’unité du droit criminel sera plus convenable qu’un code penal en chacun des états (anciennes provinces). L’unité de la législation civile et pénale est, je le crois, la condition sine qua non du progrès et de la solidité de la culture du Droit dans le Brésil.’* Nesta questão continuo a pensar do mesmo modo, assim como penso que foi um erro o processo não ser federal, embora a magistratura fosse estadual com todas as leis relativas à sua organização.” (ARAUJO, 1895, p. 369-371)

sem ter decorrido ao menos uma geração depois do estabelecimento do novo regimen em nosso paiz, a magistratura, a classe dos advogados, o professorado das Faculdades de Direito, mantem a tradição da unidade de todo direito no paiz, unidade alias que até certo ponto é uma condição de melhor cultura e progresso do mesmo direito no Brazil, vasto e novo ainda como é, onde o trabalho dispersivo da variedade de instituições jurídicas, distrahiria em direcções diversas os seus juristas em vez de central-os no estudo e trabalho commum de uma legislação una.

E evoca, em seguida, o debate com Nina Rodrigues:

[t]enho me referido em modestos trabalhos meus a esse problema, especialmente com relação ao direito penal – e até certo ponto de modo geral, a propósito de um livro do sábio professor Nina Rodrigues e da polemica travada na Italia entre a escola scientifica e os representantes do classicismo na doutrina e na legislação. Sempre defendi a unidade da legislação, embora reconhecesse que a rigidez das normas communs obrigatórias em todos os lugares podesse ser modificada por vários expedientes no domínio penal, objecto de meus estudos especiaes [apesar do uso do plural, João Vieira cita somente o artigo “Etnographia criminal”]. (ARAUJO, [1905] 1912, p. 612)

Todavia, o objetivo desse artigo posterior é muito diferente: trata-se de uma crítica a um congresso de governadores que tinha como escopo chegar a uma legislação processual unitária por meio do consenso entre os Estados. O primeiro golpe de João Vieira ([1905] 1912, p. 606-611) é formal: chegar à unidade dessa forma seria inconstitucional por causa do artigo que vetava o acordo político entre Estados. João Vieira só não levou em consideração que o objetivo de tal artigo da Constituição, claramente, era evitar acordos que ameaçassem a unidade da federação, o que não era o

caso. Outro argumento procedimental tratava da “evolução forçada” (muito embora a diversidade processual, na verdade, ainda tivesse pouquíssimos anos de existência): mais conveniente do que um acordo que vincularia, depois, os parlamentos estaduais seria a gradual “imitação”, “de modo que a simples e natural evolução jurídica iria lentamente operando a unificação desejada” (ARAÚJO, [1905] 1912, p. 614). De fato, o reformismo de João Vieira era fortemente “temperado” por um profundo “gradualismo”, e aqui vemos mais um capítulo desse “gradualismo”, que mesmo em se tratando de restauração de uma situação jurídica rompida há pouco, fazia-se sentir o terror diante da possibilidade de grandes transformações legislativas.

No entanto, além dos argumentos formais e procedimentais – que preservavam a opinião unitarista no conteúdo – existem alguns argumentos realmente dissonantes. Eles aparecem em duas passagens. A primeira é quando João Vieira critica o acordo entre os Estados porque se tratariam de acordos não duráveis. Ninguém poderia impedir que os parlamentos dos Estados mudassem a lei processual depois do acordo:

[i]sto é não só o que acontecerá, como o que mais se concilia, ao menos no momento actual, e talvez ainda por muito tempo, com a idea de que a unidade política do paiz contrasta visivelmente com a variedade real das raças indígenas ou não que o habitam. O mais vulgar observador notará que o Brasil com a extensão territorial que tem e com a população variada pelas suas origens e pelas immigrações de raças diversas, não pode ter em todos os Estados os mesmos costumes e as mesmas leis. E pois a unificação processual mesma poderia ser alterada ou abandonada por causas naturaes, quaes a diversidade e variedade de costumes, interesses e necessidades differentes nas varias regiões do paiz. (ARAÚJO, [1905] 1912, p. 616. Grifo meu)

E o que segue é a afirmação explícita que a unificação do processo não era conveniente naquele momento:

