

A NOVA EDIÇÃO OFICIAL DO CÓDIGO CRIMINAL DE 1830 [The New Official Edition of the Criminal Code of 1830]

RICARDO SONTAG*
Universidade Comunitária da Região de Chapecó, Brasil

RESUMEN

En 1889, el penalista João Vieira de Araújo presentó un proyecto para una nueva edición oficial del *Código Criminal* de 1830, con el objetivo de eliminar del ordenamiento jurídico brasileño las disposiciones relativas a los esclavos derogadas por la ley de 1888 que abolió la esclavitud y además, para recoger la legislación penal dispersa. El artículo estudia el contexto del proyecto, dado por la aludida abolición, el debate a que él dio lugar y las razones que explican su fracaso.

PALABRAS CLAVE

João Vieira de Araújo – Nueva edición del Código Criminal de 1830 – Escuela positivista – Consolidación y codificación.

ABSTRACT

In 1889, the criminal lawyer João Vieira de Araújo put forward a project for a new official edition of the Criminal Code of 1830, aimed at eliminating the provisions concerning the slaves repealed by the Act of 1888 that abolished slavery from the Brazilian legal system and also at gathering the fragmented criminal legislation. This article studies the context of the project, which was based on the aforementioned abolition, the debate that consequently arose and the reasons that explain its failure.

KEYWORDS

João Vieira de Araújo – New edition of the Criminal Code of 1830 – Positivist school – Consolidation and codification.

RECIBIDO el 5 de enero y ACEPTADO el 26 de junio de 2013

* Doutor em Teoria e História do Direito pela Università degli studi di Firenze (Itália), mestre em Teoria e Filosofia do Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (Brasil), graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (Brasil) e graduado em História pela Universidade do Estado de Santa Catarina (Brasil). Professor de História do Direito na Universidade Comunitária da Região de Chapecó, Brasil. Endereço: Universidade Comunitária da Região de Chapecó, Área de Ciências Humanas e Jurídicas. Av. Senador Atrílio Fontana, 591-E, EFAPI, Bloco M (Área de Ciências Humanas e Jurídicas). CEP 89809-000. Caixa-postal: 1141. Chapecó, SC – Brasil. Endereço eletrônico: ricardosontag@unochapeco.edu.br ou ricardosontag@unifi.it .

I. INTRODUÇÃO

O *Código Penal* de 1890 e a *Constituição* de 1891 faziam parte dos sinais simbólicos da passagem do regime imperial para o republicano. A elaboração do *Código* de 1890 começa, porém, ainda sob o Império, assim como a história da reforma do código de 1890 começa com a história da discussão sobre a reforma do código criminal imperial de 1830.

João Vieira havia apresentado um projeto em julho de 1889 –já nos últimos respiros do Império¹– que, decididamente, pretendia ser simplesmente uma consolidação e não uma codificação, isto é, não tinha a pretensão de reformar o direito penal vigente. O que os juristas brasileiros desejavam, segundo João Vieira, era simplesmente uma nova edição do código de 1830 que apresentasse o estado da legislação penal brasileira depois da abolição da escravidão em maio de 1888 e das penas específicas –particularmente cruéis– para os escravos. É preciso sublinhar que o código de 1830 tinha um enorme prestígio entre os penalistas brasileiros. Agradava-lhes lembrar que o código de 1830 teria influenciado vários códigos da América do Sul e, também, o código espanhol. Nesse sentido, a simples demanda por uma nova edição oficial era bastante coerente com esse quadro. Porém, não é óbvio que um positivista² como João Vieira fosse um defensor convicto de uma simples nova edição ao invés de uma reforma. Ainda menos óbvio o fato de João Vieira ter tomado posição contrária ao parecer de outubro de 1889 que considerava necessária uma verdadeira reforma, e não uma simples consolidação³.

¹ Todo esse processo, em poucos anos e entre dois regimes políticos, chegou a causar confusão nos textos especializados, como o de VAREJÃO, Marcela, *Il positivismo dall'Italia al Brasile. Sociologia del diritto, giuristi e legislazione (1822-1935)* (Milano, Giuffrè, 2005), p. 427 que posterga a data desse projeto de João Vieira para a época do governo provisório republicano: “[I] a riforma penale che si desiderava raggiungere nel regime repubblicano del 1889 fu anticipata dal Governo Provisorio repubblicano, con la presentazione di un pre-progetto del Codice penale imperiale del 1830. Della redazione dell’opera fu incaricato Joao Vieira de Araujo [Talvez a melhor expressão, aqui, seria encarregou-se, pois, não houve comissão oficial].” Um pequeno equívoco que a própria seqüência do texto revela (e, de certa forma, corrige), pois, logo depois, Varejão refere-se à comissão nomeada “dall’Imperatore” para revisar o projeto: “[I] a commissione incaricata dall’Imperatore il 10 ottobre 1899 [a data correta é 1889, mas, dessa vez, provavelmente trata-se de uma falha tipográfica] [...]” (p. 428 nota 30).

² O termo “positivista”, aqui, será sempre utilizado no sentido de positivismo criminológico, e não no de positivismo jurídico kelseniano (e similares).

³ VAREJÃO, M. cit. (n. 1), p. 428, parece considerar, ao contrário, bastante “óbvia” a relação entre esse projeto e o positivismo de João Vieira: “[...] oltre che sistematico, l’obiettivo dell’autore era quello di contribuire a mettere legalmente al riparo una situazione legislativa in pieno contrasto con la situazione di fatto dell’abolizione della schiavitù [a palavra ‘fato’ é compreensível se a considerarmos não em oposição ao ‘direito’, pois o ponto de partida do projeto foi exatamente a abolição ‘legal’ da escravidão], appena realizzata in Brasile. [...] Il lavoro complessivo fu dunque retto da una legittima preoccupazione socio-giuridica: la critica alla legislazione vigente con l’intenzione di adeguarla alla realtà, seguendo quanto Garofalo e Ferri avevano previsto come compiti per il giurista positivista. Il pre-progetto di João Vieira de Araújo fu dunque l’esempio perfetto della reazione alla teoria penale classica adottata dalla legislazione brasiliana.” Demonstrariam a relação entre o projeto e o pensamento positivista, segundo Varejão, cit. pp. 428-429, a) uma passagem de João Vieira na resposta ao parecer negativo da

O primeiro passo, então, será compreender o contexto em que surgiu a ideia

comissão encarregada de analisar o projeto de nova edição; b) uma nota de elogio a João Vieira na Revista Penale que se referia ao projeto; e, por fim, c) uma nota no “*Archivio*” de Lombroso. É preciso, porém, sublinhar alguns aspectos dessa interpretação. Sobre a preocupação de adequar a legislação à realidade “sociológica” da abolição da escravidão, em nenhum momento João Vieira evoca os autores positivistas sobre esse assunto, até porque a iniciativa legal de levar adiante tal projeto não foi de João Vieira, mas de Joaquim Nabuco, que de Ferri e Garofalo não entendia muito. Logo, é muito provável que a ideia por trás da iniciativa de Nabuco e do projeto de João Vieira fosse mais antiga e de contornos menos claros: a simples ideia de “código-espelho”, isto é, a ideia segundo a qual o direito espelha a sua época. De qualquer forma, mesmo essa ascendência não é facilmente identificável. Sobre o projeto como resultado da “critica alla legislazione vigente con l’intenzione di adeguarla alla realtà”, a avaliação, às vezes crítica, do direito vigente realmente é, de fato, uma característica central da concepção de ciência jurídica de João Vieira [e que não é, conforme se depreende da clássica descrição de SBRICCOLI, Mario, *La penalistica civile: teorie e ideologie del diritto penale nell’Italia unita* (1990), agora em O MESMO, *Storia del diritto penale e della giustizia* (Milano, Giuffrè, 2009), I, apanágio da “escola positiva”]. Porém, conceber o projeto como uma consequência direta dessa concepção é um claro exagero, já que a única operação levada a cabo por João Vieira na nova edição foi a “consolidação” da legislação vigente. Ou seja, aqui, não há qualquer concretização das críticas de conteúdo – que ele tinha – em relação ao código de 1830. Por essas razões, é um equívoco considerar o projeto de nova edição de João Vieira “l’esempio perfetto della reazione alla teoria penale classica adottata dalla legislazione brasiliana”. O simples fato de se tratar de uma “consolidação” bastaria para colocar em séria dúvida tal conclusão: se a legislação penal brasileira, em linhas gerais, ainda era “clássica” (na visão do próprio João Vieira), é impossível que uma consolidação pudesse ser uma reação contra os próprios pressupostos. Sobre a operação de adequação do código à abolição da escravidão, nem mesmo formalmente é possível dizer que se tratava de uma reação ao “classicismo”, tanto porque essa bandeira não tinha sido levantada, como porque a concepção de “código-espelho” não é de origem positivista. As três provas documentais também não desmentem as objeções até aqui levantadas. A segunda é um argumento, na verdade, contrário à tese de Varejão, porque uma nota de elogio (tratava-se da adjetivação “*esimio giureconsulto*” atribuída a João Vieira) na Revista Penale do antipositivista Luigi Lucchini não poderia ser um elogio ao positivismo do projeto, e, de fato, não era [cf. LUCCHINI, Luigi, *Revisione del Codice penale nel Brasile*, em *Rivista Penale* (1889), pp. 287-288]. A primeira, um fragmento da resposta de João Vieira ao parecer negativo da comissão, não é mais do que a evocação das duas notas publicadas em revistas italianas sobre o projeto, utilizadas como argumento de autoridade para sustentar o projeto – um uso, é possível dizer, forçado, pois os adjetivos das duas notas são direcionados ao jurista João Vieira, e não ao projeto. Se quiséssemos extrair alguma conclusão desse trecho de João Vieira, a direção seria perfeitamente oposta à interpretação de Varejão, porque o elogio do antipositivista Lucchini aparece no próprio texto da resposta de João Vieira à comissão, enquanto a nota do “*Archivio*” de Lombroso aparece somente em uma nota inserida a posteriori (na coletânea de todos os documentos relativos ao debate em torno do projeto de nova edição em 1910 [ARAÚJO, João Vieira de, *Nova edição oficial do código criminal brasileiro de 1830, ante-projecto* (1889) (Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1910), p. 131], enquanto na versão publicada em 1890, que já não era a primeira, na revista “O Direito” [ARAÚJO, João Vieira de, *Sobre o parecer da comissão* (1889), em *O Direito: Revista de legislação, doutrina e jurisprudência* (1890)], p. 5), havia somente a referência ao elogio de Lucchini). A nota do “*Archivio*”, por sua vez, não traz qualquer elemento na direção da interpretação de Varejão: são somente três simples linhas que informam, muito rapidamente, que “[i]l governo del Brasile nominò una commissione per esaminare il progetto del nuovo Codice penale dell’illustre nostro collaboratore prof. Vieira de Araujo dell’università di Recife” [S.A., *Progetto di Vieira*, em *Archivio di psichiatria, scienze penali ed antropologia criminale*, 10 (1889), p. 551]. Ou seja, tratava-se de uma simples notícia daquilo que estava acontecendo no Brasil,

de elaborar uma “nova edição oficial” do código criminal de 1830, ou seja, o movimento abolicionista e o processo de abolição da escravidão. A partir desse primeiro aspecto será possível identificar uma característica muito particular da proposta: tratava-se de uma consolidação, porém, o seu motor principal não era tanto ordenar o caos da legislação esparsa, e sim eliminar dispositivos revogados do corpo do código. Depois que o projeto de João Vieira é apresentado em 1889, abre-se o debate que acabou sepultando a idéia inicial, ou seja, que desaguou em um novo código penal em 1890. Nesse ponto, o aspecto central será compreender os argumentos que foram levantados em torno da alternativa entre uma nova edição e uma verdadeira revisão. Em particular, trata-se de experimentar a idéia de que não era absolutamente incoerente, no pensamento de João Vieira, nas circunstâncias específicas daquele contexto, defender a ideia de nova edição contra a revisão, apesar da aparente e visível incoerência inicial entre a (conservadora) forma-consolidação e a (progressista, reformista) concepção de ciência jurídica positivista.

II. ABOLICIONISMO E LEGISLAÇÃO PENAL

Por trás desse problema que tocava a relação entre escravidão e legislação penal, havia o chamado movimento abolicionista. O *Dicionário da escravidão negra no Brasil* de Clóvis Moura explica o termo “abolicionismo”: “[m]ovimento que, segundo Joaquim Nabuco, foi iniciado, no seu sentido amplo, em 1879-1880. Movimento surgido na classe média liberal não satisfeita com apenas extinguir o tráfico ou reivindicar medidas que melhorassem a sorte do cativo, mas que

e, ainda, com um equívoco: o projeto em discussão não se referia a um “nuovo” código penal (em equívoco similar recai a *Rivista Penale* porque a sua nota fala em “revisione” do código brasileiro). Uma provável causa da confusão terminológica talvez estivesse na publicação, no mesmo volume do *Archivio*, de um artigo de João Vieira sobre a “*riforma dei codici criminali*”, em que se identificavam, exatamente, alguns aspectos do código de 1830 que poderiam ser reformados, e os editores da revista, talvez, pensaram que o projeto em tramitação fosse a concretização daquelas ideias. A assinatura do artigo de João Vieira sobre a reforma dos códigos criminais é de novembro de 1888; o projeto de nova edição foi entregue em julho de 1889; portanto, não é possível determinar com segurança se, à época do artigo, João Vieira já estava trabalhando no projeto de nova edição. Em suma, não existe qualquer indício que realmente revele alguma relação entre o projeto de nova edição e as ideias da “escola positiva”. Permanece, portanto, por ora, o aparente paradoxo entre uma opção “conservadora”, como é uma consolidação (em oposição à alternativa realmente codificatória, que será colocada em discussão pela opinião da comissão que analisou o projeto de nova edição) e o reformismo positivista, reconhecido por João Vieira já no seu livro de 1884 (o *Ensaio de Direito Penal*). Como João Vieira nunca tentou aproximar a ideia do projeto de nova edição ao ideário positivista, a resposta a esse problema não é simples de ser encontrada. Apesar das ressalvas levantadas até aqui acerca da interpretação de Varejão, isto é, apesar de, aqui, o ponto de partida ser a aparente incoerência entre o projeto e as ideias positivistas, o objetivo das páginas que seguem não é defender a tese da impossível convivência entre o reformismo positivista e a consolidação. A interpretação que se pretende levar a cabo aqui supõe uma possível “não incoerência” tendo em vista as circunstâncias específicas do contexto de João Vieira, apesar da aparente e visível incoerência inicial entre a (conservadora) forma-consolidação e a (progressista, reformista) concepção de ciência jurídica positivista.

pretendia ver extinta a escravidão. [O abolicionismo] tinha divisões internas: a ala radical lutava pela extinção do trabalho escravo imediatamente e sem indenização aos senhores, enquanto a outra ala, a moderada, achava que o fim do trabalho escravo no Brasil seria conseguido com medidas graduais, preservando-se o direito de propriedade dos senhores, mediante indenização do preço dos escravos”⁴. Tratou-se de um movimento de pensamento e de ação política que moveu o empenho civil de vários juristas brasileiros⁵ e que ganhou força nas últimas décadas do século XIX. Na verdade, o problema da mão-de-obra escrava não tinha surgido no final do século XIX, mas já na época da Independência já tinham surgido críticas ao escravismo, isto é, nas primeiras fases da recepção, no Brasil, do liberalismo. Todavia, o pensamento liberal encontrou rapidamente formas de adequar-se e, segundo Emília Viotti da Costa, já que os mais radicais (geralmente artesãos e comerciantes) não tinham força, a resposta dos senhores

⁴ MOURA, Clóvis, *Dicionário da escravidão negra no Brasil* (São Paulo, EdUSP, 2004), p. 16

⁵ “Entre 1865 e 1870, a Escola de Direito de São Paulo e a Escola de Direito do Recife foram palco de manifestações antiescravistas: os discursos de Rui Barbosa, de Joaquim Nabuco, de Luiz Gama, os poemas de Castro Alves podem ser vistos como fatores que contribuíram para a formação de uma opinião pública favorável a uma primeira reforma da escravidão, de certa forma realizada com a aprovação da lei do Ventre Livre, em 1871. Foi também nessas escolas de direito que se formou a primeira geração de advogados abolicionistas, entre eles, o primeiro líder do abolicionismo paulista, Luiz Gama, que a partir da década de 1870 ganharia os primeiros processos de liberdade de escravos, baseando-se no não-cumprimento da Lei de abolição do tráfico de 1831”: MATTOS, Hebe - SANTOS, Cláudia Regina Andrade dos, *Abolicionismo* [verbete], em VAINFAS, Ronaldo (org.). *Dicionário do Brasil Imperial* (Rio de Janeiro, Objetiva, 2002), p. 20. Além dos indivíduos e das faculdades mencionadas por Mattos e Santos, o jurista Evaristo de Moraes (1871-1939) recordava, também, no seu livro dedicado à história da abolição da escravidão, o empenho do Instituto dos Advogados Brasileiros: “[c]abe, aqui, passageira lembrança do papel do Instituto dos Advogados na campanha emancipadora e na defesa dos escravos. Presidentes do Instituto foram, desde a sua origem, batalhadores dessa generosa cruzada. [...] Posteriormente, nunca o Instituto abandonou os princípios favoráveis à libertação”: MORAES, Evaristo de, *A campanha abolicionista (1879-1888)* (Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1924), p. 153. A imagem da “cruzada” utilizada por Moraes estava acompanhada, também, da descrição dos “inimigos” – em geral juizes escravistas –, dos “obstáculos” no caminho na direção dos objetivos de libertação. O papel dos advogados é valorizado – como no fragmento citado acima sobre o Instituto dos Advogados Brasileiros –, e, na descrição das controvérsias judiciárias sobre as leis que precederam a lei de abolição de 1888, Moraes retorna aos advogados: “[n]ão seria justo ir adiante, sem lembrar a parte importantíssima que tiveram os advogados nesse movimento forense a favor dos escravos, o que vale dizer – a favor do cumprimento da lei. Em Abril de 1884, reunidos muitos advogados, residentes na cidade do Rio de Janeiro [...] resolveram fundar o Club dos Advogados contra a Escravidão. Publicaram os iniciadores um programa, em o qual proclamaram a necessidade de fazer cumprir as leis de 1831 e 1871”: MORAES, Evaristo de, *A campanha*, cit. (n. 5), p. 201-202. Na continuação, Moraes evoca outras experiências similares nos anos sucessivos, como a dos advogados de Minas Gerais, que declararam publicamente não aceitar a defesa de nenhum interesse que pudesse ser contrário à libertação dos escravos. Uma valorização do papel histórico e político dos advogados no processo de abolição que se cruza com a própria biografia de Moraes enquanto advogado socialmente empenhado na capital Rio de Janeiro durante a Primeira República. Sobre a atuação política de Evaristo de Moraes, cf. MENDONÇA, Joseli Maria Nunes, *Evaristo de Moraes, Tribuna da República* (Campinas, Editora da Unicamp, 2007).

foi moderada: o argumento em defesa da escravidão, segundo Costa, era utilitário, isto é, a escravidão seria necessária porque o trabalho escravo era indispensável para a economia brasileira⁶.

