INTRODUÇÃO

Dois grandes saberes-ciências, aparentemente, dominam o mundo, é dizer, *o indivíduo, a população, mas, sobretudo, o corpo e a vida*, há séculos. Seriam eles a Medicina e o Direito, embora não necessariamente nessa ordem.

Sempre esposados, conquanto muita vez em uma relação desarmônica, beirando as vias de fato, ou quase o divórcio, Direito e Medicina aproveitaram-se, respectiva e simultaneamente dos discursos um do outro com o escopo da dominação total sobre o corpo do indivíduo, e sobre a sua vida, alvos inesquiváveis da retórica daquelas ciências.

Com efeito, e no princípio, ainda que muita vez sem o saber, a disputa velada pela dominação discursiva entre Medicina e Direito se *apropriou* indelevelmente do *corpo* como objeto moldável e instrumento infatigável a ser utilizado no espetáculo fantástico encenado nos anfiteatros das instituições totais e das casas de justiça, ambas dirigidas pelo Estado.

E, a apropriação do corpo pelo Direito e pela Medicina se deu primeiro com a desculpa de que, em uma petição de princípio vergonhosa, era ali que estava o porquê da atuação de ambos, os dois representantes do Estado que, erigido responsável pela felicidade do indivíduo, precisava se fazer presente nos pontos em que sua fragilidade se esquadrinhava; depois, porque era ele, corpo, que representava a célula que poderia engendrar a metástase social.

Apropriação histórica, mas também atual, então, do corpo para fins de custódia e guarda, e posterior execução e, assim, exemplo aos demais; para fins de escravidão e utilização forçada da mão de obra; para fins de observação *post mortem* e subsequente autópsia, com aplicação de conhecimento adquirido no corpo vivo, visando seu tratamento; para fins, novamente, de utilizá-lo como mão de obra dócil, aprisionando-o, e reutilizando-o como exemplo, e como mão de obra útil, reescravizando-o mediante o pagamento de salários vergonhosos, embora nenhuma dessas apropriações tenha se dado, necessariamente, nessa ordem, tampouco qualquer delas tenha sido estanque.

Depois, houve uma apropriação da vida do homem, estatizando-a, ou melhor, de acordo com FOUCAULT, "um dos fenômenos fundamentais do século XIX foi, é o que se poderia denominar a assunção da vida pelo poder: se vocês preferirem, uma tomada de poder sobre o homem enquanto ser vivo, uma espécie de estatização do biológico ou, pelo menos, uma certa inclinação que conduz ao que se poderia chamar de estatização do biológico."[1]

[1] FOUCAULT, Paul-Michel. *Em defesa da sociedade*. 4. tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2005, pp. 285-286.

Com o contrato social, e assunção pelo Estado do controle total, passou esse a decidir, *exclusivamente*, sobre o corpo e a vida dos seus súditos, inaugurando, assim, a soberania que, embora paradoxal[2], continha o direito de vida e de morte, agora excluído como fenômeno natural, porque passado a fenômeno político – *e de exceção*[3]*, à regra*[4] -, que começa a encarar o ser como algo neutro, nem vivo, tampouco morto, assumindo a vida ou a morte o feitio, e surgindo no momento, que mais concorde com a conveniência do soberano.[5]

Seria esse direito, então, pela sua própria aparente natureza, uma exceção? Referindo-se, aduz AGAMBEN, inclusive contestando FOUCAULT, que: "Uma das teses da presente investigação é a de que o próprio estado de exceção, como estrutura política fundamental, em nosso tempo, emerge sempre mais ao primeiro plano e tende, por fim, a tornar-se a regra."[6]

Mas, como funciona esse arbítrio vital e mortal? Obviamente, por razões naturais, ele funciona sobre a morte, e não sobre a vida – *apesar de que, mais tarde, "vai ser preciso... baixar a morbidade; vai ser preciso encompridar a vida; vai ser preciso estimular a natalidade"*[7] -, pois, enquanto é aquela acessível ao soberano, esta, não lhe é. Todavia, pesando a balança sobre a morte, indiretamente, é sobre a vida que também se estará decidindo. Então, é podendo matar que se intromete sobre a vida.[8] "Não há, pois, simetria real nesse direito de vida e de morte. Não é o direito de fazer morrer ou de fazer viver.[9] Não é tampouco o direito de deixar viver e de deixar morrer. É o direito de fazer morrer ou de deixar viver."[10, 11]

Ora, o direito de fazer morrer se expressa diretamente quando o Estado, mediante suas agências policiais despreparadas, *e. g.*, permite a execução sumária, de agora corpos inservíveis ao controle mercadológico da mão de obra; diretamente, também, quando civilmente condena os invisíveis sociais a uma vida, aliás, à personificação através de um corpo sem vida, desprovido de quaisquer direitos; ainda diretamente, quando condena os

---

[2] Com referência ao paradoxo, veja, citando SCHMITT, AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer*: o poder soberano e a vida nua I. 2. reimpressão. Belo Horizonte: UFMG, 2007, p. 23: "O paradoxo da soberania se enuncia: 'o soberano está, ao mesmo tempo, dentro e fora do ordenamento jurídico'. Se o soberano é, de fato, aquele no qual o ordenamento jurídico reconhece o poder de proclamar o estado de exceção e de suspender, deste modo, a validade do ordenamento, então 'ele permanece fora do ordenamento jurídico e, todavia, pertence a este, porque cabe a ele decidir se a constituição *in toto* possa ser suspensa' (SCHMITT, 1922, p. 34). A especficação 'ao mesmo tempo' não é trivial: o soberano, tendo o poder legal de suspender a validade da lei, coloca-se legalmente fora da lei. Isto significa que o pradoxo pode ser formulado também deste modo: 'a lei está fora dela mesma', ou então: 'eu, o soberano, que estou fora da lei, declaro que não há um fora da lei'."