(...) ella [a unificação do processo] não é útil ou conveniente, ao menos até este momento, em que, si por um lado a nossa tradição jurídica a que alludi nos arrasta a um recuo, a regressar para a mais completa e exagerada mesma uniformidade das leis processuaes, o decurso do regimen republicano já no XVII anno tem produzido e vai produzindo, justamente com o funcionamento do systema federativo, uma certa variedade na unidade, quanto à parte daquella legislação reservada aos Estados; e não será fácil impedir ou supprimir essas tendências da acção legislativa estadual que não são meramente arbitrarias, mas obedecem a causas naturaes, isto é, a condições locaes, de ambiente, a circumstâncias especiaes de toda ordem, a usos e costumes variados e até talvez a motivos imperiosos dictados pela necessidade de assegurar melhor a applicação e cumprimento das normas das próprias leis substantivas da esphera da União. (ARAUJO, [1905] 1912, p. 619)

Primeiro opinião unitarista e, agora, antiunitarista? A única via de conciliação seria acreditar que a fragmentação do processo não era útil somente em 1890 porque dez anos depois a situação descentralizada teria criado raízes profundas a ponto de não ser aconselhável a restauração da situação anterior senão por meio da lenta e gradual “imitação”. O problema é que o lapso de tempo era muito curto e os argumentos de João Vieira não pararam por aí: a inconveniência da unificação justificava-se também porque a diversidade legislativa seria o reflexo natural da diversidade entre as regiões do Brasil – exatamente a correspondência entre lei e especificidade das regiões que Nina Rodrigues utilizara alguns anos antes. Ou simplesmente estamos diante de uma contradição de João Vieira – e não seria a única – decorrente de contextos argumentativos muito diferentes.

Com exceção dessas passagens posteriores em que João Vieira volta a aproximar-se dos argumentos típicos da escola positiva ao tratar da unidade do processo, no debate com Nina Rodrigues acerca do Código Penal

substantivo, a distância em relação aos seus mestres estava bastante clara. João Vieira mostra que os exemplos de multiplicidade de códigos estavam acabando; os estudos sobre a diversidade étnica, no final das contas, não pareciam sólidos o suficiente a ponto de poderem servir de fundamento para códigos particularizados. As semelhanças da civilização ocidental justificariam códigos únicos²⁶. Mas mesmo prescindindo da questão do grau de unidade do povo, todo o problema estava, em verdade, no processo de unificação:

(...) não é para desprezar a consideração de que si um código não pode impunemente actuar-se contra as condições psychologicas e sociológicas do povo para que é feito, não é menos verdade que quaesquer que sejam as difficuldades da actuação em semelhante meio em taes circunstâncias, a influencia delle como um aparelho de disciplina se fará sentir a princípio nos actos externos isolados, depois nos próprios hábitos e costumes do mesmo povo. (ARAUJO, 1895, p. 371)

O código, então, definido como dispositivo de produção de homogeneidade, de produção da unidade do povo vinculada à unidade política da recém-nascida República Federativa brasileira. Uma interessante reminiscência das funções originárias da forma-código moderna no interior do pensamento positivista – interessante porque o positivismo tendia a exasperar o aspecto anti-iluminista da sua teoria da legislação quando negava, por exemplo, a força intimidadora da pena, e, assim, negava a

26 – “O exemplo da Suíça vai desaparecer, porque ali o código penal, cujo projecto já foi redigido, vai ser unitário (...). A Inglaterra há annos que elabora um código penal. Na America do Norte a *common law* não unifica realmente os códigos, cuja disparidade é apenas aparente? (...) Sob o nosso ponto restricto de vista, as condições ethnicas e outras naturaes semelhantes estao tão bem estudadas e reconhecidas que as generalizações scientificas possam fundamentar sufficientemente institutos, isto é, normas, leis ou princípios capazes de serem reduzidos a disposições ou preceitos legislativos, reconhecíveis como praticáveis? E antes uma observação geral. A similitude de vida material, moral, esthetica, etc., dos povos da civilisação occidental explica porque até certo ponto o direito europeu tende a se unificar nas suas raízes e nas ramificações ethnicas na America.” (ARAUJO, 1895, p. 371)