Já na segunda metade do século XIX, um verdadeiro movimento abolicionista ganha forma. Segundo Hebe Mattos e Cláudia Regina Andrade dos Santos, é possível falar de um “movimento emancipacionista na década de 1860”, enquanto “abolicionismo é termo que diz respeito mais propriamente ao movimento de luta contra a escravidão iniciado em 1880, reunindo diversos grupos sociais e tendências políticas [a ênfase na diversidade dos grupos sociais torna esta descrição ligeiramente diferente daquela de Clóvis Moura, que, na verdade, foi extraída da visão de um dos integrantes do movimento, Joaquim Nabuco]”⁷. Os embates contra os senhores de escravos, porém, segundo a descrição de Costa, não foram tão violentos quanto em outras partes do mundo porque, desde 1850, os senhores já se preparavam promovendo a substituição da mão-de-obra escrava pela dos imigrantes⁸. Nesse movimento a favor da abolição da escravidão, as principais cidades brasileiras, com as suas universidades e os seus intelectuais – Rio de Janeiro, a capital do Império, São Paulo, mas também Recife, a cidade de João

⁶ “O liberalismo radical encontrou apoio apenas entre artesãos e lojistas –os *sans-culottes* brasileiros–, provavelmente o único grupo que se opôs à escravidão no tempo da Independência. Estes foram, entretanto, rapidamente destruídos pela inundação dos mercados brasileiros pelas manufaturas importadas. Com a exceção desses liberais radicais, poucos criticaram a escravidão – indivíduos cujos fundamentos intelectuais e carreiras os tornavam independentes do setor agro-mercantil e simpáticos à visão de mundo oitocentista. Repetindo os argumentos europeus do século XVIII, estes indicaram o caráter corruptor da escravidão e a baixa produtividade do trabalho escravo, bradando pelo fim do tráfico de escravos e pela abolição gradual da escravidão [...] . Visto que as pressões abolicionistas eram escassas e fracas, a elite defendeu a escravidão em termos moderados: a escravidão não podia ser abolida porque a economia brasileira dependia do trabalho escravo”: COSTA, Emília Viotti da, *Da escravidão ao trabalho livre*, em A MESMA, *Da monarquia à república: momentos decisivos* (6ª edição, São Paulo, Fundação Editora da UNESP, 1999), p. 358-359. No mesmo sentido, o historiador do direito Arno Wehling afirma que o liberalismo político, nessa época, coexistiu com a escravidão como uma transitória “situação de fato”: “[q]uanto ao liberalismo político, ideologicamente dominante desde a independência, conviveu em geral com a escravidão como uma situação de fato. O discurso liberal quase sempre apontava para sua transitoriedade e seu fim inexorável, embora garantisse, através dos preceitos constitucionais que determinavam a cidadania e o sufrágio censitário, a exclusão de escravos e libertos do processo político”: WEHLING, Arno, *O escravo ante a lei civil e a lei penal no Império (1822-1871)*, em WOLKMER, Antonio Carlos (org.). *Fundamentos de história do direito* (Belo Horizonte, Del Rey, 2001), p. 375).

⁷ MATTOS, Hebe - SANTOS, Cláudia Regina Andrade dos, cit. (cit. n. 5), pp. 19-20.

⁸ “Os abolicionistas, brancos ou negros, foram ocasionalmente atacados por escravocratas irados. As reuniões abolicionistas foram algumas vezes interrompidas e seus líderes tiveram que escapar da vingança da oligarquia local; mas muito frequentemente podiam proferir suas emocionais alocações sob os aplausos dos filhos, das esposas e das filhas dos fazendeiros. Nada comparável aos violentos motins antiabolicionistas descritos por Leonard Richard em *Gentlemen of Property and Standing* (1970) ocorreu no Brasil. Convencidos de que a escravidão estava destinada a desaparecer [...] os latifundiários brasileiros decidiram preparar-se para o inevitável. Já na década de 1850 fazendeiros das áreas cafeeiras – alguns dos mais necessitados de mão-de-obra – tornaram-se interessados em promover a imigração e em substituir os escravos por imigrantes”: COSTA, Emília Viotti da, cit. (n. 6), p. 361.

Vieira que, na época, era um centro cultural importantíssimo— tinham um papel importante enquanto caixa de ressonância da chamada “opinião pública”. Alguns setores dessas elites abolicionistas, além de sustentar a causa através de discursos e atos no Parlamento, também colaboravam concretamente com os escravos que, nessa época, fugiam com mais frequência das fazendas. Sempre seguindo a descrição de Costa, a resistência contra os abolicionistas e contra a ação dos escravos não teria sido muito forte. Para além da demanda por indenização em caso de liberação dos escravos —demanda que não foi acolhida pela lei Áurea de maio de 1888—, a resistência à idéia de abolir a escravidão era minoritária⁹. Tanto é que, segundo Costa, os senhores de escravos, nessa época, não teriam recorrido aos dispositivos repressivos disponíveis para contrastar, por exemplo, a fuga dos escravos (ou melhor, provavelmente não era economicamente viável ocupar-se disso)¹⁰. É preciso sublinhar, porém, que, mesmo aceitando essa tese do “frágil

⁹“Por volta da década de 1880, era óbvio que a abolição estava iminente. O Parlamento, reagindo ao abolicionismo de dentro e de fora do país, vinha aprovando uma legislação gradualista. As crianças nascidas de mães escravas foram declaradas livres em 1871, e em 1885 a liberdade foi garantida para os escravos com idade superior a 65 anos. O movimento abolicionista tornou-se irresistível nas áreas cafeeiras, onde quase dois terços da população escrava estava concentrada. Com uma nova consciência de si mesmos e encontrando apoio em segmentos da população que simpatizavam com a causa abolicionista, grandes números de escravos fugiram das fazendas. A escravidão tornou-se uma instituição desmoralizada. Quase ninguém opunha-se à idéia de abolição, embora alguns reivindicassem que os fazendeiros deviam ser indenizados pela perda de seus escravos. O único grupo que, no Parlamento, resistiu até o último minuto foi o dos representantes dos fazendeiros das antigas áreas cafeeiras, para quem os escravos representavam um terço do valor de suas hipotecas. Em maio de 1888 eles votaram contra a lei que aboliu a escravidão no Brasil”: COSTA, Emília Viotti da, cit. (n. 6), p. 362.

¹⁰“[S]e tivessem mais confiança nas possibilidades de sobrevivência da escravidão ou não tivessem encontrado alternativas, teriam lutado para manter a instituição. Teriam tentado usar os mecanismos de repressão disponíveis para interromper os abolicionistas e as fugas de escravos. Como eles não se organizaram para defender a instituição, a escravidão foi abolida por um ato do Parlamento sob os aplausos das galerias”: COSTA, Emília Viotti da, cit. (n. 6), p. 364. Mesmo aceitando a conclusão de Costa segundo a qual não houve uma repressão sistemática, isso não quer dizer ausência de episódios de repressão violentos: “Desde a sua entrada [de João Coelho Bastos como chefe da Polícia da Corte em 1886] fora objecto de prevenção [...]. Rigoroso em excesso, entrou a perseguir os escravos fugidos e a remetel-os para os ‘senhores’, empregando recursos incompatíveis com o estado do espírito público. Não era, então, coisa fácil ‘despachar’, para o interior, escravos fugidos. Para evitar escândalo, tornava-se preciso dissimular o embarque, disfarçar as algemas, não despertando a atenção do povo, de mais em mais excitado, pelos abolicionistas, contra o regimen da escravidão, com todos os seus usos e costumes impiedosos. Na própria estação central da Estrada de Ferro os abolicionistas dispunham de funcionários sympathicos à sua causa, que os ajudava a burlar as manobras da Polícia. De certa época em diante, os embarques collectivos foram se fazendo quasi impossíveis. Via-se Coelho Bastos na contingência de expedir os prisioneiros daquella porfiosa guerra entre a escravidão e a liberdade, um a um, bem guardados à vista, ou fechados, como cargas, em wagons impróprios para conducção de criaturas humanas. Houve casos de escravos que, illudindo a vigilância dos seus guardas, se precipitaram de trens em movimento, preferindo a morte provável aos castigos que a fuga acarretava”: MORAES, Evaristo de, cit. (n. 5), p. 155-156. Para dar outro exemplo, basta lembrar dos violentos embates na cidade de Campos dos Goytacazes, nos anos oitenta do século XIX, entre escravos, senhores e abolicionistas [MORAES, Evaristo de, cit. (n. 5), pp. 235 ss.]. É preciso lembrar, também, que a fuga de escravos — um dos atos de resistência direta mais radicais

contra-ataque” dos senhores, a sistemática e longa resistência dos escravos e o conjunto de ações de simpatizantes da causa ajudavam a elevar a dificuldade e os custos do contra-ataque¹¹.

A conclusão de Emília Viotti da Costa é que “[p]romovida principalmente por brancos, ou por negros cooptados pela elite branca, a abolição libertou os brancos do fardo da escravidão e abandonou os negros à sua própria sorte”¹². Uma conclusão forte, mas coerente com as premissas. As premissas são: a) o fato que os senhores de escravos já estavam preparados, e, provavelmente, lucravam mais com as novas modalidades de (exploração do) trabalho; b) o fato que a lei Áurea realmente abandonava os ex-escravos¹³, inclusive em comparação com uma lei anterior de 1871, como veremos. A força retórica dessa conclusão, apesar de trazer alguma verdade no fundo, de certa forma anula o empenho civil dos abolicionistas, transformando o movimento em simples retórica, em um momento em que a

– não era, por si só, um crime. Existiam, portanto, motivos jurídicos muito plausíveis para que as forças públicas recusassem a colaborar com os patrões na caça aos escravos fugitivos. Então, quando as ideias abolicionistas chegaram na polícia e no exército, justificar a inércia não foi, juridicamente, muito difícil. Segundo o que conta Evaristo de Moraes, algumas autoridades, no interior das forças públicas, sustentavam que “era ilegítima e improfícua a intervenção da força pública, para prender escravos fugidos ou evitar a fuga de escravos, salvos casos de perturbação da ordem ou de falta de segurança pessoal dos “senhores”. Equiparando a propriedade servil a outras – como costumavam fazer os escravistas – combatia-os com seus próprios princípios; pois, em relação aos animais, de uso doméstico ou rural, quando fugiam, (isto é, quando não eram furtados) nenhuma ação pública se exercitava para os apreender, cabendo aos donos cuidar dos seus interesses”: MORAES, Evaristo de, cit. (n. 5), p. 317. Por esses motivos, pelo menos a partir de determinado momento, a disponibilidade de meios repressivos talvez não fosse tão óbvia assim, e é mais provável que, se quisermos aceitar parcialmente as conclusões de Costa, e, dada a parcial indisponibilidade dos meios repressivos públicos, contrastar sistematicamente e de maneira eficaz a fuga dos escravos somente com as forças de polícia privada (os “capitães do mato”) provavelmente era excessivamente caro.

¹¹ Essa é uma conclusão que é possível extrair do filão historiográfico que tende a valorizar a ação dos “próprios escravos, que aceleraram o fim da escravidão buscando sua liberdade das mais variadas formas: através da formação de pecúlio e da autocompra regulamentada em lei desde 1871, da alforria forçada, das ações cíveis de liberdade; da ocupação de terras; da participação no movimento abolicionista, e, finalmente, das fugas, intensificadas na segunda metade de 1880 e generalizadas nos meses que antecederam a Lei Áurea”: MATTOS, Hebe - ABREU, Martha, *Lei Áurea* [verbete], em VAINFAS, Ronaldo (org.). *Dicionário do Brasil Imperial* (Rio de Janeiro, Objetiva, 2002), p. 465-466.

¹² COSTA, Emília Viotti da, cit. (n. 6), p. 364.

¹³ Inclusive o futuro código de 1890 será criticado em um artigo de 1891 no que tange ao problema do abandono dos ex-escravos. Nesse artigo, cheio de duríssimas críticas ao código, o seu autor, Carvalho Durão, explica que os dispositivos sobre o abandono dos menores pouco a pouco foram se estendendo a outros sujeitos frágeis, adquirindo, assim, a forma ideal de enunciado jurídico que, segundo o esquema carrariano adotado pelo autor, deveria distanciar-se da simples materialidade (no caso, a contingência da idade). Portanto, o código de 1890 teria errado ao restringir o abandono somente aos menores. Um dos dois exemplos de situação que deveriam ter sido criminalizadas é, exatamente, a dos ex-escravos: “[n]ão é criminoso, por exemplo, o filho que põe ao desamparo o pai cego e inválido, o ex-senhor que almargeia, como a um muiar estropeado e nafeço, o liberto que o trabalho excessivo e o peso da enxada avelhantarão e acurvarão”: CARVALHO DURÃO, Eduardo Teixeira [Solut], *O novo código penal*, em *O Direito: revista de legislação, doutrina e jurisprudência*, 55 (mai-ago 1891), p. 206.ñ

abolição já seria óbvia e que teve como resultado final uma lei com gravíssimos defeitos. Talvez, de um ponto de vista econômico, os senhores de escravos tenham conseguido minimizar em tempo as conseqüências da abolição da escravidão, porém, como sustenta outra corrente historiográfica, “[m]esmo que [os senhores de escravos] soubessem estar a escravidão condenada, poucos deles poderiam imaginar, alguns anos antes, que ela seria sumariamente extinta em 1888. Para os últimos senhores, a abolição foi vivida como uma experiência de derrota [...]”¹⁴. Parece possível concordar com Costa no sentido que, provavelmente, no final do século XIX, as circunstâncias eram mais favoráveis do que em 1822. Porém, mesmo uma minoria contra toda a “opinião pública” pode levar adiante situações de dominação e exploração, isto é, o fato de aproveitar a ocasião favorável é algo digno de ser lembrado¹⁵.

No plano legislativo, em coerência com o quadro de Costa, as transformações foram graduais. A coerência entre o plano legislativo e o seu contexto mais geral é importante porque, separando-os, não seria possível identificar a especificidade do processo histórico brasileiro. De fato, Seymour Drescher sublinha que, de um ponto de vista meramente legal, seria necessário concluir que todas as abolições foram graduais, inclusive os casos em que houve revolução, como o do Haiti¹⁶.

Começando pela proibição, em 1831, do tráfico de escravos (lei Feijó de 7 de novembro de 1831), passando pela lei Eusébio de Queiroz (lei Nº 581 de 4 de setembro de 1850) que estabelecia “medidas para a repressão do tráfico de africanos neste Império”, seguida pela lei Saraiva-Cotegipe (lei Nº 3.270 de 28 de setembro de 1885) que declarava livres escravos com mais de 60 anos, até a famosíssima Lei Áurea (lei Nº 3.353 de 13 de maio de 1888) que finalmente aboliu do ordenamento jurídico brasileiro a escravidão, várias foram as leis que

¹⁴ MATTOS, Hebe - ABREU, Martha, cit. (n. 10), p. 465.

¹⁵ Com outro argumento, Hebe Mattos também considera a conclusão de Costa exagerada. Comentando exatamente o fragmento transcrito acima, Mattos afirma que “[d]e fato, não resta dúvida de que, no Brasil, como noutras áreas escravistas, a abolição foi seguida de um novo quadro de desigualdades raciais típico das sociedades americanas pós-emancipação. Mas é também certo que, com a abolição da escravidão, a igualdade civil de todos os brasileiros foi formalmente reconhecida, concluindo, no continente americano, um processo emancipatório iniciado ainda em finais do século XVIII, com a Revolução Haitiana. Os significados dos direitos conquistados com a abolição legal da escravidão não podem ser subestimados, mesmo que limitados”: MATTOS, Hebe, *Abolição da escravidão* [verbete], em VAINFAS, Ronaldo (org.), *Dicionário do Brasil Imperial* (Rio de Janeiro, Objetiva, 2002), p. 18

¹⁶ “Comparative analysis of the politics of Brazilian emancipation might begin with any one of a number of salient criteria. One can distinguish between violence and nonviolence in the process; between abolitions which came from “above” (Russia, the Netherlands, etc.) and those which came from “below” (Haiti); between gradual and partial abolitions (Pennsylvania, Argentina, Venezuela) and simultaneous and total abolitions (France, Massachusetts); or between compensated emancipations (Britain, France, Denmark) and uncompensated emancipations (the United States, Brazil). Some of these taxonomies seem designed to engender terminological disputes. For example, if we include all legislative acts, from minor restrictions on further recruitment to complete and immediate freedom of contract for all labor, all abolitions, including even the Haitian revolutionary case, were gradual”: DRESCHER, Seymour, *Brazilian abolition in comparative perspective*, em *Hispanic american historical review*, 68 (1988) 3, pp. 439-440.

trouxeram “aberturas” ao regime escravocrata. Drescher organiza esse processo em três etapas: “[i]n formal terms, Brazilian slavery was gradually brought to an end by parliamentary legislation. Abolition occurred in three major political stages: the effective prohibition of the African slave trade in 1851; the passage of the “free birth” (Rio Branco) law in 1871; and the passage of the “Golden Law” of emancipation in 1888. The first stage virtually terminated transatlantic recruitment of slaves. The second deprived the slave system of its means of endogenous reproduction. The third registered the accelerating impact of the extraparliamentary demolition of chattel slavery”¹⁷.

Uma das etapas desse percurso foi a lei do ventre livre, isto é, a lei Nº 2.040 de 28 de setembro de 1871, conhecida pelo seu artigo que declarava livres todos os filhos de mulheres escravas a partir daquela data¹⁸. Trata-se de uma lei muito complexa –que regulava, inclusive, o procedimento de liberação– principalmente porque se ocupava das crianças e concedia direitos aos senhores, mas estabelecia, também, deveres para esses últimos. Além disso, havia o art. 4 que permitia aos escravos fazer economias para comprar a própria liberdade –uma hipótese que poderia parecer utópica, mas que aconteceu na experiência histórica brasileira, inclusive com disputas judiciárias sobre o assunto¹⁹. O § 1º do art. 6 declarava livre os escravos públicos. Em todo o tecido da lei encontram-se disposições sobre o futuro dos escravos libertados ou em via de liberação. Para dar somente um exemplo, o já mencionado § 1º do art. 6: “[s]erão declarados libertos: § 1º [o]s escravos pertencentes à nação, dando-lhes o governo a ocupação que julgar conveniente”. Ou seja, havia a obrigação de o governo providenciar uma ocupação para esses escravos libertos. Evidentemente, trata-se de uma disposição ambígua porque mantinha, de certa forma, uma situação laboral similar à escravidão. Contudo, era importante não abandonar os ex-escravos à própria sorte, argumento que se tornará uma crítica recorrente à Lei Áurea (como aquela de Emília Viotti da Costa).