[3] A exceção como "estado" pode ser vista em AGAMBEN, Giorgio. *Homo...*, p. 23: "A exceção é aquilo que não se pode reportar; ela subtrai-se à hipótese geral, mal ao mesmo tempo torna evidente com absoluta pureza um elemento formal especificamente jurídico: a decisão."

[4] Sobre isso, veja AGAMBEN, Giorgio. *Homo...*, p. 27.

[5] Nesse sentido, FOUCAULT, Paul-Michel. *Em defesa...*, p. 286.

[6] AGAMBEN, Giorgio. *Homo*..., p. 27.

[7] FOUCAULT, Paul-Michel. *Em defesa...*, p. 293.

[8] *Mutatis mutandis,* FOUCAULT, Paul-Michel. *Em defesa...*, pp. 286-287.

[9] Sobre as origens históricas, desse direito, veja AGAMBEN, Giorgio. *Homo*..., p. 95.

[10] FOUCAULT, Paul-Michel. *Em defesa...*, p. 287.

[11] Mais sobre o assunto pode ser consultado em AGAMBEN, Giorgio. *Homo...*, p. 16: "Protagonista deste livro é a vida nua, isto é, a vida *matável e insacrificável* do *homo sacer*, cuja função essencial na política moderna pretendemos reivindicar."

inempregáveis ou indóceis a penas voltadas a uma (re)(s)socialização que se adequa mais a uma morte lenta, dolorosa e esquecida; indiretamente, o direito de fazer morrer se realiza na permissão velada do empregador que, explorando vergonhosamente seus empregados, expõem-los a uma vida, melhor seria dizer, morte anunciada, e com dia e hora marcados; ou quando não assume suas funções protetivas, securitárias, salutares e alimentares, deixando ao deus dará..., a sorte desses infelizes.

Ao contrário, todos que não entraram nessa economia estatal foram, simplesmente, "deixados viver".

Durante o século XIX, porém, um outro poder se imiscuiu naquele antigo da soberania, qual sendo, o de "'fazer' viver e de 'deixar' morrer"[12], o que, na contabilidade da soberania, não muda em nada o que foi escrito acima, porquanto aqueles descontados e excluídos da aritmética estatal tiveram a sorte de terem sido *feitos viver*, enquanto que os que tiveram o azar de nela serem considerados, foram *deixados para morrer*.

E, onde estaria aquele paradoxo da soberania afirmado acima? Estaria na contradição fundacional da soberania, baseada na proteção da vida contra perigos e a favor da supressão das necessidades, e o direito soberano a deixar morrer, só absurdamente aceito como cedido a ele pelo indíviduo. É a vida quem funda o poder do soberano, embora ele não deva entrar na sua conta.[13] Então, trata-se de um contrato adesivo, contendo cláusula leonina disposta no direito de fazer viver e deixar morrer.

Nas mais doutas palavras de FOUCAULT, o contrassenso é imanente ao próprio biopoder, é dizer:

> "Biopoder... do qual logo podemos localizar os paradoxos que aparecem no próprio limite de seu exercício. Paradoxos que aparecem de um lado com o poder atômico, que não é meramente o poder de matar, segundo os direitos que são concedidos a todo soberano, milhões e centenas de milhões de homens (afinal de contas, isso é tradicional). Mas o que faz que o poder atômico seja, para o funcionamento do poder político atual, uma espécie de paradoxo difícil de contornar, se não totalmente incontornável, é que, no poder de fabricar e de utilizar a bomba atômica, temos a entrada em cena de um poder de soberania que mata mas, igualmente, de um poder que é o de matar a própria vida. De sorte que, nesse poder atômico, o poder que se exerce, se exerce de tal forma que é capaz de suprimir a vida. Ou ele é soberano, e utiliza a bomba atômica, mas por isso não pode ser poder, biopoder, poder de assegurar a vida, como ele o é desde o século XIX. Ou, noutro limite, vocês têm o excesso, ao contrário, não mais do direito soberano sobre o biopoder, mas o excesso do biopoder sobre o direito soberano. Esse excesso do biopoder aparece quando a possibilidade é técnica e politicamente dada ao homem, não só de organizar a vida, mas de fazer a vida proliferar, de fabricar algo vivo, de fabricar algo monstruoso, de fabricar – no limite – vírus incontroláveis e universalmente destruidores. Extensão formidável ao biopoder que, em contraste com o que eu dizia agora há pouco sobre o poder atômico, vai ultrapassar toda a soberania humana."[14]

[12] FOUCAULT, Paul-Michel. *Em defesa...*, p. 287.
[13] Nesse sentido, FOUCAULT, Paul-Michel. *Em defesa...*, p. 287.
[14] FOUCAULT, Paul-Michel. *Em defesa...*, p. 303.