potência conformadora da lei em relação ao caráter dos destinatários. Não por acaso, ao lado de Montesquieu, João Vieira evoca Jeremy Bentham. Por que Bentham é significativo? Ele provavelmente foi o pensador que concebeu de maneira mais clara o código como instrumento de civilização e de implementação de um projeto de sociedade – um “código-projeto”, para usar a eficaz expressão de Pietro Costa (1974) –, e, além disso, João Vieira compara essa função do código com a pedagogia²⁷. Analogamente, Bentham dizia que um código deveria ser um verdadeiro “catecismo civil” a ser ensinado, por exemplo, em escolas e igrejas.

Evidentemente, João Vieira não extraía todas as consequências da ideia de código como catecismo civil. O que restava era o “plusvalor” político originário da forma-código: o código como cimento da unidade política da Nação²⁸. A força do dispositivo para a produção da unidade efetiva do povo-Nação talvez não funcionasse inteiramente, mas a unidade simbólica não deveria ser perdida de vista. João Vieira pensava que as diversidades deveriam, sim, ser levadas em consideração, mas não por meio de códigos penais particulares. As aberturas à diversidade deveriam surgir dos espaços deixados pelo próprio código, que não deveria prever tudo de maneira fechada e definitiva; espaços que deveriam ser ocupados pela jurisprudência²⁹. De fato, no debate sobre o seu projeto de código

27 – “é o caso da influência das leis sobre os costumes, tão certa como é a dos costumes sobre as leis, de que nos falam Montesquieu e Bentham, e do mesmo princípio que serve de título à obra de Matter. Si não fosse assim a pedagogia social, que é uma condição sine qua non do progresso, não passaria de uma chimera e a lei seria impotente para desarraigar prejuízos e preconceitos da massa geral, quando elles repugnam ao estado de espírito ou aos interesses bem ou mal entendidos das classes directoras.” (ARAÚJO, 1895, p. 371-372)

28 – “Uma razão de ordem política tem applicação entre nós. Os laços federativos são muito frágeis: a União necessita de multiplicar os meios de fortificá-los e nenhum de ordem sociológica é mais eficaz do que a unidade da legislação.” (ARAÚJO, 1895, p. 372)

29 – “Depois pode-se chegar a resultados desejáveis, quase idênticos, dando-se satisfação ao mesmo tempo à condições individuais e sociaes ou factore anthropologicos e sociológicos da criminalidade, por meios muito differentes da disparidade de legislações parcellarias. Para isso é mister que o legislador, inspirando-se nos dictames da sciencia, não se deixe illudir pela miragem de poder tudo prever e abandone a parte da tarefa que naturalmente deve pertencer a outros, isto é, aquelles que pesam e verificam, caso por caso, o valor psychologico e sociológico dos factos do ambiente humano, que constituem outro

de 1893, apesar da predominância da tendência ao controle do arbítrio judicial, no plano das definições jurídicas, em alguns institutos, João Vieira preferiu deixar a tarefa de preencher as definições para a doutrina e para a jurisprudência. Em suma, sobre o problema da unidade, a conclusão de João Vieira é que a fragmentação codicística era um risco para a “perfeição e solidez do organismo político”³⁰.

V. Considerações finais

Na discussão sobre a unidade da legislação na Constituinte de 1890-1891, que envolvia a divisão constitucional de competências, a questão do Código Penal acabou ficando obscurecida pela preeminência dos argumentos que giravam em torno do federalismo, da organização político-jurídica da República. O Código Penal atrairá os holofotes, talvez episodicamente, ainda na década de 1890, no debate alimentado pelas ideias da chamada escola positiva que opôs o médico Raymundo Nina Rodrigues e o penalista João Vieira de Araujo. Nesse debate entre positivistas, a questão do federalismo perdeu relevância para dar lugar a outros tipos de argumentos. De resto, o (estranho?) argumento de João Vieira de Araujo contra o projeto dos governadores de unificação consensual da legislação processual não era federalista, isto é, ele estava argumentando que os Estados não poderiam fazer esse tipo de acordo sob pena de ferir as prerrogativas da União. No subsolo desse argumento, provavelmente estava o “gradualismo” vieiriano.