No âmbito penal, em 15 de outubro de 1886, depois de uma tortuosa luta que remonta, pelo menos, a 1867²⁰, a pena de açoites, específica para os escravos, foi

¹⁷ DRESCHER, Seymour, cit. (n. 16), p. 440.

¹⁸ Artigo 1: “Os filhos de mulher escrava, que nascerem no Império desde a data desta lei, serão considerados de condição livre.”

¹⁹ Para dar somente um exemplo da historiografia que está colocando em foco as arenas judiciárias nas disputas em torno da liberdade dos escravos, cf. AZEVEDO, Elciene, *En las trincheras de la justicia. Abogados y esclavos en el movimiento abolicionista en San Pablo*, em PALACIO, Juan Manuel - CANDIOTTI, Magdalena (Org.), *Justicia, política y derechos en América Latina* (Buenos Aires, Prometeo Libros, 2007). Um interesse historiográfico pelas arenas judiciárias que, talvez, tem um dos seus precedentes no livro do jurista Evaristo de Moraes sobre a “Campanha Abolicionista” (em particular, o capítulo “A escravidão em juízo”) de 1924. Não é de se espantar que Moraes tenha um escrito esse capítulo, pois ele já tinha tido uma experiência anterior no âmbito do grande “gênero literário” das histórias judiciárias de advogado: dois anos antes ele já tinha escrito o seu livro de memórias judiciárias (“*Reminiscências de um rãbula criminalista*”, 1922).

²⁰ A primeira tentativa de revogação dessa pena, segundo Evaristo de Moraes, foi feita pelo conselheiro Perdigão Malheiros em 1867, passando por outras tentativas frustradas, como a de Nabuco de Araújo (pai do abolicionista Joaquim Nabuco) no ano seguinte. Uma passagem valorizada por Moraes no processo de abolição dessa pena foi a interpretação de alguns juízes nos anos oitenta do século XIX. Eis o raciocínio desses juízes: tanto a lei do ventre livre como

abolida pela lei imperial Nº 3.310²¹. João Vieira, na “Exposição de motivos” do

a lei Saraiva-Cotegipe foram consideradas, se vistas em conjunto, por alguns juristas da época, como algo equivalente à abolição da escravidão, já que o tráfico estava abolido desde há muito, ninguém mais nascia escravo (lei do ventre livre), e todos os outros se tornariam livres aos sessenta anos (lei Saraiva-Cotegipe). Ou seja, tais leis instituíam a libertação com base em fatos juridicamente certos, e não meramente prováveis. Dessa situação nasceu a teoria do estado livre –que, definitivamente, não era unânime entre os civilistas brasileiros, mas, existia– que teve, depois, uma reverberação no campo penal: se o estado livre é diferente da escravidão, não existem mais escravos para que sejam aplicadas as penas específicas destinadas aos escravos (como os açoites). Segundo a descrição de Moraes, na argumentação dos juízes que não aplicavam essa pena aos escravos, outros princípios, ainda, entravam em jogo, como o da inaplicabilidade de penas de direito comum aberrantes e contrárias às normas constitucionais (de fato, a Constituição Imperial abolira, em 1824, todas as “*penas cruéis*” no seu artigo 179, § 19). Sobre esse complexo percurso de abolição da pena de açoites, cf. MORAES, Evaristo de, cit. (n. 5), p. 207-216. Clóvis Bevilacqua, em um artigo sobre a evolução do direito brasileiro no segundo reinado, evocava com satisfação essa interpretação dos juízes brasileiros: “[d]ecididamente, a evolução do direito pátrio atingira a uma curva mais elevada na espiral do progresso. [...] a lei n. 2040, de 28 de setembro [de] [...] 1871, vibra o primeiro golpe lethal na degradante instituição do escravismo, declarando de condição livre, os filhos da mulher escrava. A revolução social introduzida por essa lei reflectiu-se no direito criminal, e juízes [nota: como José Manoel de Freitas, Pitanga, e outros.], entenderam, muito nobremente, que ella extingüira a pena de açoite, que o Código Criminal mandava, barbaramente, applicar aos escravos criminosos”: BEVILACQUA, Clóvis, *Evolução jurídica do Brasil no Segundo Reinado*, em O MESMO, *Linhas e perfis jurídicos* (Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1930).

²¹ A lei Nº 3.310 tinha somente dois artigos: Artigo 1: “*São revogados o art. 60 do Código Criminal e a Lei n. 4 de 10 de Junho de 1835, na parte em que impõem a pena de açoites. Ao réo escravo serão impostas as mesmas penas decretadas pelo Código Criminal e mais legislação em vigor para outros quaesquer delinquentes, segundo a espécie dos delictos commettidos, menos quando forem essas penas de degredo, de desterro ou de multa, as quaes serão substituídas pela de prisão; sendo nos casos das duas primeiras por prisão simples pelo mesmo tempo para ellas fixado, e no de multa, si não for ella satisfeita pelos respectivos senhores, por prisão simples ou com trabalho, conforme se acha estabelecido nos arts. 431, 432, 433 e 434 do Regulamento n. 120 de 31 de Janeiro de 1842.* Artigo 2: “*Ficam revogadas as disposições em contrário*”. Permanecia, porém, o grave problema do poder disciplinar dos proprietários de escravos que, freqüentemente, lançavam mão desse tipo de castigo, mesmo depois da abolição enquanto pena jurídica (cf. os verbetes “açoite”, “castigo” e “chicote” em MOURA, Clóvis, cit. (n. 4), p. 17-18, p. 93-94 e p. 100), ainda que algumas autoridades tenham considerado abolido, também, o açoite doméstico (artigo 14, § 6 do *Código Criminal* de 1830 sobre os “*castigos moderados*”): “[a]ssim interpretaram várias autoridades judiciárias e policiaes, e, entre ellas, o delegado de Sabará, Dr. Epaminondas, que, para advertência dos senhores de escravos, fez affixar edital neste sentido”: MORAES, Evaristo de, cit. (n. 5), p. 216. Em verdade, a Constituição imperial de 1824 já tinha abolido esse tipo de pena (“artigo 179, § 19: “*Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis*”), porém, o artigo 60 do *Código Criminal* de 1830 (artigo 60: “*Se o réo for escravo, e incorrer em pena que não a capital ou de galés, será condemnado na de açoites*”) fez uma espécie de “interpretação restritiva” da Constituição ao prevê-la quando o réu fosse escravo: “[o]s commentadores harmonisavam estas disposições [do código e da lei de 1835 na parte sobre os açoites], affirmando [...] que a Constituição se referia aos ‘cidadãos’, cujos direitos assegurava no artigo 179, e taes não eram os escravos”: MORAES, Evaristo de, cit. (n. 5), p. 208. A abolição dos açoites é somente um dos últimos capítulos da longa história da submissão dos escravos a regimes de legalidade excepcionais no Brasil do século XIX. Sobre os “regimes de exceção” e sobre o “duplo nível de legalidade” na história do direito penal, em particular no contexto liberal-moderno, cf. respectivamente MECCARELLI, Massimo, *Paradigmi*

seu projeto de nova edição oficial do código criminal de 1830, afirma que: “[a] lei n. 3.353, de 13 de maio de 1888, declarando extincta a escravidão no Brasil, impõe como uma necessidade imperiosa o cancelamento de todos os institutos que puderem fazer lembrar aquelle monstruoso attentado aos direitos da humanidade, até então com existência legal”²². Em seguida, ele evoca a lição do civilista Teixeira de Freitas, que se recusou a incluir na sua monumental *Consolidação das leis civis* de 1858, os dispositivos relativos à escravidão, num momento em que a instituição ainda era vigente. João Vieira recorda que Teixeira de Freitas pensava que seria um dano menor recolher todos esses infames dispositivos em uma espécie de “código negro”, distinto da consolidação com pretensões de longa duração²³. A escravidão seria

dell'eccezione nella parabola della modernità penale. Una prospettiva storico-giuridica em Quaderni Storici, 131 (2009) 2, pp. 493-521; e SBRICCOLI, Mario, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)* (1998) agora em O MESMO, *Storia del diritto penale e della giustizia* (Milano, Giuffrè, 2009), I. Para um quadro detalhado das características, da aplicação e das questões jurídicas suscitadas pela principal lei penal de exceção brasileira do século XIX relativa aos escravos, cf. RIBEIRO, João Luiz, *No Meio das Galinhas as Baratas não têm razão. A Lei de 10 de Junho de 1835. Os escravos e a pena de morte no Brasil (1822-1889)* (Rio de Janeiro, Renovar, 2005).

²² ARAÚJO, João Vieira de, *Nova edição*, cit. (n. 3), p. 1.

²³ Sobre esse posicionamento de Teixeira de Freitas, é bastante injustificado o juízo de valor de Clóvis Moura no verbete “código negro” do seu “Dicionário da escravidão negra no Brasil”: “Esse falso pudor jurídico escondia uma covardia e uma infâmia”: MOURA, Clóvis, cit. (n. 4), p. 104. Um juízo que parece provir da incompreensão da forma-consolidação, que não permitiria qualquer operação de abolição ou de melhoramento jurídico da condição do escravo. De qualquer forma, deixar todos os institutos sobre a escravidão fora da consolidação destinada à longa duração, isto é, no plano da contingência, era um posicionamento político-jurídico corajoso porque colocava no instituto jurídico da escravidão um sinal de indignidade, antes mesmo do sucesso da campanha abolicionista na “opinião pública”. Keila Grinberg, por sua vez, emite um juízo claramente equivocado sobre esse posicionamento de Teixeira de Freitas porque interpretou a “transitoriedade” da condição escrava como a possível passagem jurídica entre a servidão e a liberdade na vida dos indivíduos: “[...] le rapport de la commission chargée d'examiner la Consolidation des Lois Civiles, Teixeira de Freitas a bien été confronté à la question de l'esclavage. La commission –formée de José Thomaz Nabuco de Araújo, Caetano Alberto Soares et Paulino Soares de Souza, le Vicomte d'Uruguay– attirait l'attention sur la nécessité de revoir quelques points du livre mais soulignait principalement l'absence de toute mention de l'esclavage. Il mettait aussi l'accent sur le fait que les captifs étaient exclus de la définition des « personnes. On peut noter l'omission [...] des dispositions afférentes à l'esclavage. Compte tenu du fait qu'elles devaient constituer, pour des motifs politiques et d'ordre public, une loi spéciale, il était néanmoins nécessaire de reconnaître l'état défectueux de la législation à ce sujet [...]. Dans le titre premier –celui des personnes– l'auteur prend en compte les actes de naissance et de mort, établit des différences entre les personnes exclusivement en considération de l'âge, des relations familiales, de l'aliénation et de l'absence [...] et exclut de ce titre la condition d'esclave. Teixeira de Freitas s'attendait probablement à un commentaire de ce genre. Dans son introduction des Consolidações, il indique qu'il a délibérément choisi de ne pas inclure les esclaves dans son projet pour ne pas 'entacher de ce mal qui afflige encore la société brésilienne. Il est de mon devoir de prévenir qu'à aucun moment nous ne mentionnons les esclaves dans ce texte. En réalité, l'esclavage existe parmi nous. Si ce mal est une exception que nous regrettons, et s'il est condamné à être anéanti dans un délai plus ou moins long, nous en faisons également une exception dans un chapitre annexe de la réforme de nos Lois Civiles. Nous ne les entachons pas de dispositions honteuses qui ne peuvent être utilisées pour la pos-

uma exceção não adequada à forma-consolidação, e, por isso, João Vieira conclui

térité: cela permet que le statut de liberté existe sans son corrélatif odieux. Les lois concernant l'esclavage (il y en a peu) seront classées à part et formeront notre code noir'. Pour Teixeira de Freitas, un code noir –en réalité jamais mis en chantier– paraissait la meilleure option pour régler juridiquement le problème de l'esclavage dans le Brésil du XIXe siècle. L'esclavage était à ses yeux un régime transitoire tandis que le code civil devait être, conformément à l'esprit de l'époque, un texte pour l'éternité. Inclure des dispositions relatives à l'esclavage dans ce code, signifiait que ce régime serait considéré comme l'un des fondements de l'organisation sociale brésilienne". Até aqui, a descrição de Grinberg é exata: a questão era não reconhecer a escravidão como fundamento da organização social brasileira; não reconhecer, evidentemente, no sentido de evitar legitimá-la. Mas, continuemos com o raciocínio de Grinberg: "[b]ien qu'il ne soit pas impossible, en théorie, de concilier l'existence d'esclaves avec la mise en vigueur d'un code civil, il paraissait extrêmement difficile de codifier les relations d'une parcelle significative de la population qui, aux yeux de la loi, était chose et personne à la fois avec l'ensemble des personnes libres. Teixeira de Freitas n'ignorait pas le problème. Malgré les critiques formulées sur sa Consolidação das Leis Civis et en dépit de sa volonté de ne pas mentionner l'existence de l'esclavage dans l'ébauche du code civil, il affirma que si ce sujet devait faire l'objet d'un projet de loi, tous les esclaves devraient, alors, être considérés juridiquement comme des personnes, parce que capables d'acquérir des droits : 'Chacun sait que, dans ce Projet, j'ai laissé de côté l'esclavage des noirs, thème prévu pour un projet de loi spécifique ; mais pour autant je ne suis pas obligé de considérer les esclaves comme étant des choses. Malgré l'ampleur des restrictions qui les concernent, il leur reste encore la capacité d'acquérir des droits; ce qui est suffisant pour qu'ils soient des personnes'. Teixeira de Freitas pensait donc que, dans la pratique, les esclaves pouvaient être des personnes puisqu'ils étaient susceptibles non seulement d'acquérir des droits mais, également, d'avoir des obligations. S'il refusait d'inscrire cette situation dans le code civil, ce n'était pas en raison de sentiments abolitionnistes, mais seulement parce qu'il était conscient des difficultés juridiques que la mise en place d'une telle législation entraînerait. Cet éminent jurisconsulte savait qu'il était de plus en plus courant de voir des esclaves obtenir leur affranchissement, que ce soit en achetant leur liberté, en obtenant de leur maître une lettre d'affranchissement (par exemple lorsque ce dernier rédigeait son testament) ou encore par le biais d'une action en justice lorsqu'un esclave parvenait à convaincre les juges qu'il était maintenu illégalement en captivité. Non seulement l'esclave était considéré en même temps comme chose et personne, mais il était également une chose qui pouvait devenir une personne s'il réussissait à obtenir sa liberté, et une personne qui pouvait redevenir une chose s'il ne remplissait pas les obligations liées à la condition de tout affranchi (comme reconnaître la gratitude due à son maître) et redevenait de ce fait un esclave. C'est cette situation transitoire, caractéristique de la condition civile de nombreux esclaves, qui est à l'origine des difficultés rencontrées par Teixeira de Freitas pour inscrire l'esclavage dans le code en dépit des réprimandes de ses collègues. Comme on a pu le voir, ce n'est pas l'esclavage en soi qui fait problème mais le fait que, même au moment où le régime du travail esclave ne semblait pas encore réellement menacé, la condition de captif était fréquemment un état transitoire, en particulier dans les principales villes de l'Empire" : GRINBERG, Keila, *Esclavage, citoyenneté et élaboration du code civil au Brésil (1855-1917)*, em *Cahiers du Brésil Contemporain*, 53/54 (2003), p. 99-103) Da referência de Teixeira de Freitas à "transitoriedade" é possível extrair a interpretação contida na primeira parte da citação de Grinberg, mas não a da segunda. Ou seja, não é possível deduzir das palavras de Teixeira de Freitas que havia uma dificuldade em inserir a situação particular do escravo na Consolidação –um problema para o qual ele nem acena. A anulação do significado político da opinião de Teixeira de Freitas permanece, então, a conclusão mais imersa em perplexidade dessa reconstrução, porque os adjetivos do autor da Consolidação em referência à escravidão são muito claros. A "transitoriedade" mencionada por Teixeira de Freitas é o caráter historicamente contingente de um instituto indigno, que, exatamente porque é indigno, não merece durar e não durará. Portanto, se não quisermos utilizar a palavra "abolicionista" para

que: “[s]i nas relações civis repugnava o extímio jurisconsulto [Teixeira de Freitas] consolidar a legislação aliás vigente que regia a escravidão, no terreno da repressão, não se concebe que possam continuar a subsistir no corpo de uma codificação especial figuras de crimes particulares ao estado servil e formas de penas cruéis e infamantes, abolidas pelo art. 179, n. XIX, da Constituição do Império, correspondentes à existência de uma ordem de cousas que com aquelle estado inteiramente cessou”. Em confronto com o direito civil, os institutos relacionados à escravidão no direito penal seriam ainda mais inaceitáveis: “[é] visto que o regimen excepcional imposto àquelle estado [servil] na esphera do Direito Criminal fere mais profundamente os sentimentos communs de justiça e de humanidade, constituindo attentado monstruoso à civilização actual. Assim, em uma lei viva não devem permanecer partes mortas, que representam como triste lembrança os resíduos de uma instituição condemnada que já desapareceu”²⁴.

Quem apresentou a proposta no Parlamento foi Joaquim Nabuco –recifense como João Vieira, mas bacharel em Direito pela faculdade de São Paulo, e um dos principais artífices do abolicionismo. Nabuco provinha de uma importante família da elite brasileira –seu pai tinha sido, durante o Império, um famoso senador– e, como boa parte dos brancos ricos da época, viveu a infância em um engenho, onde viu de perto a realidade da escravidão. A carreira política de Joaquim Nabuco já nasceu sob o signo do abolicionismo, conforme descreve Clóvis Moura: “[o]s liberais de Pernambuco não confiavam naquele moço elegante, que até então não dera nenhuma prova de que na Câmara seria um adequado representante das elites locais. Mais desconfiados ficaram quando Nabuco, num discurso pronunciado no Teatro Isabel, disse que a grande questão para a democracia brasileira era a escravidão. O publico presente recebeu a declaração com uma vaia. Apesar da vontade de muitos, Nabuco, graças ao prestígio de sua família e à proteção do Barão de Vila Bela, conseguiu ser eleito, embora por pequena margem. Chegava ao Parlamento, como deputado por Pernambuco na 17ª legislatura (1878-1881) [...]. Na Câmara, Nabuco teve uma estréia bem-sucedida. Descobriu uma nova vocação: a de orador. Encantou as galerias com suas palavras em favor das causas progressistas, entre elas a abolição da escravidão. [...] A imprensa abolicionista o aclamava. [...] Este descendente dos Paes Barreto, importante oligarquia pernambucana, filho e neto de senadores, apresentava-se como o defensor dos escravos! A identificação de Nabuco com o abolicionismo estava feita”²⁵.

Alguns meses depois da promulgação da Lei Áurea, na sessão de 4 de outubro de 1888, Joaquim Nabuco –a essas alturas já sob as vestes de liderança do abolicionismo– entregou à mesa diretora da Câmara dos Deputados o projeto de lei N°

qualificar esse posicionamento, é necessário, pelo menos, não perder de vista a sua dimensão política de opinião anti-escravista possível no âmbito do discurso jurídico. Ou seja, não reduzi-lo a uma “dificuldade jurídica”, até porque não há nenhum indício de que a existência de situações de “mudança” na qualificação jurídica de uma pessoa (de escravo para livre ou de livre para escravo) fosse uma “dificuldade jurídica” que impedia a inserção do escravo na Consolidação.