Essa maldita cláusula, historicamente, advém da passagem de uma técnica de poder setecentista e oitocentista que controlava sobretudo o corpo do indivíduo como corpo que ocupa um espaço e que, por isso, deve ser visível e, assim, controlável e dulcificável para fins de economia disciplinar trabalhista, para uma técnica de poder que, ainda que incidindo sobre o corpo, objeto veicular da vida, se dirige a esta, é dizer, ao homem vivo, e não ao homem corpo. Homem vivo que, compondo uma massa, interfere na massa e, por isso, deve sofrer uma disciplina massificante, pois somente assim poderá o Estado, censitariamente, levantar, vigiar, disciplinar, controlar e repreender os que representem perigo ao seu domínio. Aqueles corpos, agora amontoados, representam organicamente, e seguindo as pegadas darwinistas, uma espécie que precisa ser protegida da extinção, sob pena de o Estado perder mais que sua função, senão, os objetos sobre que incide ela. Da observação anatômica do corpo passa-se, então, à observação da anatomia do conjunto, que, minimamente *amorfa*, atrai a atenção do Estado e seu poder biopolítico restaurador e regenerador.[15]

Com efeito, a estatística e as teorias darwinistas foram o paquímetro que mediu por dentro e por fora

> "processos como a proporção dos nascimentos e dos óbitos, a taxa de reprodução, a fecundidade de uma população, etc. São esses processos de natalidade, de mortalidade, de longevidade que, justamente na segunda metade do século XVIII, juntamente com uma porção de problemas econômicos e políticos..., constituíram... os primeiros objetos de saber e os primeiros alvos de controle dessa biopolítica. É nesse momento, em todo caso, que se lança mão da medição estatística desses fenômenos com as primeiras demografias."[16]

Ou seja, o Estado não podia perder o controle e, por isso, mapeava, para, depois, atuar, mas, não mais contra as epidemias, senão, contra as endemias que, estacionando sobre uma população, subtraíam forças, diminuindo o tempo de trabalho.[17]

E isso advém do fato de que, conforme HANNAH ARENDT, "o *homo laborans* e, com este, a vida biológica como tal" passaram "a ocupar progressivamente o centro da cena política do moderno." [18]

E, como a força dos braços é o combustível motriz do Estado,

> "são esses fenômenos que se começa a levar em conta no final do século XVIII e que trazem a introdução de uma medicina que vai ter, agora, a função maior da higiene pública, com organismos de coordenação dos tratamentos médicos, de centralização da informação, de normalização do saber, e que adquire também o aspecto de campanha de aprendizado da higiene e da medicalização da população. ...O outro campo de intervenção da biopolítica vai ser todo um conjunto de fenômenos dos quais uns são universais e outros acidentais, mas que, de uma parte, nunca são inteiramente compreensíveis, mesmo que sejam acidentais, e que acarretam também consequências análogas de incapacidade, de pôr indivíduos fora de circuito, de neutralização, etc. Será o problema muito importante, já no início do século XIX (na hora da industrialização), da

[15] Mais ou menos por aí, FOUCAULT, Paul-Michel. *Em defesa...*, pp. 288-289.
[16] Ainda, mais ou menos por aí, FOUCAULT, Paul-Michel. *Em defesa...*, p. 290.
[17] Com algumas alterações, Mais ou menos por aí, FOUCAULT, Paul-Michel. *Em defesa...*, p. 290.
[18] *Apud* AGAMBEN, Giorgio. *Homo*..., p. 11.

> velhice, do indivíduo que cai, em consequência, para fora do campo de capaciade, de atividade. E, de outra parte, os acidentes, as enfermidades, as anomalias diversas."[19]

O problema é que esta matemática social, onde se pertence e se não pertence, ou melhor, pertence-se sem se estar incluído, e inclui-se sem se pertencer dependendo do capricho luxurioso da vontade soberana da ocasião, gera uma "indiferença entre excrescência... e singularidade..., algo como uma paradoxal inclusão do pertencimento mesmo." Nesse sentido, veja o que diz AGAMBEN, escorando-se vez ou outra em BADIOU:

> "Na teoria dos conjuntos distingue-se pertencimento e inclusão. Tem-se uma inclusão quando um termo é parte de um conjunto, no sentido em que todos os seus elementos são elementos daquele conjunto (diz-se então que *b* é um sub-conjunto de *a*, e se escreve *b* ⊂ *a*). Mas um termo pode pertencer a um conjunto sem estar incluído nele (o pertencimento sendo a noção primitiva da teoria, que se escreve: *b* ∈ *a*) ou, vice-versa, estar nele incluído sem pertencer a ele. Em um livro recente, ALAIN BADIOU desenvolveu esta distinção, para traduzi-la em termos políticos. Ele faz corresponder o pertencimento à apresentação, e a inclusão à representação (re-apresentação). Dir-se-á, assim, que um termo *pertence* a uma situação se ele é apresentado e contado como unidade nesta situação (em termos políticos, os indivíduos singulares enquanto pertencem a uma sociedade). Dir-se-á, por sua vez, que um termo está *incluído* em uma situação, se é representado na metaestrutura (o Estado) em que a estrutura da situação é por sua vez contada como unidade (os indivíduos, enquando recodificados pelo Estado em classes, por exemplo, como 'eleitores'). BADIOU define *normal* um termo que está, ao mesmo tempo, apresentado e representado (isto é, pertence e está incluído), *excrescência* um termo que está representado, mas não apresentado (que está, assim, incluído em uma situação sem pertencer a ela), *singular* um termo que está apresentado, mas não representado (que pertence, sem estar incluído) (BADIOU, 1988, p. 95-115). E como fica a exceção soberana neste esquema? Poderíamos pensar, à primeira vista, que ela se encaixe no terceiro caso, ou seja, que a exceção configure uma forma de pertencimento sem inclusão. E assim é certamente do ponto de vista de BADIOU. Mas o que define o caráter da pretensão soberana é precisamente que ela se aplica à exceção desaplicando-se, que ela inclui aquilo que está fora dela. A exceção soberana é, enão, a figura em que a singularidade é representada como tal, ou seja, enquanto irrepresentável. Aquilo que não pode ser em nenhum caso incluído vem a ser incluído na forma da exceção. No esquema de BADIOU ela introduz uma quarta figura, um limiar de indiferença entre excrescência (representação sem apresentação) e singularidade (apresentação sem representação), algo como uma paradoxa inclusão do pertencimento mesmo. *Ela é aquilo que não pode ser incluído no todo ao qual pertence e não pode pertencer ao conjunto no qual está desde sempre incluído*. O que emerge nesta figura-limite é a crise radical de toda possibilidade de distinguir com clareza entre pertencimento e inclusão, entre o que está fora e o que está dentro, entre exceção e norma."[20]

Voltando. Como a biopolítica pretendia espraiar o campo de intervenção do seu poder, ela expandiu seu saber para além dos corpos e da vida dos indivíduos ao condicionar o bem estar desta à preocupação com o "meio geográfico, climático, hidrográfico"[21] vivente; em resumo, preocupou-se com a cidade, é dizer, com o espaço – *mas, espaço soberano*[22] -, e, em última medida, com a população[23] enquanto amontoado de corpos e vidas quantificável, cujo perigoso volume exigia controle.

---

[19] FOUCAULT, Paul-Michel. *Em defesa...*, p. 291.
[20] AGAMBEN, Giorgio. *Homo...*, pp. 31-32.
[21] FOUCAULT, Paul-Michel. *Em defesa...*, p. 292.
[22] AGAMBEN, Giorgio. *Homo...*, pp. 26-27: "O 'ordenamento do espaço', no qual consiste para SCHMITT o *Nómos* soberano, não é, portanto, apenas 'tomada de terra' (*Landnahme*), fixação de uma ordem jurídica (*Ordnung*) e territorial (*Ortung*), mas, sobretudo, 'tomada do fora', exceção (*Ausnahme*)."
[23] FOUCAULT, Paul-Michel. *Em defesa...*, p. 292.

De sorte que, tudo que fugia ao *anormal*[24] seria alvo da atenção da biopolítica que receava perder seu poder, seja mediante a assunção por outro – *pela própria população* -, seja mediante a exposição – *escancarada pela anormalidade, ainda que eventual* -, da sua fragilidade e incompetência como promotora de felicidade e bem estar.

Passou-se, assim, da disciplina individual à *regulamentação* global, que colimava o "fazer viver" e "deixar morrer"[25]. Mas, *fazer viver* com o fim de manter úteis durante mais tempo os braços destinados ao mercado de trabalho, *deixando morrer* os imprestáveis, ou melhor, controlando sua mortalidade, porquanto a morte, agora, passou a representar uma perda de poder, uma ineficiência de poder, devendo, então, ser escondida[26] nos escuros e apertados claustros das carceragens, ou nos obsoletos e esquecidos quartos asilares, ou, ainda, nas inassépticas e insuficientes quadras hospitalares, repositórios de uma morte olvidada a um momento e um lugar em que não estejam os demais súditos, tampouco se faça presente a biopolítica, protegida, assim, de ter que explicá-la a estes.

Entrementes, as duas técnicas de poder da soberania, a disciplinar – *individual e corporal* -, e a regulamentadora – *coletiva e vital* -, se entrelaçaram e se confundiram no tempo e no espaço, justapondo-se[27] durante longo tempo. Uma, voltada para a docilização e utilização do corpo, a outra, voltada para a administrativização de riscos.[28] É dizer, "a medicina é um saber-poder que incide ao mesmo tempo sobre o corpo e sobre a população, sobre o organismo e sobre os processos biológicos e que vai, portanto, ter efeitos disciplinares e efeitos regulamentadores."[29]

Por sua vez, o poder punitivo foi o braço direito desta, encerrando os corpos dos dissidentes e matando física, moral, civil e socialmente, a vida deles.

Mas, qual teria sido seu cimento? Qual teria sido a liga que as vinculou, que as harmonizou, que lhes possibilitou atuar em todas as frentes, dominando o corpo, a alma, a vida, a população, o passado, o presente e o futuro dos súditos?