Os autores que, de alguma forma, se identificavam com a escola positiva foram importantes protagonistas na construção da imagem negativa global do Código Penal de 1890. Os dois principais personagens da história que acompanhamos aqui estavam entre esses críticos, mas, na questão da unidade da legislação penal, acabaram ocupando *fronts* opostos. Na Itália,

poder, normalizam outra função suprema, qual é a da justiça, com a jurisprudência (...).” (ARAUJO, [1894], p. 372)

30 – “(...) não é possível sacrificar o todo pela parte e a perfeição e solidez do organismo político exigem que se mantenha antes de tudo os princípios cardeais. Quero dizer que as condições básicas do regimen não devem nunca ser affectadas em sua origem, porque no seu desenvolvimento outras combinações podem dar satisfação a necessidades que consideramos de ordem secundária.” (ARAUJO, 1895, p. 373)

a escola positiva teve que se conformar com o processo de unificação; no Brasil, o arsenal positivista serviu para levantar o questionamento acerca da já tradicional unidade da legislação penal brasileira.

Em um livro de 1896, o positivista brasileiro Aurelino Leal deplorava o Código Penal de 1890 por ser excessivamente “clássico”. Com essa etiqueta, a lista de defeitos do código tornava-se uma imagem negativa global, isto é, com poder de repulsão identitária. O Código Penal de 1890 estaria, segundo Leal, cheio de “germens do crime” – expressão que é o próprio título do livro. Um código ao gosto de Nina Rodrigues e de Aurelino Leal provavelmente – digo “provavelmente” porque eles não avançaram tanto assim na tarefa de tornar explícito esse horizonte, em particular o primeiro – levaria a uma regressão defensiva e autoritária. No caso de Leal, essa regressão é mais clara. Mas a defesa social, para Rodrigues, já estava sendo devidamente cumprida pelo “clássico” código de 1890 no âmbito dos “conflitos de raças”, ao menos quando ideias positivistas recepcionadas parcialmente não interferissem na questão da inimputabilidade. O ponto é que essa defesa não estava sendo feita de maneira racional. Com códigos particulares, adequados à cada “raça”, a repressão se tornaria menos irracional, feroz ou violenta? É difícil afirmar com segurança, mas parece legítimo afirmar que a ideia de fragmentação legislativa não está entre as ideias racistas de Nina Rodrigues particularmente voltadas à garantia da supremacia das “raças superiores” sobre as “inferiores”, afinal, o código unitário, nesse sentido, estaria cumprindo a sua função.

A posição contrária, defendida por João Vieira, apesar da ausência de tons particularmente racistas no seu discurso, no fim das contas, é aquela que exuma o dispositivo de homogeneização cultural soterrado sob as diversas camadas de elogios à forma-código moderna. O código unitário era importante por ser um dispositivo de garantia da unidade nacional atrelada à unidade do Estado. A recepção das ideias da escola positiva em João Vieira não foi simples e linear, e esse debate com Nina Rodrigues é um pequeno exemplo de tal complexidade. Ao lado de eloquentes gestos de adesão, muitas trilhas interrompidas e desvios de rota como esse que acabamos de ver.

Apesar da grande dose de pseudociência presente nos discursos da escola positiva – não só para os critérios de cientificidade atuais, mas, também, para alguns da época –, o tipo de questão que o modo de pensar positivista conseguiu trazer à luz no debate sobre a unidade legislativa é digno de nota. Estamos muito longe da banalidade da discussão sobre os códigos penais estaduais que surgiu em função da morte brutal do menino João Hélio no Rio de Janeiro no ano de 2007, que foi levantada muito claramente tão só em função de um objetivo instrumental: enrijecer a legislação penal carioca. Ambos os debates tiveram pouca repercussão, a diferença é que o primeiro foi capaz de escavar um problema teórico ao colocar em fricção a noção de código-espelho (de uma comunidade, de uma identidade) e a de código-produtor (de identidades, de unidade nacional).

Referências

ARAUJO, João Vieira de. O estupro violento. Esboço theorico do art. 222 do Código Criminal. A gênese anthropologica do delicto. *O Direito*: revista mensal de legislação, doutrina e jurisprudência, 50º vol., 1889.