²⁴ ARAÚJO, João Vieira de, *Nova edição*, cit. (n. 3), p. 2.

²⁵ MOURA, Clóvis, cit. (n. 4), p. 48-49.

86/1888, que autorizava o Ministro da Justiça a mandar elaborar a nova edição do código criminal eliminando os dispositivos sobre a escravidão e recolhendo as várias disposições penais esparsas²⁶. O projeto de lei foi lido em 5 de outubro de 1888 e três dias depois foi aprovado sem discussão²⁷.

III. NOVA EDIÇÃO VERSUS REVISÃO

Em julho de 1889, João Vieira entrega ao governo o seu projeto, e no dia 22 do mesmo mês, através de um aviso ministerial, o Ministro da Justiça nomeia uma comissão para analisá-lo. O parecer desta comissão – assinado pelo próprio Ministro Cândido de Oliveira, pelo senador Visconde de Assis Martins (presidente da comissão), por Antonio José Rodrigues Netto, e pelo relator João Baptista Pereira (futuro redator do código de 1890) – vem à luz em 10 de outubro de 1889.

A parte descritiva do parecer começa com um dado óbvio que vale a pena sublinhar em função do uso de uma palavra historiograficamente relevante: “*o antiprojecto é uma consolidação do direito criminal vigente*”²⁸. Tratava-se de uma consolidação porque o objetivo não era, de fato, reformar o direito positivo vigente, ainda que, por exemplo, a colocação dos dispositivos esparsos na estrutura do

²⁶ O projeto de lei tinha somente um artigo: “*Projecto n. 86/1888 (Codificação das leis penaes, de accordo com a lei de 13 de maio de 1888). A Assembléa Geral Legislativa resolve: Artigo único. Fica autorizado o Ministro da Justiça a mandar fazer uma edição official das leis penaes do Império, de accordo com a lei de 13 de maio de 1888, e intercalando as disposições esparsas. Sala das sessões, 3 de outubro de 1888.*” (Brasil, Câmara dos Deputados, *Annaes do Parlamento Brasileiro*, VI: 3ª sessão da 20ª legislatura, terceira quarta e quinta prorogações, de 1º 31 de outubro de 1888 (Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1888), p. 102). O projeto estava assinado por Joaquim Nabuco e mais quarenta e sete deputados.

²⁷ Existem referências à existência do discurso de apresentação do projeto de lei pronunciado por Joaquim Nabuco na Câmara dos Deputados: ARAÚJO, João Vieira de, *Sobre o parecer*, cit. (n. 3), p. 21-22; PEREIRA, João Baptista e outros, *Código criminal do Império* [Parecer da comissão sobre o projeto de nova edição oficial do código criminal de 1830], em *O Direito: revista de legislação, doutrina e jurisprudência*, 50º vol. (1889), p. 471. No parecer da comissão diz-se que foram “*breves palavras*”, mas, os registros encontrados nos Anais da Câmara são muito breves: “*O Sr. Joaquim Nabuco (pela ordem) manda à mesa um projecto assignado por grande número de Srs. Deputados para que se faça uma edição especial do nosso código penal, omitindo tudo quanto diz respeito aos escravos. Não há motivo para que daqui a 20, 50 ou 60 annos o nosso código penal ainda insira disposições que já não tem mais razão de ser. Estando terminada a hora do expediente, fica sobre a mesa para ter 1º leitura na sessão seguinte [etc.]*”: Brasil, Câmara dos Deputados, cit. (n. 26), p. 95. Existe, ainda, outro discurso de Joaquim Nabuco, muito mais fácil de encontrar, porém, posterior à aprovação do projeto de lei, de 15 de outubro de 1888, em que ele solicita à comissão legislativa que emita o seu parecer. Mas, esse discurso sobre “*Legislação penal e os escravos*” – provavelmente um título atribuído a posteriori para fins de publicação em outros meios – acaba, no que tange ao nosso tema, nesse brevíssimo aceno. Nesse discurso, Nabuco parte da ocasião do projeto de lei para reafirmar a política abolicionista contra os grupos que ainda falavam em indenização e que tentavam encontrar a sua força política: NABUCO, Joaquim, *A legislação penal e os escravos* (1888), agora em FREYRE, Gilberto (seleção de discursos), *Joaquim Nabuco* (2ª edição ampliada, Brasília, Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2010), p. 525-527 – o contexto mais contingente do discurso de Nabuco é exatamente esse: a ofensiva do Partido Conservador contra o presidente do Conselho que era do Partido Liberal.

²⁸ PEREIRA, João Baptista e outros, cit. (n. 27), p. 472.

código pudesse determinar a natureza da ação (pública ou privada), ou seja, nesse aspecto, João Vieira tomou algumas decisões consideradas típicas de legislador. Mas sobre essas decisões não houve qualquer objeção por parte da comissão. As operações permitidas no âmbito de uma consolidação e descritas pela comissão foram: a) a inserção da legislação especial na estrutura do código; b) as atualizações terminológicas; e, principalmente, c) a exclusão dos artigos que mencionavam a condição de escravo.

Antes de chegar ao ponto principal levantado pelo parecer, isto é, a necessidade de consolidar ou revisar o direito vigente, a comissão faz algumas críticas ao próprio trabalho de consolidação de João Vieira. Sinteticamente, a comissão identificou lacunas.

A primeira refere-se aos regulamentos. Sobre esse aspecto, João Vieira já pronunciara a sua opinião na “Exposição de Motivos” do projeto: “[e]xcluí sem hesitação todas as disposições penaes estabelecidas nos regulamentos, não tanto pela instabilidade destes, como principalmente porque me pareceu impróprio enxertar em um monumento legislativo disposições regulamentares, até sobre cuja legalidade se pode questionar na execução, com prejuízo da autoridade e efficacia da lei”²⁹. A comissão, ao contrário, julgava necessário consolidar os regulamentos: “[o]s regulamentos que o governo expede no exercício da attribuição conferida pelo art. 102 § 12 da Constituição do Império não podem, é certo, crear crimes, e comminar-lhes penas; esta matéria não pertence ao domínio da attribuição regulamentar; quando, porém, esse domínio se dilata, em virtude de especial autorisação legislativa, a disposição coercitiva do regulamento tem força de lei, e obriga com ella”³⁰. Na resposta a essa crítica da comissão, João Vieira repisou os prováveis vícios de legalidade de tais regulamentos, e, com isso, a grande de probabilidade de consolidar dispositivos inaplicáveis³¹. Em seguida, ele acrescenta que os dispositivos regulamentares mais importantes já estavam consolidados no seu projeto porque já tinham o caráter de lei³².

²⁹ ARAÚJO, João Vieira de, *Nova edição*, cit. (n. 3), p. 4.

³⁰ PEREIRA, João Baptistae outros, cit. (n. 27), p. 475.

³¹ “[...] estou longe de contestar a attribuição constitucional que tem o poder executivo de expedir regulamentos, em cuja defeza faz insistência a illustre commissão, mas contesto que ‘a disposição coercitiva do regulamento tenha força de lei e obrigue com ella’ sempre e em todos os casos na prática de julgar, não estando os juizes e tribunaes a isso adstrictos, se por qualquer vício de origem ou de execução da autorisação legislativa for duvidosa a legalidade, já não digo a inconstitucionalidade, do regulamento, como v. g. se a mesma autorisação estiver caduca e mesmo assim for usada, se o regulamento não respeitar as normas geraes da alludida delegação, que aliás não reputo muito constitucional, etc.”. Em seguida, João Vieira exemplifica com o regulamento N° 30 de 1857, citado pelo parecer da comissão: “[...] em referència à citada lei n. 641 de 1852, art. 1º, §14, esta havia autorisado a impor penas de multa até 200\$000 e de prisão até 3 mezes. No citado Regul. n. 1930 de 1857, o governo exorbitou, impondo penas de prisão de 6 mezes a 2 annos e de 1 a 8 annos, como se vê de seus arts. 96 e 100! Apenas ressalvou o governo a sua responsabilidade, declarando no art. 158 que o regulamento não seria executado na parte em que continha disposições dependentes de medida legislativa, emquanto estas não fossem approvadas pelo poder competente. Tratava-se, pois, ou de disposições de illegalidade manifesta, ou sem vigor legislativo, que não chegou a ter”: ARAÚJO, João Vieira de, *Sobre o parecer*, cit. (n. 3), p. 8-9.

³² “[...] as infracções graves a que allude a illustre commissão estão hoje reguladas, quando dolosas, pela nova lei n. 3311 de 15 de outubro de 1886, incluída nesta parte nos arts. 183, 295 e

Outra lacuna identificada pela comissão referia-se, exatamente, a algumas leis³³. A resposta de João Vieira foi que as leis mencionadas não eram realmente penais³⁴ ou não eram de direito penal comum³⁵.

Depois dessa parte mais descritiva e com objeções muito particularizadas, o parecer retoma o problema consolidação versus codificação que, de certa forma, já tinha sido anunciada na observação inicial segundo a qual o projeto de João Vieira era uma “*consolidação do direito vigente*”. O uso dessa palavra óbvia —óbvia no sentido que não fazia outra coisa senão evocar os objetivos iniciais da operação— corrigia a terminologia do projeto de lei de Joaquim Nabuco. O título do projeto falava em “*codificação das leis penais, conforme a lei de 13 de maio de 1888*”, mas, no seu único artigo, previa simplesmente uma “*nova edição oficial das leis penais do Império*”, eliminando as disposições sobre escravidão (em função da lei de 13 de maio de 1888) e “*inserindo as disposições esparsas*”.

A “*aspiração geral*”, segundo o parecer, reclamava não uma nova edição do velho código, mas uma verdadeira revisão: “*pensa a comissão que o código carece, não de uma nova edição e sim de uma revisão, que, pode-se dizer, é hoje uma aspiração geral, que a nova edição projectada em vez de adiantar vem, talvez, retardar. Não são tão imperiosos, como a alguns pode parecer, os motivos que determinaram esta iniciativa; nenhum delles se recommenda como urgente, para de preferência a revisão cuidar-se de uma nova edição do código criminal. Como homenagem, embora justa, a lei de 13 de maio de 1888, satisfaz incompletamente os intuitos que quer exprimir. Que importa que se eliminem do código os poucos artigos que referem-se à uma instituição que a história hoje registra para recordar somente o modo glorioso por que extinguimos, si não se pode fazer um auto de fé da legislação do paiz? Como exigência da boa administração da justiça, também não, porque deixando à margem outras considerações*

296 e seus paragraphos do ante-projecto, e quando culposas reentram na regra geral do art. 19 da lei da Nova Reforma Judiciaria incluido também no ante-projecto”: ARAÚJO, João Vieira de, *Sobre o parecer*, cit. (n. 3), p. 9.

³³ PEREIRA, João Baptistae outros, cit. (n. 27), pp. 476-477.

³⁴ Por exemplo, sobre as duas leis listadas pela comissão, sobre a “*inexactidão ou falsidade das declarações feitas pelo mutuário de não estarem os bens dados à hypoteca sujeitos a quaesquer responsabilidade legaes, punida com as penas de estellionato (lei n. 3272 de 5 de outubro de 1885, art. 8º)*” e sobre o “*desvio ou alienação, sem consentimento do credor, de objectos dados em penhor agrícola, a que se impõe a mesma pena (lei citada, art. 10)*”, João Vieira afirma que “[b]asta ler estes enunciados das disposições de uma lei civil para ver-se que eu não tinha que incluí-las em uma codificação penal, a cujas injunções fez ella apenas referências, e estão intercaladas no ante-projecto, art. 278 e seguintes que incluíram as disposições do código, harmonisadas com as leis posteriores no capítulo respectivo”: ARAÚJO, João Vieira de, *Sobre o parecer*, cit. (n. 3), p. 11.

³⁵ Por exemplo, sobre as leis que tratavam dos “*abusos commettidos pelos administradores e gerentes de sociedades ou companhias anonymas que distribuírem dividendos indevidos, comprarem e venderem acções das mesmas sociedades ou companhias, que por artificios promoverem a falsa cotação das acções, e que acceitarem em garantia de créditos sociaes penbor de acções da propria companhia, sendo todos estes factos qualificados como estellionato (lei n. 3150 de 4 de novembro de 1882, art. 27)*”, dizia João Vieira que “*além de diversas razões já expostas para excluir disposições análogas, sobreleva observar, que constituindo apenas uma referência ao código [...], eu não devia incluí-lo, simplesmente porque por identidade de razão devia também intercalar um sem número de disposições semelhantes da legislação commercial, parallelas sob este ponto de vista a outras da legislação civil*”: ARAÚJO, João Vieira de, *Sobre o parecer*, cit. (n. 3), p. 12.

que conspiram contra o tentamen, as disposições esparsas não tem trazido embaraços e dificuldades à repressão dos crimes e não são menos acessíveis à inteligência do povo, do que reunidos em um corpo de direito”³⁶. A questão fundamental levantada pelos argumentos da comissão é que uma nova edição oficial das leis penais era um esforço inútil do ponto de vista da “boa administração da justiça”: por um lado, as disposições sobre a escravidão já eram simplesmente inaplicáveis, por outro lado, as disposições esparsas existentes não constituíam uma dificuldade insuperável para os operadores do direito. O argumento segundo o qual um corpo único de direito penal não tornava mais fácil o conhecimento do direito pelo povo, em verdade, revela o eclipse da questão do destinatário leigo. Um problema que, no coração do Iluminismo e nas primeiras codificações, era central, mas, bastante ambíguo, já que, mesmo os códigos modernos mais simples, demonstraram-se excessivamente técnicos para os leigos.

Para defender a necessidade de uma revisão, a comissão sustenta que o código de 1830 era rigoroso somente na aparência, e lista alguns crimes que mereceriam um enrijecimento nas penas. Por fim, o problema da falência do sistema penitenciário é invocado como razão final e decisiva para que se levasse a cabo uma verdadeira revisão do código de 1830. Para sustentar essa posição, porém, a comissão preocupou-se em “pedir desculpas” ao código então em vigor (em síntese, ‘perfeito para o seu tempo, mas envelhecido’)³⁷, já que, como vimos, tratava-se de um código com grande prestígio no Brasil.

Na sua “Exposição de Motivos”, João Vieira já havia antecipado um argumento favorável à nova edição (em contraposição a uma verdadeira reforma), fazendo uma comparação com o caso italiano: “[n]ão podemos cogitar da revisão do nosso código com os hábitos parlamentares sabidos, contra os quaes lutam os ministros para

³⁶ PEREIRA, João Baptista e outros, cit. (n. 27), p. 479.

³⁷ “A revisão, sim, recommenda-se como urgente, instante. Si é certo que uma civilização mais adiantada reclama uma legislação repressiva mais providente e mais aperfeiçoada, por grande que seja a nossa idolatria pelo passado, não devemos e nem podemos nutrir a crença de que o nosso código é a última palavra da sabedoria humana. Obra perfeita para o seu tempo, monumento glorioso que honra a cultura intellectual dos legisladores que o elaboraram, há 59 annos, e principalmente as largas intuições do privilegiado talento que o architectou, deixando na história da legislação e da administração do paiz um rastro de luz, que ainda não se apagou, não é, entretanto, uma arca sagrada, na qual, sem profanação, não se deva tocar. Quando essa revisão não fosse solicitada pelo dever de acudir a imperiosos reclames sociaes, pela familia, que, maculada pelas vergonhas do concubinato e dos attentados ao pudor, não encontra protecção efficaz contra os ataques à sua honra e à segurança do estado civil: pela geração nova, que sabe dos antros do vicio para as prisões, onde contamina o contágio dos perversos, cuja companhia se lhes dá para exemplo, pelos perigos que corre a sociedade ameaçada pela vagabundagem que cresce todos os dias nas cidades e no campo, donde desertou o trabalho, encarecendo a subsistência geral; pela propriedade sitiada pela fraude à boa fé e explora a confiança albeia e a credulidade pública, impol-a-hia a urgente necessidade de reformar-se o actual regimen de repressão, baseado em um systema de penas, que, apezar do seu apparente rigor, só constrange pela privação da liberdade, executado, como é, desigualmente e sem uniformidade, em casas de prisão impróprias, transformadas em escolas de crimes, e que, fechando o coração do condemnado à esperança, tira-lhe todos os estímulos para regenerar-se, o que atesta a impotência da sociedade para defender-se contra os maus e fazer delles instrumentos de trabalho, úteis e moralizados”: PEREIRA, João Baptista e outros, cit. (n. 27), p. 479-480.

*ir pouco além da votação das leis annuas; quando a Itália no espaço de mais de vinte annos só consegue um código para unificar as leis penaes italianas por meio de uma autorização do poder legislativo para publicar o código discutido nas câmaras, mas redigido ou corrigido pelo ministro da justiça, de accordo mais ou menos com as votações do Parlamento, os trabalhos preparatórios e os projectos accumulados durante tão longa gestação da reforma*³⁸. Substancialmente, João Vieira argumentava que não era possível esperar vinte anos para seguir todo o iter parlamentar para elaborar um novo código, mantendo, assim, por tanto tempo, as ab-rogadas disposições sobre a escravidão no texto legislativo. A comissão, por sua vez, não se preocupava muito com isso justamente porque considerava a nova edição pouco urgente e desnecessária. Ou seja, para a comissão, se fosse para tocar no código, seria melhor que se tocasse para uma verdadeira revisão.

Ainda na “Exposição de Motivos”, aparece outra argumentação sobre esse ponto. Uma argumentação secundária, mas que vale a pena mencionar pelo fato de trazer à tona a comparação histórico-jurídica: “[o]corre também notar que o Código Criminal do Brasil promulgado em 1830 e não revisto até hoje, quando nesse espaço de mais de meio século, a França, a Bélgica, a Itália, a Hollanda, a Allemanha e diversos cantões suissos tem revisto os seus, alguns Estados mais de uma vez, precisa incluir disposições avulsas contidas em várias leis, algumas recentes, que têm provido a novas necessidades repressivas ou melhorado certos preceitos do mesmo Código. A idéa de uma nova edição oficial do nosso Código Criminal, que ocorreu ao notável deputado pernambucano Joaquim Nabuco, o chefe do abolicionismo no Brasil, tem antecedentes em Estados cultos. O código hespanhol de 1848 foi republicado em 1850; o código penal russo de 1841 teve a sua nova edição oficial em 1866”³⁹. Na primeira parte da argumentação, João Vieira faz referência a revisões e a novos códigos, como o italiano de 1889, referência que serve para mostrar que, não obstante os méritos do código de 1830, alguma coisa deveria ser feita, pois ele já era bastante velho. Percebe-se, ainda, a aproximação entre essas codificações europeias e a necessidade de consolidar os artigos que se acumularam ao redor do código de 1830. Porém, até aqui, a argumentação ainda não tinha chegado ao coração do problema, isto é, a alternativa entre uma nova edição e uma verdadeira revisão. Na segunda parte é que se chega a esse ponto, quando João Vieira argumenta que a idéia brasileira de fazer uma nova edição tinha precedentes. Trata-se do precedente como sinal de razoabilidade. Além disso, os precedentes eram europeus, o que provavelmente reforçava o argumento.