---

[24] FOUCAULT, Paul-Michel. *Em defesa...*, p. 293: "A biopolítica vai se dirigir, em suma, aos acontecimentos aleatórios que ocorrem numa população considerada em sua duração."
[25] Sobre o parágrafo, veja FOUCAULT, Paul-Michel. *Em defesa...*, p. 294.
[26] FOUCAULT, Paul-Michel. *Em defesa...*, pp. 295-296.
[27] FOUCAULT, Paul-Michel. *Em defesa...*, p. 299: "...esses dois conjuntos de mecanismos, um disciplinar, o outro regulamentador, não estão no mesmo nível. Isso lhes permite, precisamente, não se excluírem e poderem articular-se um com o outro. Pode-se mesmo dizer que, na maioria dos casos, os mecanismos disciplinares de poder e os mecanismos regulamentadoes de poder, os mecanismos disciplinares do corpo e os mecanismos regulamentadores da população, são articulados um com o outro."
[28] No mesmo sentido, FOUCAULT, Paul-Michel. *Em defesa...*, pp. 297-298.
[29] FOUCAULT, Paul-Michel. *Em defesa...*, p. 302.

Só poderia ser um poder fantástico, adveniente também do Estado, o *poder de polícia*[30], agência disciplinadora, controladora e repressora do *poder punitivo* por excelência, agora à disposição, também, da Medicina!

Nesse sentido, escreveu FOUCAULT:

> "Temos, pois, duas séries: a série corpo – organismo – disciplina – instituições; e a série população – processos biológicos – mecanismos regulamentadores – Estado. Um conjunto orgânico institucional: a organo-disciplina da instituição, se vocês quiserem, e, de outro lado, um conjunto biológico e estatal: a bio-regulamentação pelo Estado. ...E, depois, elas adquirem facilmente uma dimensão estatal em certos aparelhos como a polícia, por exemplo, que é a um só tempo um aparelho de disciplina e um aparelho de Estado (o que prova que a disciplina nem sempre é institucional)."[31]

Isso ainda não é suficiente para demonstrar porque e como Medicina e Direito conseguiram se unir contra os *matáveis-excluíveis*. Então, qual teria sido o denominador comum que justificou a atuação policial médica e punitiva? Acreditamos, seguindo AGAMBEN, que, porém, vai em outra direção, que tenha sido a *culpa*,

> "mas a culpa (não no sentido técnico que este conceito tem no direito penal, mas naquele original que indica um estado, um estar-em-débito: *in culpa esse*), ou seja, precisamente, o ser incluído através de uma exclusão, o estar em relação com algo do qual se foi excluído ou que não se pode assumir integralmente. *A culpa não se refere à transgressão, ou seja, à determinação do lícito e do ilícito, mas à pura vigência da lei, ao seu simples referir-se a alguma coisa.*"[32]

Obviamente, esta é uma culpa que vem de fora, determinada pelo soberano (Medicina e poder punitivo), mais do que de dentro, porquanto ela representa e tem a ver com quem foi excluído, e não com quem se excluiu com sua decisão a favor ou contra o ilícito. Não é aquela culpa schmittiana, narrada por AGAMBEN[33], senão, é dizer, é uma *exceção da culpa*, pois, o que importa não é saber se o matável-excluível está dentro ou fora da lei, senão, se ele será ou não *abandonado*, seja pela Medicina, seja pelo Direito, mas, sempre pela mão, antes ou depois, das agências policiais, e sempre em razão de um interesse regulamentador, ordenador, violentos, sem os quais o Estado perderia o controle mais facilmente.

Sendo que, abandonar significa:

> "remeter, confiar ou entregar a um poder soberano, e remeter, confiar ou entregar ao seu *bando*, isto é, à sua proclamação, à sua convocação e à sua sentença. Abandona-se sempre a uma lei. A privação do ser abandonado mede-se com o rigor sem limites da lei à qual se encontra exposto. O abandono não constitui uma intimação a comparecer sob esta ou aquela imputação de lei. É constrangimento a comparecer absolutamente diante da lei, diante da lei como tal na sua totalidade. Do mesmo modo ser banido não significa estar submetido a uma certa disposição de lei, mas estar submetido à lei como um todo. Entregue ao absoluto da lei, o banido é também

---

[30] AGAMBEN, Giorgio. *Homo*..., p. 13: "O ponto em que estes dois aspectos do poder convergem permaneceu, todavia, singularmene à sombra na pesquisa de FOUCAULT, tanto que se pôde afirmar que ele teria constantemente se recusado a elaborar uma teoria unitária do poder. Se FOUCAULT contesta a abordagem tradicional do problema do poder, baseada exclusivamente em modelos jurídicos ('o que legitima o poder?') ou em modelos institucionais ('o que é o Estado?'), e sugere 'liberar-se do privilégio teórico da soberania' (FOUCAULT 1976, p. 80), para construir uma analítica do poder que não tome mais como modelo e como código o direito, onde está, então, no corpo do poder, a zona de indiferenciação (ou, ao menos, o ponto de intersecção) em que técnicas de individualização e procedimentos totalizantes se tocam?"

[31] FOUCAULT, Paul-Michel. *Em defesa...*, pp. 298-299.

[32] AGAMBEN, Giorgio. *Homo*..., p. 34.

[33] AGAMBEN, Giorgio. *Homo*..., p. 35.