_____. *O projeto de código penal e a faculdade de São Paulo* [1894]. Recife: Pantheon das Artes, 1895.

_____. *Etnographia criminal. Revista Brasileira*, tomo I, 1895, p. 362 e ss.

_____. Uma lei commum de processo para os Estados Unidos do Brasil [1905]. *O Direito*: revista mensal de legislação, doutrina e jurisprudência, 117º vol., jan.-abr., 1912.

BRASIL. Decreto n. 510 de 22 de junho de 1890 (Publica a Constituição dos Estados Unidos do Brazil). Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=91702&tipoDocumento=DEC&tipoTexto=PUB>. Acesso em: 25-07-2011.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao91.htm. Acesso em: 25-07-2011.

_____. Congresso Constituinte da Republica. *Annaes do Congresso Constituinte da Republica* [1890]. 2ª ed. revista, vol. I, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1924a.

_____. Congresso Constituinte da Republica. *Annaes do Congresso Constituinte da Republica* [1891]. 2ª ed. revista, vol. II, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1926.

_____. Congresso Constituinte da Republica. *Annaes do Congresso Constituinte da Republica* [1891]. 2ª ed. revista, vol. III, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1926a.

CAPPELLINI, Paolo. Codici. In: FIORAVANTI, Maurizio (a cura di). *Lo Stato Moderno in Europa*, 4ª ed., Roma-Bari: Laterza, 2004.

_____. Il codice eterno. La Forma-Codice e i suoi destinatari: morfologie e metamorfosi di un paradigma della modernità. In: _____; SORDI, Bernardo (a cura di). *Codici, una riflessione di fine millennio*. Milano: Giuffrè, 2002.

CORREA, Mariza. Raimundo Nina Rodrigues e a “garantia da ordem social”. *Revista USP*, n. 68, dezembro/fevereiro, 2005-2006, p. 130-139.

COSTA, Pietro. *Il progetto giuridico: ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico*. Milano: Giuffrè, 1974.

GROSSI, Paolo. *L'Europa del Diritto*. Roma-Bari: Laterza, 7ª ed., 2011.

_____. Códigos: algumas conclusões entre um milênio e outro. In: _____. *Mitologias jurídicas da modernidade*. 2ª ed., rev. e atual., tradução de Arno Dal Ri Júnior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

LACCHE, Luigi. Un code pénal pour l'Unité italienne, le Code Zanardelli (1889): la genèse, le débat, le projet juridique. In: ROUSSEAU, Xavier; LEVY, René (sous la direction de). *Le penal dans tous ses Etats. Justice, Etats et Sociétés en Europe (XIIe-XXe siècles)*. Bruxelles: Faculté universitaires Saint-Louis, 1997.

LEAL, Aurelino. *Germens do crime*. Bahia: Livraria Magalhães, 1896.

LOMBROSO, Cesare et al. *Appunti al nuovo codice penale*. 2ª ed. Torino: Fratelli Bocca, 1889.

MILTON, Aristides. *A Constituição do Brazil*. Notícia histórica, texto e commentario. 2ª ed., correcta e augmentada. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1898.

MONTEIRO, João. *Unidade do Direito*. São Paulo: Typografia Industrial de S. Paulo, 1900.

_____. *Da futura universalização do direito* (Discurso inaugural do curso de legislação comparada lido a 30 de maio de 1892). São Paulo: Faculdade de Direito de São Paulo, 1892.

MONTEIRO, João *et al.* Parecer da congregação da faculdade de Direito de São Paulo (projecto João Vieira de Araujo n. 250/1893). *Revista da faculdade de Direito de São Paulo*, vol. II, 1894.

RODRIGUES, Raymundo Nina. *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brazil* [1894]. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, [?].

SBRICCOLI, Mario. La penalistica civile: teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita [1990]. In: _____. *Storia del diritto penale e della giustizia*, vol. I. Milano: Giuffrè, 2009.

SCHWARCZ, Lília M. *O Espetáculo das Raças*. Cientistas, instituições e questão racial no Brasil 1870-1930. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.