No final do fragmento transcrito acima, João Vieira insere, em uma nota, a referência do livro de onde foi extraída a informação sobre os dois precedentes europeus de nova edição. Trata-se do livro “Dei reati commessi all'estero” de Raffaele Schiattarella de 1880. Uma citação, talvez, um pouco estranha porque não se tratava de um livro específico sobre a codificação russa, sobre a codificação espanhola ou sobre as codificações europeias em geral do século XIX. E, de fato, verificando o livro de Schiattarella, a estranheza se confirma: nas páginas citadas

³⁸ ARAÚJO, João Vieira de, *Nova edição*, cit. (n. 3), p. 3.

³⁹ ARAÚJO, João Vieira de, *Nova edição*, cit. (n. 3), pp. 2-3.

por João Vieira, as expressões “*ripubblicato*” (para o código espanhol) e “*edizione ufficiale*” (para o código russo) são simplesmente utilizadas em passant no corpo de um discurso sobre um tema completamente diferente⁴⁰.

A aproximação entre todas essas experiências não era tão óbvia.

No caso espanhol, a Real Orden de 9 de junho de 1850 previa simplesmente uma consolidação. Tratava-se de inserir no corpo do código de 1848, em função de várias reclamações provenientes dos tribunais, o mar de disposições que, com a autorização legislativa concedida ao poder executivo pela lei de 19 de março de 1848, trouxe modificações ao recém-promulgado código⁴¹. A autorização legislativa é citada, também, no Real Decreto de 19 de junho de 1850 com o qual foi publicado o texto consolidado (“*De conformidad con lo propuesto por el Ministro de Gracia y Justicia, en uso de la autorizacion concedida à mi Gobierno por la ley de 19 de Marzo de 1848, vengo en decretar [...]*”), e no artigo 1º desse decreto lemos que “[a]l tenor de lo dispuesto en la Real determinación de 9 del corriente, el Código penal y la ley provisional, dictada para su ejecución quedan refundidos, y la numeración, artículos y reglas de los mismos coordinados, modificados ò rectificadas según se manifiesta en la presente edición reformada”. Todo o problema reside na palavra “modificados”. Modificados pelas leis precedentes à Real Orden de 9 de junho de 1850 ou pelo próprio texto do Real Decreto de 19 de junho de 1850? É fato que o Real Decreto modificou com disposições próprias, isto é, não extraídas de normas precedentes, o código de 1848. Nesse sentido, poder-se-ia dizer que a referência à delegação legislativa ao lado da Real Orden (que previa, de fato, somente a consolidação) era o dispositivo técnico que permitia o acréscimo de procedimentos de revisão àquilo que deveria ser somente o recolhimento das modificações feitas ao código entre 1848 e 1850⁴².

⁴⁰ “*L’edizione ufficiale del Codice penale russo del 1866 non arrecò alcuna sostanziale innovazione alla materia del diritto penale internazionale, come era stata stabilita dal Codice pubblicato il 15 agosto 1845. [E depois prossegue o tema de direito penal internacional]”: SCHIATTARELLA, R., *Dei reati commessi all’estero* (Firenze, G. Pellas editore, 1880), p. 145. “*Il codice spagnolo del 1848, che venne ripubblicato nel 1850 con talune correzioni ed aggiunte ed il Codice portoghese del 1852 hanno norme assolutamente identiche circa il problema in esame. [E depois prossegue, mais uma vez, o tema de direito penal internacional]”: SCHIATTARELLA, R., *Dei reati commessi all’estero* (Firenze, G. Pellas editore, 1880), p. 156.**

⁴¹ Cf. GONZÁLEZ, María Dolores del Mar Sánchez, *La codificación penal en España: los códigos de 1848 y 1850* (Madrid, Boletín Oficial del Estado, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2004), p. 374.

⁴² É exatamente essa a conclusão de SÁNCHEZ GONZÁLEZ, cit. (n. 41), p. 299-300 na sua pesquisa sobre esses dois anos da história da codificação espanhola: “En teoría, pues, el texto que ahora se publica no es más que la inclusión en el articulado de las modificaciones operadas por el legislativo en estos dos años reajustando la numeración. Pero ello no es así. Sin que haya un decreto che lo autorice, sin ninguna disposición que lo avale, el gobierno aprovecha la publicación para realizar una reforma en el capítulo III, que supone la inclusión de dos supuestos nuevos – los atentados contra la autoridad y el desacato – y la consiguiente alteración esencial en el articulado debida a la reordenación del mismo”. Nas páginas seguintes (301-302), Sánchez González elenca os dispositivos modificados pelo Real Decreto – e existem, de fato, modificações relevantes, como a inclusão de novos delitos e o aumento ou diminuição de algumas penas – para concluir que “estamos ante un segundo código encubierto”. Talvez, o único ponto que mereceria ser colocado em ulterior discussão é se tais modificações realmente foram feitas sem qualquer

Além desse aspecto, talvez, excessivamente técnico, o ponto a ser enfatizado é que o código espanhol de 1850 não foi o resultado de uma experiência de consolidação em sentido estrito, porque parece, ao contrário, que ele foi o último passo de um período de reformas concentradas. Os dispositivos a consolidar, no caso brasileiro, não faziam parte de um período de reformas concentradas e nem mesmo eram o problema central. No caso espanhol, não estava em questão escolher entre a alternativa consolidatória e a codificatória de revisão material. Na Espanha, a operação já tinha começado como uma verdadeira revisão em sentido próprio. No caso brasileiro, ao contrário, esse era o centro da questão: seria mais prudente fazer somente uma consolidação ou seria conveniente aproveitar a ocasião e fazer uma revisão material do código de 1830?

Na resposta de João Vieira ao parecer da comissão, ele repete o argumento da impraticabilidade de uma verdadeira reforma no Brasil, retomando a comparação com o caso italiano e acrescentando uma reflexão sobre a “escola positiva”. Além do fato de o Brasil não ter condições de levar adiante tal reforma –por causa dos “*maus hábitos parlamentares*”, mas, também, por causa da falta de uma cultura jurídica “alta”⁴³ (um argumento a mais que aparece somente nessa segunda oportunidade)– João Vieira traz, ainda, a opinião de Enrico Ferri segundo a qual não se deveria, naquele momento histórico, cristalizar qualquer posição científica. Ou seja, enquanto todos os “metafísicos” não fossem derrotados, nenhum código seria “*digno da actualidade*”⁴⁴.

Ainda na resposta de João Vieira à comissão, além do argumento mencionado acima, que era um desenvolvimento de ideias já apresentadas na “Exposição de Motivos”, ele levanta alguns novos.

Os argumentos favoráveis à nova edição seriam, essencialmente, três. *i*) Utilidade da nova edição, mesmo aceitando a necessidade de uma revisão: a revisão não deveria ser feita apressadamente, portanto, nesse ínterim, a nova edição teria razão

fundamento técnico-jurídico, já que seria necessário prestar contas com a lei de 19 de março de 1848 que autorizou todas as reformas penais entre 1848 e 1850, e que, como já vimos, é citada no preâmbulo do Real Decreto que publicou a “nova edição” do código.

⁴³Um argumento aparentemente savignyano, mas, completamente deslocado do seu contexto argumentativo original. Voltaremos a esse assunto mais adiante.

⁴⁴“*Por qualquer lado que se considere a revisão de um código criminal neste momento ella se nos apresenta como um problema quase insolúvel, maximé para o Brazil, pela sua falta de sólida e adiantada cultura jurídica, apezar de ter sido governado até agora por bacharéis em direito. Que melhor exemplo poderemos apresentar do que a Itália, pátria do direito, precisando de mais de 20 annos para elaborar um código penal? O deputado Enrico Ferri, um dos chefes da escola criminal positiva, insuspeito porque pugnava pela unificação da lei penal em seu paiz, reconhecia na câmara italiana que o momento actual não era o mais próprio para chrystalisar em uma obra legislativa uma dada corrente scientifica entre as diversas que se disputam a supremacia. E effectivamente não é mister ser jurista para saber que os metaphysicos e theologos expellidos do dominio de todas as sciencias, menos das sociaes e jurídicas, dão nestas um combate sem tregoa a todos quanto pretendem que o governo moral do mundo pertença à sciencia como pertence o governo physico. Essas influências tão diversas como são a treva e a luz se accentuam com desusada energia no campo das instituições penaes [...] . Consequentemente sob o ponto de vista theorico ou legislativo qualquer codificação penal encontrara em sua realisação os escolhos a que ligeiramente alludo e não faremos código digno da actualidade*”: ARAÚJO, João Vieira de, *Sobre o parecer*, cit. (n. 3), p. 23.

de ser⁴⁵. João Vieira deixava entrever que uma nova edição não retardaria uma eventual futura proposta de revisão, quando as circunstâncias fossem favoráveis – era mesmo uma questão de circunstância e de estratégia, como veremos logo adiante; *ii*) Utilidade da nova edição para a administração prática da justiça: partindo do mesmo critério prático da comissão, João Vieira sustenta que a consolidação seria útil porque existiam juízes interinos não muito competentes que precisavam de um corpo único de legislação para encontrar as respostas exigidas pela aplicação da lei penal⁴⁶; *iii*) Utilidade da nova edição para os leigos: ao contrário do que dizia a comissão, João Vieira sustentava que um corpo único de leis ajudaria os leigos a conhecer a lei penal⁴⁷. Porém, o argumento não é muito desenvolvido e não parece muito central. Justificando a brevidade sobre esse tema, afirma João Vieira: “[n]ão reproduzirei para contestar a illustre comissão neste ponto, nem o que ella mesmo adduz no princípio do seu douto parecer, referindo-se ao eminente deputado pernambucano Joaquim Nabuco, quando justificou na câmara o projecto autorizando a nova edição official; nem tampouco repetirei o que disse na introdução do meu ante-projecto.”⁴⁸ Porém, nos dois textos invocados – o discurso de Joaquim Nabuco (cujo registro escrito não foi possível localizar, e, talvez, nem exista) e a sua própria “Exposição de Motivos” – o problema da relação entre consolidação e destinatários não aparece. Em suma, apesar da oposição em relação ao argumento da comissão, parece apressado deduzir da argumentação de João Vieira a centralidade da questão do destinatário, nem mesmo se pensarmos na centralidade ambígua iluminista, porque nem mesmo último horizonte oitocentista dessa ambigüidade – a relação entre lei penal e o elemento leigo da justiça popular – aparece na reflexão de João Vieira. Portanto, essa argumentação, que completa a simétrica oposição às objeções da comissão, pode ser considerada a consequência da vontade de acrescentar o máximo de argumentos possíveis para a sua posição, mas, considerá-la um sinal da centralidade da questão do destinatário no pensamento de João Vieira seria um passo interpretativo excessivamente arriscado.

Do final da história do projeto de “nova edição oficial” de João Vieira, percebe-se que a simetria argumentativa não bastou para vencer a disputa. Uma panorâmica pelas revistas jurídicas da época mostra que provavelmente não houve

⁴⁵ “Não contesto que a revisão do código possa ser hoje objecto de aspiração, mas adiante mostrarei que ella não poderia ser feita de afogadilho, e só esta consideração determinaria por si so a necessidade da nova edição, que pelo menos é melhor que de momento se pode fazer. É exacto que não se pode fazer um auto de fé da legislação do paiz, mas do mesmo modo que desde 1858 Teixeira de Freitas não queria incluir no código civil as disposições sobre escravos que deviam ficar à parte como código negro do Brazil; assim seria preferivel riscar de um corpo de leis vigentes, como é o código criminal, as disposições relativas a escravos e com ellas todas quantas estão revogadas ou alteradas por disposições não so penaes como até constitucionaes”: ARAÚJO, João Vieira de, *Sobre o parecer*, cit. (n. 3), p. 21.

⁴⁶ “é innegável, ao contrário do que pondera a illustre comissão, que a administração da justiça lucra com uma boa coordenação de qualquer classe de leis, maximé das penaes que tem muita vez de ser applicadas por juizes de direito interinos que acabam de deixar os bancos da escola”: ARAÚJO, João Vieira de, *Sobre o parecer*, cit. (n. 3), p. 21.

⁴⁷ “[...] é bem de ver que aos leigos ellas [as leis penais] serão muito mais accessíveis reunidas em um só corpo de direito”: ARAÚJO, João Vieira de, *Sobre o parecer*, cit. (n. 3), p. 21.

⁴⁸ ARAÚJO, João Vieira de, *Sobre o parecer*, cit. (n. 3), pp. 21-22.

um movimento de sustentação significativo à “nova edição oficial” no foro ou na academia. Além disso, a fragilidade argumentativa de João Vieira parece residir na questão do plano a partir do qual a comissão enfrentou o problema: o plano “prático” entendido como aplicação da lei nos tribunais. Para a administração da justiça, de fato, a exclusão dos dispositivos sobre a escravidão não fazia diferença: tratavam-se, simplesmente, de dispositivos já revogados. Por outro lado, o recolhimento das leis esparsas, observando a lista de dispositivos consolidados no projeto, não parece um problema tão dramático. No final das contas, os manuais de direito penal poderiam dar conta dessa questão.

A outra série de argumentos que João Vieira precisava enfrentar referia-se à proposta de uma revisão material do código.

Os argumentos de João Vieira contra a revisão são, essencialmente, quatro. *i*) Não há necessidade de mais repressão: contra a afirmação da comissão segundo a qual seria necessária uma revisão do velho código porque ele não era suficientemente rígido, João Vieira sustenta que os problemas levantados pela comissão (inclusive o penitenciário) são mais sociais do que penais, portanto, o simples enrijecimento das penas através de um novo código não resolveria o problema⁴⁹. Aqui, percebe-se uma ambigüidade importante do positivismo: por um lado, é possível extrair argumentos favoráveis à expansão do sistema penal em nome da “defesa social”, por outro lado, é possível argumentar contra a ampliação do sistema penal, já que o pensamento positivista colocava em questão a centralidade da pena como instrumento de controle social através de um renovado enquadramento da relação entre direito e sociedade; *ii*) Incipiência da “escola positiva”: se a “scuola”, que seria a principal força de modernização do direito penal, não se considerava capaz, ainda, de levar a cabo uma reforma geral das leis penais no seu próprio berço, a Itália, o Brasil não deveria arriscar-se a tentar uma empresa do gênero. Este foi o novo argumento trazido por João Vieira na resposta ao parecer da comissão, que se articulou com a afirmação da “Exposição de Motivos” sobre a incapacidade brasileira de promover a elaboração de um novo código; *iii*) O “sentimentalismo”: uma revisão demandaria enfrentar o problema da abolição da pena de morte, e, nesse caso, João Vieira temia que o “sentimentalismo” influenciasse o Parlamento brasileiro no sentido de aboli-la⁵⁰. Aqui, estamos diante do outro lado da ambigüidade positivista em relação àquela mencionada no ponto “a”, isto é, aqui, o conceito de “defesa social” é um instrumento argumentativo (nesse caso, implícito) para o enrijecimento do sistema penal; *iv*) Os recursos financeiros: o problema da pena de morte estava vinculado com o seu possível

⁴⁹ “[...] estão enfileirados como argumentos [da comissão] suppostas necessidades sociais, cuja satisfação não pode depender da mudança mesmo a mais radical em um código criminal, mas de uma série de reformas na ordem política, administrativa e econômica, que entretanto, como tantas outras instituições nossas mais fáceis de manejar, permaneceriam ali como letra morta diante da corrupção dos costumes e da ignorância, fraqueza e immoralidade das classes directoras, inclusive os seus chefes, *exceptis excipiendis*”: ARAÚJO, João Vieira de, *Sobre o parecer*, cit. (n. 3), p. 22-23.

⁵⁰ “é quase certo que a falsa philantropia ou antes o sentimentalismo mórbido, que tem reduzido a letra morta a pena de morte em benefício dos mais execráveis malfeitores, imponha a sua abolição de direito, quando ella existe de facto”: ARAÚJO, João Vieira de, *Sobre o parecer*, cit. (n. 3), p. 23-24.

substituto, o ergástulo, que João Vieira considerava uma alternativa razoável. O problema era que uma instituição do gênero demandava recursos financeiros, assim como a criação de manicômios criminais –outro tema que, segundo João Vieira, tornar-se-ia obrigatório no caso de uma revisão. Portanto, as novas instituições que deveriam ser criadas em função de uma revisão do código seriam excessivamente custosas para serem suportadas naquele momento: em síntese, nas palavras de João Vieira, “não se crea o ergástulo com um pouco de tinta e papel necessários para escrever a disposição”⁵¹.

Do conjunto dos argumentos de João Vieira contra a revisão e a favor da nova edição é possível compreender como um personagem que aderira tão eloquentemente às modernizantes ideias da “escola positiva” assumiu uma posição, por assim dizer, “conservadora”, isto é, contrária à revisão do “clássico” código de 1830. A questão era, essencialmente, estratégica, e não de princípio. Tanto é assim que João Vieira termina a resposta ao parecer da comissão acenando positivamente à possibilidade (futura) de um novo código: “[f]aço votos [...] para que dentro de pouco tempo tenhamos um novo código digno da actualidade, e completamente aparelhado com os meios mais modernos e aperfeiçoados de dar-lhe execução [...]. Como cidadão e afeiçoado a taes melhoramentos, não lhes regatearei applausos.”⁵² Naquele momento, porém, não era possível, segundo João Vieira, levar adiante reformas muito positivistas, e, por isso, podia bastar uma simples nova edição do velho código. Algumas reformas demandavam muito mais do que um artigo no código e as circunstâncias financeiras não lhe pareciam favoráveis. O argumento do atraso da cultura jurídica brasileira também era circunstancial, isto é, não era levado à altura do paradoxo savignyniano segundo o qual uma cultura jurídica pouco desenvolvida não seria capaz de fazer um código, enquanto uma cultura jurídica no seu máximo grau de evolução seria capaz de fazê-lo, mas não teria mais a necessidade de um código⁵³.