> abandonado fora de qualquer jurisdição... O abandono respeita a lei, não pode fazer de outro modo. (NANCY, 1983, pp. 149-150)"[34]

Assim, há uma conexão entre a *vida nua* – *"insacrificável e, todavia, mátável"*[35] -, do *homo sacer* – *homem santo e maldito*[36, 37] -, e a violência que impõe e conserva a culpa, cuja pena, acendendo duas velas, vai *expiar* a sua culpa, atendendo ao poder punitivo, e *purificar* a sua falta, atendendo aos interesses médicos.

Com isso, o Estado mata não somente, ou não necessariamente, o corpo do homem, sua vida natural, senão sua vida politicamente reconhecida, sua vida social, mesmo que o deixe vivo fisicamente.[38] Com efeito, "tudo acontece como se os cidadãos varões devessem pagar a sua participação na vida política com uma incondicional sujeição a um poder de morte, e a vida pudesse entrar na cidade somente na dupla exceção da matabilidade e da insacrificabilidade."[39] Então, ou se mata o corpo, ou se mata o homem, ou se mata ambos, seja usando-se do poder punitivo, seja da Medicina.

Mas, qual o problema da regulamentação baseada na informação, é dizer, na estatística que se esquadrinhou antes? Primeiro, que com ela o indivíduo não passava de um número, de importância dependente da sua posição antes ou depois da vírgula que dividia os aptos e os inaptos ao trabalho. Segundo, que nela o racismo encontrou campo fértil. Terceiro, que ela foi a porta de entrada do quarto dos fundos do positivismo.

Sobre o primeiro, as evidências são incontestes.

Sobre o segundo, pelo ângulo de visada da separação e da diferença, sobretudo porque o controle estatal – *equivocadamente, advirta-se* -, pressupõe disparidade, anormalidade, é que se pode dizer, antes de se discutir sobre a influência do racismo, que:

> "De uma forma mais geral ainda, pode-se dizer que o elemento que vai circular entre o disciplinar e o regulamentador, que vai se aplicar, da mesma forma, ao corpo e à população, que permite a um só tempo controlar a ordem disciplinar do corpo e os acontecimentos aleatórios de uma multiplicidade biológica, esse elemento que circula entre um e outro é a 'norma'. A norma é o que pode tanto se aplicar a um corpo que se quer disciplinar quanto a uma população que se quer regulamentar."[40]

Acima se acenou para as contradições do biopoder, bem como para o recuo da soberania diante do avanço deste. Pois bem. Pergunta-se FOUCAULT se, "então, nessa tecnologia de poder que tem como objeto e como objetivo a vida..., como vai se exercer o direito de

---

[34] AGAMBEN, Giorgio. *Homo*..., p. 66.
[35] Em torno da vida nua, escreveu AGAMBEN, Giorgio. *Homo*..., pp. 90-91: "*A vida insacrificável e, todavia, matável, é a vida sacra. ...Soberana é a esfera na qual se pode matar sem cometer homicídio e sem celebrar um sacrifício, e sacra, isto é, matável e insacrificável, é a vida que foi capturada nesta esfera.*"
[36] AGAMBEN, Giorgio. *Homo*..., p. 86.
[37] Sobre a contradição, escreveu AGAMBEN, Giorgio. *Homo...*, p. 88: "Na vida dos conceitos, há um momento em que eles perdem a sua inteligibilidade imediata e, como todo termo vazio, podem carregar-se de sentidos contraditórios."
[38] Em parte, assim, AGAMBEN, Giorgio. *Homo*..., p. 96.
[39] AGAMBEN, Giorgio. *Homo*..., p. 98.
[40] FOUCAULT, Paul-Michel. *Em defesa...*, p. 302.

matar e a função do assassínio, se é verdade que o poder de soberania recua cada vez mais e que, ao contrário, avança cada vez mais o biopoder disciplinar ou regulamentador?[41] E as inquietações do saudoso escritor não cessam. "Como um poder como este pode matar, se é verdade que se trata essencialmente de aumentar a vida, de prolongar sua duração, de multiplicar suas possibilidades, de desviar seus acidentes, ou então de compensar suas deficiências?[42] Intranquilo, continua. "Como, nessas condições, é possível, para um poder político, matar, reclamar a morte, pedir a morte, mandar matar, dar a ordem de matar, expor à morte não só seus inimigos mas mesmo seus próprios cidadãos?[43] Além disso, "Como esse poder que tem essencialmente o objetivo de fazer viver pode deixar morrer? Como exercer o poder da morte, como exercer a função da morte, num sistema político centrado no biopoder?[44]

Foi para resolver essas questões emergenciais[45], cuja contradição implodia-o e, de corolário, desmontava-o externamente, que começou a ser utilizada – *pois ela já existia, embora com outro funcionamento*[46] -, a técnica do *racismo*[47], pautada em questões estatísticas que, em última medida, gabaritavam aqueles que deveriam ser eliminados ou proscritos, pois era isso que ia "deixar a vida em geral mais sadia; mais sadia e mais pura."[48]