⁵¹ “Seria indispensável substituir à pena de morte o ergástulo, a prisão celular. Mas não se crea o ergástulo com um pouco de tinta e papel necessários para escrever a disposição. [...] Na Itália se calculou ser necessária a enorme somma de 225 milhoes de liras ou 80.425:000\$ da nossa moeda para construir cárceres em execução do seu novo código! Nos não precisamos de tantos cárceres como a Italia, mas não poderíamos dispender talvez nem a centésima parte daquella somma. O sábio Lombroso referindo-se ao seu paiz disse ainda este anno que a nova lei não fez mais do que juntar o ridículo à tristeza da situação, porque um artigo do código não pode substituir uma cella ou um mister, um trabalho para o condemnado e tanto um como outro não se cream com folhas de papel, mas exigem milhoes. O outro ponto a reformar no código é a substituição das disposições dos seus arts. 12 e 64, para que um juiz não ponha em liberdade um louco criminoso e se possa dar destino conveniente não só a este, como aos condemnados que enlouquecerem, encerrando-os em hospícios penaes, como fazem a Inglaterra, os Estados Unidos, Allemanha, Rússia, etc., no interesse, ao mesmo tempo da sociedade e do louco; e para evitar que na pratica a sciencia sirva somente para contrastar a loucura, como meio de absolvição e não sirva, entretanto, para conjurar o perigo resultante da loucura offensiva. Mas ainda aqui, com que recursos podemos contar para instituir hospícios penaes? Não são asylos communs; são subrogados do patibulo e do cárcere; são prisões; o hospício commum é uma casa de saúde. É visto que as difficuldades são insuperáveis”: ARAÚJO, João Vieira de, *Sobre o parecer*, cit. (n. 3), p. 24-25.

⁵² ARAÚJO, João Vieira de, *Sobre o parecer*, cit. (n. 3), p. 25.

⁵³ “Se ora riassumiamo quanto si è detto sui requisiti di un ottimo codice, è chiaro che sono ben

Simple questão de estratégia: somente desse modo é possível compreender o artigo de João Vieira publicado no “*Archivio*” de Lombroso em 1889 onde se defende a urgência das reformas. A assinatura do artigo traz a data de 25 de novembro de 1888: nesse momento, o projeto de lei de Joaquim Nabuco que previa a “nova edição oficial” já tinha sido aprovado. Não é possível saber se, no mês seguinte (novembro), João Vieira já tinha começado a trabalhar no projeto de nova edição, mas, de qualquer forma, a proximidade é enorme porque, em julho de 1889, o projeto já estava pronto. Considerando a opinião de João Vieira no debate “nova edição” *versus* “revisão”, esse artigo, de qualquer forma, é estranho porque ele faz uma lista de possíveis reformas (parciais) partindo exatamente do caso brasileiro, isto é, do código de 1830. Afirmava João Vieira que “[...] *le riforme graduali sono possibili esaminando i codici vigenti [...] . La sostituzione di alcune disposizioni, lo sviluppo di altre e finalmente la revoca di alcune, sarebbero da applicarsi alle leggi penali vigenti*”⁵⁴.

Examinando o código criminal de 1830, João Vieira elenca alguns dispositivos que poderiam sofrer reformas imediatamente. O primeiro ponto era a tentativa, que, segundo ele, deixava muito espaço para a absolvição de réus “temíveis” (segundo o conceito de “*temibilitàde*” de Garofalo). Por esse motivo, o artigo correspondente do código de 1830 (art. 2 § 2º) poderia ser reformado no sentido de consagrar a “*consumação subjetiva*”⁵⁵. O segundo aspecto tocava o art. 12, que permitia ao juiz entregar o “louco criminoso” à sua família. Positivistas como João Vieira pensavam que tais indivíduos deveriam ser obrigatoriamente recolhidos em manicômios criminais⁵⁶. O terceiro ponto era o conceito de força irresistível,

rari i tempi in cui sussistono tutti i presupposti necessari. [...] Ma una simile epoca non ha per se stessa l'esigenza di un codice: SAVIGNY, F. C. von, *La vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza* (1814), agora em MARINI, Giuliano (a cura di), *La polemica sulla codificazione* (A. F. J. Thibaut; F. C. Savigny) (Napoli, ESI, 1982), p. 108-109.

⁵⁴ ARAÚJO, João Vieira de, *La riforma dei codici criminali* (1888), em *Archivio di psichiatria, scienze penali ed antropologia criminale*, 10 (1889), p. 53.

⁵⁵ “*Ogni giorno i giudici o i tribunali di certi paesi assolvono autori confessi di veri tentativi criminali punibili, sotto pretesto che i delinquenti si trovano nella fase degli atti preparatori, o che vi era un qualche ostacolo all'effettuazione del crimine per l'impossibilità del mezzo o del fine, mentre la consumazione subiettiva del delitto, il carattere di temibilità del reo comprovata da suoi antecedenti, è ciò che costituisce un pericolo o una minaccia per la sicurezza dell'ordine pubblico e per i diritti altrui. In Brasile, chi modificasse, una volta penetrato della necessità della difesa sociale, razionalmente l'art. 2, §2 del codice, ovvierebbe a molti inconvenienti, impedendo casi ripetuti di assoluzione*”: ARAÚJO, João Vieira de, *La riforma*, cit. (n. 54), p. 54. O artigo 2 § 2º do código criminal brasileiro de 1830 ditava que “[*l*]ulgar-se-há crime ou delicto: [...] *A tentativa do crime quando for manifestada por actos exteriores e principio de execução, que não teve effeito por circunstancias independentes da vontade do delinquente.*”

⁵⁶ Esse fragmento, no artigo de 1888, não é claro, talvez pela tradução, talvez pela escrita confusa do original (que não foi possível encontrar). Mas, pelos outros escritos de João Vieira, é possível concluir que essa era a sua opinião, porque é muito pouco provável uma variação no seu pensamento sobre o assunto, pois, comparando o artigo do código citado e a ideia transmitida pela versão italiana, a absurda conclusão é que não havia nada a ser reformado, porque o fragmento descrevia exatamente a hipótese já prevista pelo código de 1830. Eis o fragmento da versão italiana: “[*n*]el medesimo codice [o brasileiro de 1830] (artigo 12) *basterebbe lasciare al giudice di diritto, al presidente del tribunale e del giuri l'arbitrio di poter denunziare i pazzi*

que deveria ser restringido “*alle condizioni fisiche o meccaniche, senza venir confusa con le alterazioni morbose della psiche e meno ancora coi casi della legittima difesa*”⁵⁷. A obsessão, mais uma vez, era com o “excesso” de absolvições que tanto amedrontava os juristas que adotavam como pilar do seu pensamento o conceito de defesa social. Por fim, mais uma vez no sentido de expansão do sistema punitivo, dessa vez em relação aos menores, João Vieira defende que deveria ser possível manter um menor encarcerado nas casas de correção mesmo para além da idade de dezessete anos (art. 13) e que eles deveriam sofrer obrigatoriamente a pena de cumplicidade (art. 18 § 10º)⁵⁸.

No já mencionado artigo de João Vieira sobre o parecer da comissão, isto é, pouco menos de um ano depois do texto publicado no “*Archivio*” (o primeiro é assinado em 2 de novembro de 1889 e o segundo em 25 de novembro de 1888), o tema do manicômio judiciário é retomado, porém, como vimos, com um sentido retórico diferente: para afirmar que a simples modificação dos artigos 12 e 64 do código não bastavam para resolver o problema, já que faltavam os recursos financeiros para construí-los. Conseqüentemente, um possível novo artigo no código permaneceria sem efeito.

Além desses problemas específicos difíceis de conciliar –talvez verdadeiras contradições que nascem, talvez, em função da diversidade de contextos retóricos– o sentido geral desses dois textos, um a favor e outro contra as reformas, não são completamente irreconciliáveis. Mesmo no primeiro texto –o de 1888, favorável às reformas– é possível entrever o receio que condicionaria a opinião de João Vieira no ano seguinte: o receio que fosse elaborado um novo código, mais uma vez, “clássico”.

O exemplo vinha justamente da Itália, onde, justamente no momento do

criminali perchè vengano ricoverati nei manicomi”: ARAÚJO, João Vieira de, *La riforma*, cit. (n. 54), p. 54. O artigo 12 do código de 1830 afirmava exatamente que o juiz poderia enviar os “loucos criminosos” para o manicômio, isto é, tinha o arbítrio para fazê-lo, ainda que não fosse obrigatória a internação: Artigo 12: “*Os loucos que tiverem cometido crimes serão às casas para elles destinadas, ou entregues às suas famílias, como ao juiz parecer mais conveniente.*” A hipótese mais provável é que houve um erro na tradução, porque no ordenamento italiano da época não havia um dispositivo do gênero.

⁵⁷ ARAÚJO, João Vieira de, *La riforma*, cit. (n. 54), p. 54.

⁵⁸ “*Risultati egualmente vantaggiosi si potrebbero conseguire sopprimendo il limite (art. 13) che la legge assegna ai 17 anni per la detenzione nelle case di correzione dei minorenni di 14 anni che commettono delitti, operando con discernimento e allo stesso tempo eliminando l'arbitrio dato al giudice (art. 18, § 10) di applicare le pene della complicità all'autore del delitto quando sia minore di 17 anni*”: ARAÚJO, João Vieira de, *La riforma*, cit. (n. 54), p. 54. Os artigos do código: Artigo 13: “*Se se provar que os menores de quatorze annos, que tiverem cometido crimes, obrarao com discernimento, deverao ser recolhidos às casas de correção, pelo tempo que ao juiz parecer, comtanto que o recolhimento não exceda a idade de dezasete annos*”. O arbítrio deixado ao juiz, na fórmula do código, é bastante amplo, já que se tratava de uma pena muito indeterminada – somente a tipologia era prescrita pela lei. A proposta de João Vieira tornava o arbítrio ainda mais amplo –provavelmente sem muitos remorsos, porque os positivistas eram perfeitamente favoráveis à pena indeterminada–: no limite, um juiz poderia considerar um menor tão perigoso a ponto de ser condenado perpetuamente: Artigo 18: “*São circunstâncias attenuantes dos crimes: [...] § 10. Ser o delinquente menor de vinte e um annos. Quando o réo fôr menor de dezasete annos, e maior de quatorze, poderá o Juiz, parecendo-lhe justo, impôr-lhe as penas da complicitade.*”

florescimento da “escola positiva”, estava prestes a emanar um código, em linhas gerais, considerado bastante “clássico”. Citando Raffaele Garofalo, em meio aos elogios ao reformismo positivista, é perceptível o receio do exemplo italiano: “[s] *ebbene Garofalo riconosca l'impossibilità di applicare tutto d'un tratto la teoria positiva e la necessità di riforme graduali tentate prima nella procedura, poi nel sistema penitenziario e nelle leggi di polizia, essendo preferibile lo statu quo nella legislazione penale all'azione di progetti, come l'Italiano, ispirati dal dottrinarismo giuridico, pure egli riconosce almeno la necessità di modificazioni parziali che potrebbero farsi al codice*”⁵⁹. João Vieira, de certa forma, tenta “antecipar” a batalha do capítulo citado do livro de Garofalo (o “*Criminologia*” de 1885). O capítulo citado –que era o último do livro– intitulava-se “[c]onclusioni relative alle condizioni della società contemporanea e dell'Italia in particolare”. “Na Itália contemporânea”, o projeto Zanardelli estava em plena discussão, e, não obstante Garofalo pensasse que a batalha contra essa ulterior afirmação da “escola clássica” já estivesse perdida, porque o projeto, cedo ou tarde, seria aprovado, todo o capítulo dedica-se a listar pequenas reformas que poderiam ser aplicadas imediatamente. Tais reformas tinham como escopo diminuir os “danos” do pensamento “clássico” consagrado no projeto de código⁶⁰.

Outro exemplo mais circunscrito em relação ao que estava na Itália encontra-se na parte do “*Commentario*” de 1889 sobre a irretroatividade da lei penal. Segundo João Vieira, o código brasileiro de 1830 trazia uma posição mais rígida –nesse sentido, menos “clássica”– em relação a uma possível exceção favorável ao imputado, e, por esse motivo, era preferível. Nesse fragmento, João Vieira menciona a crítica positivista a essas tendências consideradas “clássicas” do código Zanardelli⁶¹.

⁵⁹ ARAÚJO, João Vieira de, *La riforma*, cit. (n. 54), p. 52.

⁶⁰ “*Noi non possiamo dunque pretendere che, nel presente periodo di discussione, si riformino così radicalmente i codici come la nostra dottrina esigerebbe. [...] Questa dunque, nel campo pratico, deve per ora limitarsi ad un'opera negativa: opporsi con tutte le sue forze ad una più solenne ed universale affermazione dei principi della scuola classica, quale sarebbe l'approvazione del progetto del nuovo Codice penale presentato dagli on. Zanardelli e Savelli*”: GAROFALO, Raffaele, *Criminologia* (Torino, Fratelli Bocca, 1885), p. 486. E, depois, o tom conformado: “*Ma noi non vogliamo illuderci. È possibile che questo problema, considerato da noi e da tanti altri così diversamente dai nostri giuristi della scuola classica, sia risoluto appunto nel senso che vogliono questi ultimi, e che la Camera sia chiamata fra non molto ad approvare il progetto Zanardelli-Savelli [...] . In questo caso noi non potremmo fare altro che suggerire pochi emendamenti, i quali, senza alterare grandemente il sistema del progetto, siano atti a temperare alcuni effetti nocivi alla prevenzione dei reati, che, secondo le nostre previsioni, le nuove leggi produrrebbero*”: GAROFALO, Raffaele, cit., p. 490.

⁶¹ “[...] convém notar que o próprio escopo dos criminalistas clássicos quem tem inspirado os autores das codificações actuaes é a diminuição das penas e a supressão mesma de algumas; e assim não admira que a influência de suas idéias possa concorrer para o resultado figurado da supressão de algumas formas de criminalidade e diminuição das penas, como tudo isto acaba de acontecer no novo código italiano a despeito de todos os protestos da escola positiva; sendo também certo que coherentemente insinuão na prática as mencionadas excepções [João Vieira está se referindo às excepções ao princípio da irretroatividade favoráveis ao imputado], supprindo pela costumada interpretação favorável aos criminosos os códigos que como o nosso não as contemplão”: ARAÚJO, João Vieira de, *Código criminal brasileiro: commentario philosophico-scientifico em relação com a jurisprudência e a legislação comparada* (Recife, Editor José Nogueira de Souza, 1889), p. 16.

Na conclusão, depois de ter citado o texto da criticada disposição italiana⁶², João Vieira afirma que “[d]epois d’isto é para manter tudo quanto de bom tem o nosso código desprezando inovações que em vez de progresso manifestão regresso”⁶³. O problema da irretroatividade, não por acaso, foi objeto do projeto de código de João Vieira de 1893. Tratava-se de uma modificação que, sem voltar ao silêncio do código de 1830, tentava retomar, ao menos parcialmente, a tendência anterior ao código de 1890, aceitando a excepcional irretroatividade somente nos casos de abolição do delito e limitando o caso da lei posterior mais favorável ao réu em nome da coisa julgada⁶⁴. Nessa passagem, ele cita, ainda, a autoridade de Ferri para responder aos críticos do silêncio do código de 1830⁶⁵. E o texto citado de Ferri é exatamente o artigo sobre o projeto suíço de 1893 que já vimos anteriormente. De fato, a opinião de Ferri era uma citação de autoridade que deixava em dificuldade os críticos do código de 1830 porque ele defendia que a única exceção à irretroatividade deveria ser a abolição do delito. Mas, o aspecto interessante é que João Vieira, no projeto de 1893, não chega à solução de Ferri porque aceita hipóteses de irretroatividade da lei mais favorável ao réu mesmo para além dos casos de abolição do delito, desde que não houvesse, ainda, coisa julgada, isto é, bastaria que a lei nova fosse promulgada antes da sentença final do processo. Esse fragmento antecipa parcialmente o nosso próximo tema, pois, encontramos nele a reforma como (parcial) retorno (ao código de 1830) e a impossibilidade de considerar o projeto de 1893 um texto positivista.

Voltando ao problema da concisão do código de 1830, mais um exemplo do receio das soluções “clássicas” do código italiano de 1889. Na parte sobre a tentativa, na versão atualizada do “Commentario” de acordo com o código de 1890, aquilo que antes era uma hipótese, isto é, a substituição do código de 1830 por outro ainda mais “clássico”, tornara-se realidade, na perspectiva de João Vieira. Através de fórmulas mais descritivas e longas, o novo código impedia as possibilidades de interpretação positivista em matéria de tentativa em nome da tendência dos “clássicos” em favor dos delinquentes, na esteira, exatamente, do código italiano de 1889⁶⁶.

⁶² Trata-se do artigo 2 § 4º do código italiano de 1889 (em confronto com os artigos 33, 309 e 310 do código brasileiro de 1830).

⁶³ ARAÚJO, João Vieira de, *Código criminal*, cit. (n. 61), p. 18.

⁶⁴ ARAÚJO, João Vieira de, *Código penal commentado theoretica e praticamente*, (Rio de Janeiro e São Paulo, Laemmert, 1896), I, pp. 42-46.

⁶⁵ ARAÚJO, João Vieira de, *Código penal*, cit. (n. 64), p. 47.

⁶⁶ Depois de ter descrito a citação do código de 1830 com o fragmento do livro de 1889, em que se elogiava o velho código por ser flexível e aberto às “novidades da ciência” sobre esse tema específico [ARAÚJO, João Vieira de, *Código penal*, cit. (n. 64), p. 99], João Vieira inicia a avaliação do novo código de 1890: “o código actual neste ponto com as suas formulas diffusas e definições descriptivas foi adiante de todos os excessos do classicismo.” Em seguida, João Vieira vincula a “deterioração” do ordenamento brasileiro ao mau exemplo italiano: “[a] exemplo do código italiano, o cod. pen., art. 14 paragrapho único declara que “não é punível a tentativa no caso de inefficacia absoluta do meio empregado, ou de impossibilidade absoluta do fim a que o delinquente se propuzer. A definição especial que da tentativa dá o cod. pen. no art. 13, assim como outras disposições dos vários artigos do texto que se referem à tentativa empeioraram o nosso direito, enfraquecendo a lei à custa da repressão”: ARAÚJO, João Vieira de, *Código penal*, cit. (n.

Situação similar é a do conceito de crime: abertíssimo no código de 1830, mais descritivo no de 1890, e o projeto João Vieira de 1893 tentará reformar este último no sentido de voltar à concisão de 1830, mais adequada para recepcionar os desenvolvimentos, via interpretação judicial e doutrinária, das novidades científicas (positivistas, evidentemente)⁶⁷.

De volta ao debate de 1888-1889, João Vieira, em suma, “antecipa” a hipótese de um projeto de código “clássico” no caso de derrota da “nova edição” e tenta eliminar o perigo pela raiz –talvez ainda com mais razão depois da nomeação da comissão e do relator, pois, deste último, João Vieira provavelmente conhecia as inclinações científicas bem pouco positivistas. A opinião de João Vieira em 1889 contra uma revisão do código de 1830 não provinha de uma postura contrária às reformas, mas, sim, do receio de dar passos para trás (frente e atrás dentro da visão positivista, obviamente). Então, existe uma possível conciliação entre as duas opiniões dos dois textos –um contrário, e outro favorável às reformas– em função da “antecipação” da hipótese de um projeto de código “clássico” na esteira do mais novo –e “clássico”– modelo disponível no cenário jurídico-penal internacional.