Foi naquele momento de emergência, hoje tornado perene, dizia-se,

> "que o racismo se inseriu como mecanismo fundamental do poder, tal como se exerce nos Estados modernos, e que faz com que quase não haja funcionamento moderno do Estado que, em certo momento, em certo limite e em certas condições, não passe pelo racismo. Com efeito, que é o racismo? É, primeiro, o meio de introduzir afinal, nesse domíno da vida de que o poder se incumbiu, um corte: o corte entre o que deve viver e o que deve morrer. No contínuo biológico da espécie humana, o aparecimento das raças, a distinção das raças como boas e de outras, ao contrário, como inferiores, tudo isso vai ser uma maneira de fragmentar esse campo do biológico de que o poder se incumbiu; uma maneira de defasar, no interior da população, uns grupos em relação aos outros. Em resumo, de estabelecer uma cesura que será do tipo biológico no interior de um domínio considerao como sendo precisamente um domínio biológico. Isso vai permitir ao poder tratar uma população como uma mistura de raças ou, mais exatamente, tratar a espécie,

[41] FOUCAULT, Paul-Michel. *Em defesa...*, pp. 303-304.
[42] FOUCAULT, Paul-Michel. *Em defesa...*, p. 304.
[43] FOUCAULT, Paul-Michel. *Em defesa...*, p. 304.
[44] FOUCAULT, Paul-Michel. *Em defesa...*, p. 304.
[45] Essa mesma emergência desloca a questão para lado oposto, segundo AGAMBEN, Giorgio. *Homo...*, p. 19: "Hoje, em um momento em que as grandes estruturas estatais entraram em processo de dissolução, e a emergência, como BENJAMIN havia pressagiado, tornou-se a regra, o tempo é maduro para propor, desde o princípio em uma nova perspectiva, o problema dos limites e da estrutura originária da estatalidade. Posto que a insuficiência da crítica anárquica e marxista do Estado era precisamente a de não ter nem mesmo entrevisto esta estrutura e de assim ter deixado apressadamente de lado o *arcanum imperii*, como se este não tivesse outra consistência fora dos simulacros e das ideologias que se alegaram para justificá-lo. No entanto, acabamos cedo ou tarde nos identificando com o inimigo cuja estrutura desconhecemos, e a teoria do Estado (e em particular do estado de exceção, ou seja, a ditadura do proletariado como fase de transição para a sociedade sem Estado) é justamente o escolho sobre o qual as revoluções do nosso século [século XX] naufragaram."
[46] FOUCAULT, Paul-Michel. *Em defesa...*, p. 304.
[47] FOUCAULT, Paul-Michel. *Em defesa...*, p. 308: "Em linhas gerais, o racismo, acho eu, assegura a função de morte na economia do biopoder, segundo o princípio de que a morte dos outros é o fortalecimento biológico da própria pessoa na medida em que ela é membro de uma raça ou de uma população, na medida em que se é elemento numa pluralidade unitária e viva. Vocês estão vendo que aí estamos, no fundo, muito longe de um racismo que seria, simples e tradicionalmente, desprezo ou ódio das raças umas pelas outras."
[48] Sobre a citação e o parágrafo, veja FOUCAULT, Paul-Michel. *Em defesa...*, pp. 304-305.

> subdividir a espécie de que ele se incumbiu em sub-grupos que serão, precisamente, raças. Essa é a primeira função do racismo: fragmentar, fazer cesuras no interior desse contínuo biológico a que se dirige o biopoder. De outro lado, o racismo terá sua segunda função: terá como papel permitir uma relação positiva, se vocês quiserem, do tipo: 'quanto mais você matar, mais você fará morrer, ou 'quanto mais você deixar morrer, mais, por isso mesmo, você viverá'. E diria que essa relação ('se você quer viver, é preciso que você faça morrer, é preciso que você possa matar') afinal não foi o racismo, nem o Estado moderno, que inventou. É a relação guerreira: 'para viver, é preciso que você massacre seus inimigos'. Mas o racismo faz justamente funcionar, faz atuar essa relação de tipo guerreiro – 'se você quer viver, é preciso que o outro morra' -, de uma maneira que é inteiramente nova e que, precisamente, é compatível com o exercício do biopoder. De uma parte, de fato, o racismo vai permitir estabelecer, entre a minha vida e a morte do outro, uma relação que não é uma relação militar e guerreira de enfrentamento, mas uma relação do tipo biológico: 'quanto mais as espécies inferiores tenderem a desaparecer, quanto mais os indivíduos anormais forem eliminados, menos degenerados haverá em relação à espécie, mais eu – não enquanto indivíduo mas enquanto espécie – viverei, mais forte serei, mais vigoroso serei, mais poderei proliferar'. A morte do outro não é simplesmente a minha vida, na medida em que seria minha segurança pessoal a morte do outro, a morte da raça ruim, da raça inferior (ou do degenerado, do anormal), é o que vai deixar a vida em geral mais sadia; mais sadia e mais pura. ...A raça, o racismo, é a condição de aceitabilidade de tirar a vida numa sociedade de normalização. Quando vocês têm uma sociedade de normalização, quando vocês têm um poder que é, ao menos em toda a sua superfície e em primeira instância, em primeira linha, um biopoder, pois bem, o racismo é indispensável como condição para poder tirar a vida de alguém, para poder tirar a vida dos outros. A função assassina do Estado só pode ser assegurada, desde que o Estado funcione no modo do biopoder, pelo racismo."[49]

Aqui se evidencia, portanto, a junção perfeitamente voltada para o mal, entre estatística e evolucionismo, também usados pelo poder punitivo para legitimar a normalização – *porquanto, de acordo com* AGAMBEN*, "o direito tem caráter normativo, é 'norma' (no sentido próprio de 'esquadro') não porque comanda e prescreve, mas enquanto deve, antes de mais nada, criar o âmbito da própria referência na vida real,* normalizá-la"[50] -, que, por sua vez, legitima o biopoder, o racismo, a medicina seletiva e o poder punitivo em um círculo vicioso sem começo nem fim.