Além disso, existe o problema do instrumento normativo para a execução “gradual” das reformas que João Vieira desejava. Em nenhum momento, no artigo de 1888, um novo código nunca é mencionado como a solução ideal para executar os pontos da reforma. Provavelmente, João Vieira tinha em mente modificações através de leis especiais. Dessa forma, não haveria o risco, em caso de derrota, de reafirmação das convicções “clássicas” através de um novo monumento legislativo das proporções de um código. Nesse mesmo artigo, João Vieira reconhece que, apesar da urgência das reformas, elas só poderiam ser levadas adiante de maneira gradual –e tal ensinamento ele extrai dos próprios positivistas italianos, como Ferri. Portanto, era impossível reformar os códigos vigentes de uma vez só⁶⁸. A sombra da ideia de codificação como instrumento de reformas orgânicas,

64), p. 100. E conclui: “[o] *cod. pen.* [...] tornou muito rígida a fórmula da tentativa no sentido clássico, quando no art. 10 declarou que ‘a resolução de cometer crime, manifestada por actos exteriores, que não constituirem começo de execução, não é sujeita à acção penal, salvo si constituir crime especificado na lei’. A ideia reproduz-se no art. 15. É sempre a preocupação de êxito impossível para separar os actos preparatórios da execução afim de tornal-os impunes”: ARAÚJO, João Vieira de, *Código penal*, cit. (n. 64), p. 102.

⁶⁷ “A lei deve facilitar sempre, nunca embaraçar o progresso contínuo da sciencia que infelizmente forma quasi sempre um contraste com as normas legislativas, cuja fixidez não se deve exagerar. Assim, dizendo-se que é crime todo o acto contrário a lei penal tem-se dito tudo”; e até aqui estamos em um fragmento retomado do livro de 1889, que descrevia, exatamente, a concisão da fórmula do código de 1830. Mas, continua João Vieira, “[n]este ponto o [...] projecto de 1893 substituiu os arts. 2º, 7º, 8º e 24º do *cod. pen.* [de 1890] por um só artigo com a seguinte fórmula: ‘art. 13. So é punível o facto voluntário e intencional contrário à lei penal’”: ARAÚJO, João Vieira de, *Código penal*, cit. (n. 64), p. 81.

⁶⁸ “Sarà possibile mettere in esecuzione la riforma dei codici attuali tutto d’un tratto? [...] E. Ferri pure osserva che gli studi della evoluzione scientifica e sociale non si possono anticipare per il fatto che devesi procedere gradualmente; ma intanto combatte per le riforme possibili, sia come scrittore, sia come uomo parlamentare. [...] La sostituzione di uno qualsivoglia dei codici penali attuali mediante un altro che consacrassse nella sua massima parte i risultati della moderna scienza criminale sarebbe una rivoluzione parlamentare senza eguale negli annali politici contemporanei.

incisivas e radicais⁶⁹ tornava-a, de certa forma, inadequada para os objetivos de João Vieira. Nesse sentido, a forma-código é, ao mesmo tempo, pouco afinada com o pensamento evolucionista da “escola positiva” —se uma das conseqüências do evolucionismo é, exatamente, o gradualismo nas reformas jurídicas—, mas, também, afinado com esse mesmo pensamento porque se adapta bem à imagem modernizante, renovadora, que os positivistas faziam de si mesmos. No primeiro caso, temos João Vieira; no segundo caso, Enrico Ferri do projeto de parte geral do código criminal de 1921. Em suma, tendo presente o problema dos instrumentos normativos para a reforma (código ou leis especiais), a opinião contrária de João Vieira a um novo código, em 1889, não é completamente irreconciliável com as idéias reformadoras expressas no ano anterior.

A lei especial como imagem fundante do reformismo de João Vieira é capaz de explicar a recusa da idéia de um novo código no debate específico em torno da nova edição, mas não resolve todos os problemas. O empenho na tarefa de consolidação nos assinala um indício do filão de pensamento jurídico moderno vinculado ao conceito de sistema —um conceito fundante tanto para forma-código como para a imagem global do direito na modernidade⁷⁰ - em oposição à imagem aluvial da sucessão de leis especiais.

Apesar da recusa a um novo código em 1888-1889, poucos anos depois João Vieira estará empenhado em um projeto de código. Como veremos mais adiante, o modo de conceber o trabalho de codificação por parte de João Vieira tornava muito porosas a fronteira entre a imagem codificatória moderna-iluminista e a imagem da lei especial como metáforas fundantes do empenho reformista. A

Ma le riforme gradualì sono possibili esaminando i codici vigenti [etc.]: ARAÚJO, João Vieira de, *La riforma*, cit. (n. 54), p. 53.

⁶⁹ Na historiografia sobre a codificação, essa dimensão da ideia de código moderna aparece com frequência de diferentes formas. Dois exemplos: segundo Mario Viora, os códigos modernos são diferentes das velhas consolidações porque colocam em ato uma renovação geral dos conteúdos do ordenamento jurídico; indo além do debate entre critérios substanciais versus critérios formais, existe a perspectiva de CAPPELLINI, Paolo, *Codici*, em FIORAVANTI, Maurizio (a cura di), *Lo Stato Moderno in Europa* (8ª edição, Roma-Bari, Laterza, 2007), p. 117-121, que sublinha a relação genética entre os conceitos de código e o de revolução, com o conseqüente “plusvalor” político da forma-código. Sem querer aprofundar esse debate que concerne um período anterior, basta sublinhar que, de fato, a sombra do código no final do século XIX trazia exatamente os traços da relação código/novidade, código/revolução: praticamente um fantasma de origem, ainda que, provavelmente, deformado pelo passar do tempo e de contorno pouco claro para esses juristas do final do século XIX, mas que consegue, ainda, colocar-se como um dilema obrigatório tanto para as estratégias de desvio em relação à idéia de código, como para aqueles que tentavam reelaborá-la.

⁷⁰ Sobre a específica e historicamente localizada modernidade do conceito de sistema jurídico, Paolo Cappellini afirma que “[l]’utilizzazione della nozione di sistema non riesce dunque ad essere ‘centrale’ e qualificante per le esperienze giuridiche antiche e medievali; per queste ultime resta decisiva piuttosto la notazione che il concetto ‘regio’ è rappresentato, come appena visto, dalla nozione (agostiniana, tomista) di ordo, come espressione di quella antropologia (e teologia) medievale”. E, mais adiante: “[c]i sembra in sostanza che soltanto agli albori del moderno e della sua valutazione soggettivista, atomistica, in una parola matematizante, dell’individuo [...] si comincino a porre le premesse per la definizione del diritto nel suo complesso come ‘sistema’”: CAPPELLINI, Paolo, *Storie di concetti giuridici* (Torino, Giappichelli, 2010), pp. 242-243.

explicação para a escolha de uma solução codificatória encontra-se no fato que, como instrumento de reforma, as leis especiais também tinham seus defeitos. O conceito de sistema é a chave para a compreensão desta passagem de João Vieira (1889b, p. 326) em que ele explica os defeitos das leis especiais: “[a]s *dificuldades de interpretação deste ponto da nossa legislação* [leis especiais sobre envenenamento, incêndio e inundação, em relação às circunstâncias agravantes que previam, também, esses atos] *originão-se do systema de se legislar em taes matérias por leis avulsas, sem coordenal-as com o que existe já codificado e que em parte fica em vigor e em parte revogado quasi sempre implicita e não expressamente*”⁷¹. Portanto, apesar de a imagem da lei especial ser uma metáfora mais adequada para o evolucionismo de João Vieira, a ‘sistematicidade’ permanecia sendo uma exigência a ser levada em consideração. E, muitas vezes, as “leis avulsas” não estavam à altura de tal exigência por falta de “coordenação” com o código, especialmente em função da falta do dispositivo de revogação: nos casos mencionados, o resultado era uma disfunção representada pela dificuldade de interpretação do ‘sistema’.

Sobre os conceitos de código e consolidação, e sobre o modo como era concebida a alternativa entre “revisão” e “nova edição”, a segunda, por não ter a pretensão mudar absolutamente nada no ordenamento jurídico positivo, tinha, a partir do conhecido esquema historiográfico de Mario Viora, as características técnicas de uma consolidação privada⁷².

Uma consolidação pré-moderna, porém, sempre segundo Mario Viora, era uma sistematização com objetivos eminentemente práticos⁷³, com exceção das chamadas “consolidações integralistas” que, sendo públicas, além de promover pequenas mudanças no ordenamento, tinham, também, o valor simbólico de “unidade”⁷⁴ –ainda que essa “unidade” deva ser mensurada com os parâmetros do Antigo Regime e não com os do “absolutismo jurídico” moderno⁷⁵, mas esse já é outro tema, e, por isso, não será possível abordá-lo aqui. O uso lingüístico da palavra “consolidação” no parecer da comissão sobre o projeto de nova edição coincide com o conteúdo atribuído por Viora ao conceito de consolidação privada. Então, por um lado, a ideia de uma nova edição do código de 1830 é uma conso-

⁷¹ ARAÚJO, João Vieira de, *Código criminal*, cit. (n. 61), p. 326.

⁷² “Artefici delle consolidazioni, così di leggi, come di consuetudini, sono a volte i privati, a volte l’Autorità. [...] mentre le raccolte private sono in genere semplici sistemazioni delle norme particolari prima disperse, le compilazioni fatte dall’Autorità recano sempre qualche novità”: VIORA, Mario, *Consolidazioni e codificazioni: contributo alla storia della codificazione* (3ª edição, Torino, Giappichelli, 1967), p. 3.

⁷³ “[as consolidações] erano nulla più che manifestazioni delle esigenze pratiche, altri [as codificações] erano invece movimenti squisitamente ideali, manifestazioni di pensiero di giuristi, di filosofi, di politici – i quali, convergendo in definitiva, e fondendosi, pur con sacrifici parziali delle aspirazioni di alcuni d’essi, al tempo della Rivoluzione di Francia, sfociarono nella formazione dei codici moderni”: VIORA, Mario, cit. (n. 72), p. 28.

⁷⁴ A tendência consolidatória “integralista”, na França do Antigo Regime, segundo Viora, “non nasceva soltanto dalle necessità della pratica, ma era anche aiutata dal bisogno di unità legislativa, intesa come mezzo di coesione e perciò di forza, dello Stato”: VIORA, Mario, cit. (n. 72), p. 31.

⁷⁵ GROSSI, Paolo, *Absolutismo giuridico e diritto privato* (Milano, Giuffrè, 1998).

lidação nesse sentido bastante estrito; por outro lado, trata-se de uma consolidação com um itinerário muito particular. Em primeiro lugar, é uma consolidação com características de consolidação privada (no sentido de Mario Viora), mas que é levada a cabo pelo poder público. Além disso, o ponto principal não era ordenar o caos normativo inserindo em um único texto todos os dispositivos penais. Essa ordenação é uma operação coadjuvante em comparação com a eliminação dos dispositivos ab-rogados que se referiam à escravidão. A operação tinha um forte sentido simbólico se considerado do ponto de vista da relação entre direito e sociedade: se o objetivo era que o código espelhasse a (nova?) sociedade livre não fundada no trabalho escravo, a ideia de uma nova edição oficial era muito coerente. Mas, a partida começa a ser perdida quando o problema se desloca na direção da utilidade prático-jurídica, e foi exatamente isso que o parecer da comissão conseguiu fazer: a “limpeza” dos dispositivos que se referiam à escravidão não trazia nenhuma vantagem para a aplicação judicial da lei. A consolidação das normas esparsas, por sua vez, era marginal, e não parece que tais normas eram um problema sentido como suficientemente grave na época.

Sobre o significado das expressões “nova edição” e “revisão”, existe certa fluidez no uso delas. João Vieira, por exemplo, depois de ter afirmado que uma revisão era impossível porque o Brasil não possuía recursos financeiros para a construção dos cárceres necessários à implementação do ergástulo, e muito menos para os manicômios criminais para o internamento obrigatório dos “loucos criminosos”, conclui dizendo que “um plano que despreze os dois pontos indicados não passará de uma nova edição com o falso rótulo de revisão.”⁷⁶ A consequência lógica é que seria pensável uma operação de modificação do código vigente que não fosse uma revisão. Logo, uma nova edição poderia trazer modificações ao código. Uma revisão-codificação, no pensamento de João Vieira, parece ser um terceiro degrau, além da nova edição e das revisões graduais. Porém, reconhecer que uma nova edição pudesse modificar o código mudaria todo o discurso. O problema é que, não obstante a fluidez dos conceitos, que é verificável, por exemplo, no projeto de lei de Joaquim Nabuco, o debate subsequente entre a comissão e João Vieira conseguiu fixar bastante bem –ainda que somente naquele contexto– as fronteiras entre revisão e nova edição. Imaginar uma mudança na última linha do *post scriptum* do debate seria bastante estranho. Portanto, parece mais plausível manter a interpretação já colocada na comparação com os conceitos de Viora e considerar essa passagem de João Vieira uma ação retórica que partia de outra exigência. Parece que ele simplesmente utilizou o fato que a comissão considerava negativa a ideia de uma nova edição para sublinhar, retoricamente, como era negativa a revisão que poderia ser levada adiante, no caso de derrota do seu projeto.

Então, a nova edição aproxima-se do conceito de consolidação privada de Viora, mas, com todas as particularidades já mencionadas. João Vieira procurou mostrar como a ideia era bastante normal procurando precedentes na Espanha (1848-1850) e na Rússia (1845-1866). Pela análise do caso espanhol, porém, vimos como tais aproximações poderiam ser forçadas. O século XIX é o século

⁷⁶ ARAÚJO, João Vieira de, *Sobre o parecer*, cit. (n. 3), p. 25.

das codificações, e não das consolidações, e muito menos de consolidações com todas as particularidades da brasileira. Não foi possível avaliar exatamente como os contemporâneos de João Vieira perceberam essa aproximação com o caso espanhol e com o russo, isto é, se as dificuldades da aproximação proposta foram percebidas, mas, é fato que o projeto não vingou. No final das contas, o que parecia claro é que as reformas européias mostravam que o código criminal de 1830 era velho, e esse era um argumento contra a nova edição em favor da revisão.

IV. A DERROTA DE JOÃO VIEIRA VERSUS O SUCESSO DE VICENTE PIRAGIBE

Somente depois de mais de quarenta anos uma operação similar àquela tentada por João Vieira em 1888 será efetivada no Brasil. Trata-se da consolidação privada elaborada pelo desembargador Vicente Piragibe que recolhia as leis penais e as colocava no interior da estrutura do código de 1890. A consolidação de Piragibe foi oficializada em 1932 pelo decreto N° 22.213 de 14 de dezembro. No caso de João Vieira, a ideia de avançar uma verdadeira revisão foi acolhida depois que o projeto de nova edição já estava pronto, enquanto nos trinta do século XX, um projeto de novo código já tinha sido iniciado em uma comissão legislativa instituída pelo governo. A partir desse dado inicial, aparentemente, as circunstâncias eram ainda menos favoráveis para a Consolidação Piragibe.

Como explicar, então, o sucesso da Consolidação Piragibe? Em primeiro lugar, nos anos trinta do século XX, a questão não foi colocada em termos de alternativa entre revisão e consolidação. Em 17 de novembro de 1932 a própria comissão que estava trabalhando no projeto de novo código penal emite um parecer favorável à consolidação.

Vale a pena debruçar-se um instante sobre esse parecer.

Teixeira de Freitas, o mais famoso consolidador das leis civis do Império, assim como na “Exposição de Motivos” da nova edição de João Vieira, é lembrado pela comissão. Ele é lembrado no sentido de reafirmar a característica considerada essencial de uma consolidação: não modificar o ordenamento vigente⁷⁷.

O primeiro dado que a comissão levanta é a gravidade do problema das leis especiais esparsas: “[h]oje, mais de noventa leis, decretos e regulamentos, matéria penal, gravitam em torno do código de 1890, alterando-o ou completando-o, e a essa legislação extravagante cumpre attender a Justiça na sua actividade diária. Tal com-

⁷⁷ “Nessa mesma situação [de ordenar o caos das leis esparsas] se encontrou o governo do Império, no tocante a nossa legislação civil, e della sabiu approvando a Consolidação das Leis Civis do grande Teixeira de Freitas. Entende esta Sub-Comissão que da mesma forma poderá agora proceder o Governo Provisório approvando a Consolidação das Leis Penaes, do Desembargador Vicente Piragibe. Mas, assim como a aprovação da Consolidação de Teixeira de Freitas não revogou nem abrogou o nosso Código Civil de então, que eram as Ordenações do Reino, também agora a aprovação da Consolidação do Desembargador Vicente Piragibe não revogará nem abrogará o Código vigente”. Vale a pena sublinhar como o uso da palavra ‘código’ para as ordenações portuguesas não está em perfeita sintonia com o que é dito logo depois sobre as características que deveria ter um verdadeiro código: “*systematisação, unidade doutrinária, coherencia technica, organicidade*”: SÁ PEREIRA e outros, em PIERANGELLI, José Henrique (org.), *Códigos penais do Brasil* (Bauru, Jalovi, 1980), p. 325.

mettimento, já de si árduo, é sobremodo dificultado pela carência absoluta de technica legislativa, dispondo, não raro, o mesmo decreto ou lei, sobre matéria de natureza a mais heterogênea. O trabalho do Desembargador Vicente Piragibe consolidando toda essa legislação esparsa de modo a integral-a no Código Penal—offerece, pelo aspecto prático da questão, uma solução digna do maior encômio. Ninguém há que lhe possa discutir a grande utilidade. Facilita a todos o conhecimento das leis penaes e à Justiça a sua consulta e applicação. O cuidado que lhe presidiu a elaboração [...] autorisam recommendal-o à approvação official”⁷⁸.

A referência ao destinatário leigo pode ser compreendida nos mesmos termos do debate anterior entre João Vieira e a comissão: não parece ser um aspecto central, mas uma reminiscência de velhas concepções de codificação, um argumento que deve ser levantado, mas com pouca força de convencimento se isolado ou como chave da argumentação. O problema central anunciado no início do discurso, ao contrário, é a administração da Justiça, o cotidiano dos tribunais, e, o argumento final, com o qual o parecer é finalizado, retoma somente a utilidade da consolidação para a prática administração da Justiça⁷⁹.

Voltando ao ponto inicial: noventa leis, objetivamente, é um número bem maior do que a que João Vieira tinha para consolidar quarenta anos antes. Somando todas as leis consolidadas no projeto de nova edição, mais os regulamentos citados pela comissão que deveriam ser incluídos, não se chega à metade das leis e regulamentos recolhidos pela Consolidação Piragibe.

Recentemente, Nilo Batista listou as leis penais especiais emanadas durante o Império, e, no seu comentário inicial, afirma que “[q]ueixavam-se os penalistas do império da proliferação de leis penais”⁸⁰. Na nota a esse comentário, as palavras de um penalista do Império: “[n]esse número infinito de leis penaes, tanto as que compõem o Código, como as que, em quantidade muito maior, acham-se fora d’ elle, haverá alguém que possa dizer, mesmo entre aquelles, cuja profissão é estudá-las e applica-las, que as conhece todas, ou quasi todas?”; e, logo depois, outro comentário de Batista: “[...] indagava [o penalista Braz Florentino Henriques de Souza], sem prever que o futuro seria muito pior”⁸¹. O irônico comentário de Batista é historiograficamente muito relevante porque sublinha a diferença entre a situação do ordenamento jurídico-imperial e as posteriores (a atual e a de Piragibe também, de certa forma). Ainda nesse sentido, a lista de leis especiais do Império⁸² confirma o que foi dito há pouco: a maior quantidade de material a consolidar nos anos trinta do século XX em comparação com 1888.

⁷⁸ SÁ PEREIRA e outros, em PIERANGELLI, José Henrique (org.), cit. (n. 77), p. 324. O parecer da subcomissão presidida por Virgílio de Sá Pereira é reproduzido na íntegra por Pierangelli, por isso a opção de utilizar a versão republicada do manuscrito.

⁷⁹ “Até lá [enquanto é preparado o novo código] [...] entende esta Sub-Comissão que uma Consolidação das leis penaes, como a que é apresentada pelo Desembargador Piragibe, pode e deve, com este caracter, ser approvada pelo Governo, por ser de grande a utilidade que ella fará a distribuição da Justiça: SÁ PEREIRA e outros, em PIERANGELLI, José Henrique (org.), cit. (n. 77), p. 325.

⁸⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl - BATISTA, Nilo e outros, *História da programação criminalizante no Brasil* em OS MESMOS, *Direito Penal Brasileiro* (2ª edição, Rio de Janeiro, Revan, 2003) I.

⁸¹ *Ibid.*, p. 438, nota 271.

⁸² *Ibid.*, pp. 438-440.

Sobre as palavras de Braz Florentino Henriques de Souza como testemunho do incômodo dos penalistas imperiais com a proliferação de leis penais, seria necessário acrescentar alguns esclarecimentos. Em primeiro lugar, o argumento de Braz Florentino parece concentrado no problema da opacidade do ordenamento jurídico-penal. Por esse motivo, não somente a proliferação de leis especiais é levada em consideração, mas, também, o próprio código. Em segundo lugar, é preciso considerar o contexto de enunciação da citação: ela se encontra no capítulo do *Lições de Direito Criminal* (1872) sobre a ignorância do direito, sobre o “conhecimento do mal”, sobre o “erro de direito”, etc. (capítulo III, e o fragmento citado é do § 18). Nesse contexto, a assunção da opacidade das leis penais é uma premissa de origem mais antiga e que deu lugar a várias teorias, como a da presunção de conhecimento da lei penal (considerada necessária para a aplicação dos “simples” códigos modernos). Por esses dois motivos, não parece que as palavras de Braz Florentino fossem um testemunho do incômodo em relação à situação legislativa do Brasil nos anos setenta do século XIX, isto é, o argumento de Braz Florentino não parece provir de uma observação da realidade que o circundava. A opacidade das leis penais parece ser simplesmente uma premissa largamente compartilhada (e muito mais antiga) que serve para elaborar um raciocínio sobre outro tema. Isso não quer dizer que não é possível que os penalistas talvez se sentissem incomodados com as leis esparsas promulgadas na época, mas, o fragmento de Braz Florentino, em função do seu contexto de enunciação, não parece ser um testemunho seguro desse incômodo. E se existia esse incômodo, é preciso acrescentar que, provavelmente, ele não era muito forte nem largamente compartilhado, porque, nesse caso, o projeto de nova edição oficial provavelmente teria tido uma sorte diferente.

Voltando, então, à Consolidação Piragibe, alguns indícios da razão do seu sucesso em comparação com a tentativa frustrada de João Vieira são identificáveis no parecer da comissão legislativa. Em uma carta escrita pelo presidente da comissão legislativa geral (a que elaborou o parecer sobre a consolidação, que estava ocupando-se do código penal, em verdade, era somente uma das várias sub-comissões da grande comissão legislativa instituída pelo governo provisório de Getúlio Vargas) para o Ministro da Justiça, é possível extrair outro indício para compreender o sucesso da Consolidação de 1932: “[a] obra do Desembargador Vicente Piragibe foi acolhida com os maiores encômios. Magistrados e advogados do foro criminal proclamaram-lhe a exactidão, a fidelidade e a utilidade prática. Comissão especial do Instituto de Advogados emittiu parecer nesse mesmo sentido. [etc.]”⁸³. A Consolidação Piragibe já circulava no foro antes mesmo de ser oficializada. Os operadores práticos do direito já conheciam a sua utilidade, e, por isso, já era uma obra prestigiada. Ainda que a oficialização não mudasse muita coisa para quem já a utilizava –talvez mudasse a técnica de citação dos dispositivos legais, mas, eles continuariam a ser procurados na Consolidação, mesmo sendo privada– o prestígio que ela tinha entre os práticos certamente pesava. O carimbo oficial,

⁸³ CARNEIRO em PIERANGELLI, José Henrique (org.), cit. (n. 77), p. 323. A carta do presidente da comissão é reproduzida na íntegra por Pierangelli, por isso a opção de utilizar essa versão republicada do manuscrito.

de qualquer forma, era uma grande homenagem ao autor da consolidação. Além disso, Piragibe era desembargador, por isso, muito mais ligado, do ponto de vista das relações profissionais, à prática dos tribunais do que João Vieira que, apesar de advogado, dividia-se entre a docência e a política.

Em suma, uma consolidação de grande prestígio e já em uso, praticamente isenta de críticas: pontos de partida muito mais favoráveis em comparação com o caso da nova edição de João Vieira.

Por fim, um aceno às condições políticas da década de trinta do século XIX, no Brasil, para finalizar a explicação. Em 1932, o Brasil encontrava-se sob o governo provisório de Getúlio Vargas, somente dois anos depois da “Revolução de 1930”. Mesmo sem mudar o direito penal vigente, a oficialização da consolidação poderia servir como demonstração da atenção do governo às questões jurídicas, a atenção do governo às necessidades dos práticos do foro. Um ato do gênero poderia ajudar a angariar simpatia para o governo. Não era um grandíssimo feito, mas, de qualquer forma, era muito fácil de executar, especialmente em um contexto em que o Parlamento estava ausente, e, além disso, custava pouquíssimo.

V. CONCLUSÕES

A ideia de uma nova edição oficial do código criminal brasileiro de 1830 nasceu como uma espécie de *post scriptum* da história do movimento abolicionista, e, por isso, ela ficou marcada por um relativo descolamento em relação ao sentido mais comum das consolidações: ordenar o caos legislativo. Ou seja, apesar de o projeto de nova edição ter aproveitado para realizar também a integração das disposições penais esparsas, a sua razão de ser era muito mais a eliminação dos dispositivos já revogados concernentes à escravidão presentes no código de 1830. Talvez esse seja o começo da explicação do seu insucesso: apesar do valor simbólico da eliminação de tais dispositivos, a ideia parece não ter tocado os principais interessados numa operação do gênero, isto é, os profissionais do foro. Uma situação muito diferente em relação à consolidação privada de Vicente Piragibe, na década de trinta do século XX, e que chegou, inclusive, a ser oficializada via decreto-lei.

Apesar do fracasso da ideia de nova edição, foi com ela que começou a ser discutida a hipótese de um novo código penal. Teoricamente, um autor positivista como João Vieira deveria ser simpático à ideia de uma reforma. Porém, as condições não lhe pareciam favoráveis: na Itália, berço da “scuola positiva”, o projeto Zanardelli –ulterior reafirmação, segundo os positivistas, do “classicismo”– estava prestes a vingar. Considerando que o relator do parecer contrário à nova edição e favorável a uma reforma mais incisiva era João Baptista Pereira, um jurista pouco afeito às ideias positivistas, a avaliação estratégica de João Vieira tinha sua razão de ser, tanto que o código de 1890, de fato, para os padrões positivistas, era ainda mais “clássico” do que o de 1830. Um “retorno” que não acontecera na Itália: para os positivistas italianos, o velho código toscano era um monumento mais positivista do que o código Zanardelli de 1889 que, de certa forma, consagrava algumas (poucas) ideias positivistas. Se o reformismo não deixa de ser uma característica do pensamento positivista de João Vieira, o caso da nova edição nos

convida a decliná-lo de maneira particular –um assunto que demandaria muito mais espaço para ser aprofundado. Abrir espaço para uma nova codificação era demasiado arriscado, portanto, muito provavelmente, João Vieira tinha em mente a ideia de reformas parciais via lei especial, e, mais do que isso, o gradualismo das leis especiais parece ser a imagem fundante do seu reformismo.

Em suma, o posicionamento estranhamente conservador para um jurista positivista parece ter sido estratégico, baseado na leitura das circunstâncias momentâneas –a impossibilidade de erigir manicômios judiciários e unidades prisionais para a implementação do ergástulo–, a fim de evitar aquilo que poderia ser, na visão de João Vieira, um “retrocesso classicista”.

O código elaborado por João Baptista Pereira e promulgado em 1890, então, sepultou definitivamente a ideia de uma nova edição. Porém, em 1911, no volume de direito comparado organizado por Franz Von Liszt sobre o estado da legislação penal no mundo, João Vieira reafirmava que a abolição da escravidão estimulou, sim, a atualização do código criminal de 1830, mas, ao contrário do que afirmava o parecer sobre o projeto de nova edição, a “opinião dominante” –infelizmente, a referência a essa opinião nunca trazia em anexo uma lista de penalistas que opinavam de tal forma– estava a seu favor, isto é, a revisão deveria ter sido somente uma nova edição oficial do código de 1830: “[L]’abolition de l’esclavage en 1888 fit naître la louable idée de reviser le code dans le but de supprimer les dispositions draconiennes ou cruelles contre les esclaves. Mais la révision, selon l’opinion dominante à ce temps là, ne devait consister que dans une nouvelle édition officielle du code, exprimant l’état des lois alors en vigueur parce que le moment pressait”⁸⁴.

Apesar de João Vieira e da sua “opinião dominante”, o código de 1830 foi substituído em 1890, conforme recomendou o parecer contrário à “nova edição oficial”. Mas o seu embate com o autor do código de 1890, João Baptista Pereira, não terminaria aí. Mas essa já é a história dos projetos de substituição do código de 1890.

BIBLIOGRAFIA

- ARAÚJO, João Vieira de, *Código criminal brasileiro: commentario philosophico-scientifico em relação com a jurisprudência e a legislação comparada* (Recife, Editor José Nogueira de Souza, 1889).
- ARAÚJO, João Vieira de, *Código penal commentado theorica e praticamente*, (Rio de Janeiro e São Paulo, Laemmert, 1896), I.
- ARAÚJO, João Vieira de, *Ensaio de direito penal ou repetições escriptas sobre o Código Criminal do Império do Brazil* (Pernambuco, Typographia do Jornal do Recife, 1884).
- ARAÚJO, João Vieira de, *La riforma dei codici criminali* (1888), em *Archivio di psichiatria, scienze penali ed antropologia criminale*, 10 (1889).

⁸⁴ ARAÚJO, João Vieira de, *O Brazil na legislação penal comparada* (Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1911), pp. 11-12.

- ARAÚJO, João Vieira de, *Nova edição official do código criminal brasileiro de 1830, ante-projecto* (1889) (Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1910).
- ARAÚJO, João Vieira de, *O Brazil na legislação penal comparada* (Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1911).
- ARAÚJO, João Vieira de, *Sobre o parecer da comissão...* (1889), em *O Direito: revista de legislação, doutrina e jurisprudência* (1890).
- AZEVEDO, Elciene, *En las trincheras de la justicia. Abogados y esclavos en el movimiento abolicionista en San Pablo*, em PALACIO, Juan Manuel - CANDIOTTI, Magdalena (Org.), *Justicia, política y derechos en América Latina* (Buenos Aires, Prometeo Libros, 2007).
- BEVILACQUA, Clóvis, *Evolução jurídica do Brasil no Segundo Reinado*, em O MESMO, *Linhas e perfis jurídicos* (Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1930).
- Brasil, Câmara dos Deputados, *Annaes do Parlamento Brasileiro* (Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1888), VI.
- BRASIL, *Código criminal do Império do Brazil de 16 de dezembro de 1830*, em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LIM/LIM-16-12-1830.htm [Acesso em: 2 de março de 2011].
- BRASIL, *Constituição política do Império do Brazil de 25 de março de 1824*, em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao24.htm [Acesso em: 2 de março de 2011].
- BRASIL, *Decreto n. 22.213 de 14 de dezembro de 1932*.
- BRASIL, *Lei imperial n. 3310 de 15 de outubro de 1886 (revoga [...] a pena de açoutes)*, em *Collecção das leis do Imperio do Brazil de 1886* (Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1886), Parte I, Tomo XXXIII a Parte II, Tomo XLIX.
- BRASIL, *Lei n. 2040 de 28 de setembro de 1871 (Declara de condição livre os filhos de mulher escrava que nascerem desde a data desta lei, libertos os escravos da Nação e outros, e providencia sobre a criação e tratamento daquelles filhos menores e sobre a libertação annual de escravos)*, em *Collecção das leis do Imperio do Brazil de 1871* (Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1871), XXXI, I.
- BRASIL, *Lei n. 261 de 3 de dezembro de 1841*, em <http://www.jusbrasil.com.br/legislacao/104058/lei-261-41> [Acesso em: 17 de junho de 2011].
- BRASIL, *Lei n. 3353 de 15 de maio de 1888 (Declara extincta a escravidão no Brasil)* [Lei Áurea].
- CAPPELLINI, Paolo, *Codici*, em FIORAVANTI, Maurizio (a cura di), *Lo Stato Moderno in Europa* (8ª edição, Roma-Bari, Laterza, 2007).
- CAPPELLINI, Paolo, *Storie di concetti giuridici* (Torino, Giappichelli, 2010).
- CARVALHO DURÃO, Eduardo Teixeira [Solus], *O novo código penal*, em *O Direito: revista de legislação, doutrina e jurisprudência*, vol. 55 (mai-ago 1891).
- COSTA, Emília Viotti da, *Da escravidão ao trabalho livre*, em A MESMA, *Da monarquia à república: momentos decisivos* (6ª edição, São Paulo, Fundação Editora da UNESP, 1999).
- DRESCHER, Seymour, *Brazilian abolition in comparative perspective*, em *Hispanic American Historical review*, 68 (1988) 3.
- GAROFALO, Raffaele, *Criminologia* (Torino, Fratelli Bocca, 1885).
- GONZÁLEZ, María Dolores del Mar Sánchez, *La codificación penal en España: los códigos de 1848 y 1850* (Madrid, Boletín Oficial del Estado, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2004).

- GRINBERG, Keila, *Esclavage, citoyenneté et élaboration du code civil au Brésil (1855-1917)*, em *Cahiers du Brésil Contemporain*, 53/54 (2003).
- GROSSI, Paolo, *Assolutismo giuridico e diritto privato* (Milano, Giuffrè, 1998).
- LUCCHINI, Luigi, *Revisione del Codice penale nel Brasile*, em *Rivista Penale* (1889).
- MATTOS, Hebe - ABREU, Martha, *Lei Áurea* [verbete] em VAINFAS, Ronaldo (org.), *Dicionário do Brasil Imperial* (Rio de Janeiro, Objetiva, 2002).
- MATTOS, Hebe, *Abolição da escravidão* [verbete], em VAINFAS, Ronaldo (org.), *Dicionário do Brasil Imperial* (Rio de Janeiro, Objetiva, 2002).
- MATTOS, Hebe; SANTOS, Cláudia Regina Andrade dos, *Abolicionismo* [verbete], em VAINFAS, Ronaldo (org.), *Dicionário do Brasil Imperial* (Rio de Janeiro, Objetiva, 2002).
- MECCARELLI, Massimo, *Paradigmi dell'eccezione nella parabola della modernità penale. Una prospettiva storico-giuridica* em *Quaderni Storici*, 131 (2009) 2, pp. 493-521.
- MENDONÇA, Joseli Maria Nunes, *Evaristo de Moraes, Tribuno da República* (Campinas, Editora da Unicamp, 2007).
- MORAES, Evaristo de, *A campanha abolicionista (1879-1888)* (Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1924).
- MORAES, Evaristo de, *Reminiscências de um rábula criminalista* (Rio de Janeiro, Garnier, 1922).
- MOURA, Clóvis, *Dicionário da escravidão negra no Brasil* (São Paulo, EdUSP, 2004).
- NABUCO, Joaquim, *A legislação penal e os escravos* (1888), agora em FREYRE, Gilberto (seleção de discursos), *Joaquim Nabuco* (2ª edição ampliada, Brasília, Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2010).
- PEREIRA, João Baptista e outros, *Código criminal do Império* [Parecer da comissão sobre o projeto de nova edição oficial do código criminal de 1830], em *O Direito: revista de legislação, doutrina e jurisprudência*, 50º vol. (1889).
- PIERANGELLI, José Henrique (org.), *Códigos penais do Brasil* (Bauru, Jalovi, 1980).
- RIBEIRO, João Luiz, *No Meio das Galinhas as Baratas não têm razão. A Lei de 10 de Junho de 1835. Os escravos e a pena de morte no Brasil (1822-1889)* (Rio de Janeiro, Renovar, 2005).
- S.A., *Progetto di Vieira*, em *Archivio di psichiatria, scienze penali ed antropologia criminale*, 10 (1889).
- SAVIGNY, F. C. von, *La vocazione del nostro tempo per la legislazione e la giurisprudenza* (1814), agora em MARINI, Giuliano (a cura di), *La polemica sulla codificazione* (A. F. J. Thibaut; F. C. Savigny) (Napoli, ESI, 1982).
- SBRICCOLI, Mario, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano* (1860-1990) (1998) agora em O MESMO, *Storia del diritto penale e della giustizia* (Milano, Giuffrè, 2009), I.
- SBRICCOLI, Mario, *La penalistica civile: teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita* (1990), agora em O MESMO, *Storia del diritto penale e della giustizia* (Milano, Giuffrè, 2009), I.
- SCHIATTARELLA, R., *Dei reati commessi all'estero* (Firenze, G. Pellas editore, 1880).
- VAREJÃO, Marcela, *Il positivismo dall'Italia al Brasile. Sociologia del diritto, giuristi e legislazione (1822-1935)* (Milano, Giuffrè, 2005).
- VIOVA, Mario, *Consolidazioni e codificazioni: contributo alla storia della codificazione* (3ª edição, Torino, Giappichelli, 1967).
- WEHLING, Arno, *O escravo ante a lei civil e a lei penal no Império (1822-1871)* em

WOLKMER, Antonio Carlos (org.). *Fundamentos de história do direito* (Belo Horizonte, Del Rey, 2001).

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo et al, *História da programação criminalizante no Brasil* em OS MESMOS, *Direito Penal Brasileiro* (2ª edição, Rio de Janeiro, Revan, 2003) I.