Ora, continua FOUCAULT:

> "A partir daí... se pode compreender certo número de coisas. Pode-se compreender, primeiro, o vínculo que rapidamente – eu ia dizer imediatamente – se estabeleceu entre a teoria biológica do século XIX e o discurso do poder. No fundo, o evolucionismo, entendido num sentido lato – ou seja, não tanto a própria teoria de DARWIN quanto o conjunto, o pacote de suas noções (como: hierarquia das espécies sobre a árvore comum da evolução, luta pela vida entre as espécies, seleção que elimina os menos adaptados) -, tornou-se, com toda a naturalidade, em alguns anos do século XIX, não simplesmente uma maneira de transcrever em termos biológicos o discurso político, não simplesmente uma maneira de ocultar um discurso político sob uma vestimenta científica, mas realmente uma maneira de pensar as relações de colonização, a necessidade das guerras, a criminalidade, os fenômenos da loucura e da doença mental, a história das sociedades com suas diferentes classes, etc. Em outras palavras, cada vez que houve enfrentamento, condenação à morte, luta, risco de morte, foi na forma do evolucionismo que se foi forçado, literalmente, a pensá-los."[51]

Lá atrás se dizia que a morte pelo poder soberano poderia ser indireta, e realmente o é, porque, agora:

> "Vocês compreendem, em consequência, a importância – eu ia dizer a importância vital – do racismo no exercíco de um poder assim: é a condição para que se possa exercer o direito de matar. Se o poder de normalização quer exercer o velho direito soberano de matar, ele tem de passar pelo racismo. E se, inversamente, um poder de soberania, ou seja, um poder que tem direito de vida e de morte, quer funcionar com os instrumentos, com os mecanismos, com a tecnologia da normalização, ele também tem de passar pelo racismo. É claro, por tirar a vida não entendo

[49] FOUCAULT, Paul-Michel. *Em defesa...*, pp. 304 a 306.
[50] AGAMBEN, Giorgio. *Homo...*, p. 33.
[51] FOUCAULT, Paul-Michel. *Em defesa...*, pp. 306-307.

> simplesmente o assassínio direto, mas também tudo o que pode ser assassínio indireto: o ato de expor à morte, de multiplicar para alguns o risco de morte ou, pura e simplesmente, a morte política, a expulsão, a rejeição, etc."[52]

Mas, qual seria, realmente, no fundo, o mote dessa economia do biopoder? Talvez seja aquilo que CARNELUTTI, saudoso processualista italiano, disse sobre o interesse e, de consequência, sobre a necessidade:

> "O conceito de interesse é fundamental tanto para o estudo do processo quanto para o do Direito. Interesse não significa um juízo, mas uma posição do homem, ou mais exatamente: a posição favorável à satisfação de uma necessidade. A posse do alimento ou do dinheiro é, antes de tudo, um interesse, porque quem possui um ou outro está em condições de satisfazer a sua fome. Os meios para a satisfação das necessidades humanas são os bens. E se acabamos de dizer que interesse é a situação de um homem, favorável à satisfação de uma necessidade, essa situação se verifica, pois, com respeito a um bem: homem e bem são os dois termos da relação que denominamos interesse. Sujeito do interesse é o homem e objeto daquele é o bem. ...Se o interesse significa uma situação favorável à satisfação de uma necessidade; se as necessidades do homem são ilimitadas, e se, pelo contrário, são limitados os bens, ou seja, a porção do mundo exterior apta a satisfazê-las, como correlativa à noção de interesse e à de bem aparece a do conflito de interesses. Surge conflito entre dois interesses quando a situação favorável à satisfação de uma necessidade excluir a situação favorável à satisfação de uma necessidade distinta. Se Tício tem a necessidade de se alimentar e de se vestir, e possui apenas o dinheiro para conseguir uma das duas coisas, existe conflito entre os dois interesses correspondentes. Se Tício e Caio têm necesidades de alimentar-se e não há alimento mais que para um apenas, nos encontramos perante um conflito de interesses entre duas pessoas."[53]

Em um mundo onde cada vez são mais escassos os bens que oferecem felicidade ao indivíduo, a busca pelos mesmos bens por pessoas diferentes enseja um interesse, uma disputa que só pode ser resolvida pela guerra ou pelo biopoder mediante a técnica do racismo[54], onde o Estado, assumindo a função magistral de árbitro do conflito, decide quem deverá sucumbir à vontade de quem, não sendo preciso revelar, novamente, o vitorioso, qual sendo, o mais forte, o mais inteligente, o mais rico, o mais apto – *doce* -, ao trabalho manual ou intelectual, em suma, aquele que, em termos racistas, servirá melhor ao Estado[55] e, sendo atendido por este, e, assim, animado com a ilusão de que, com isso, fez-se justiça, contra ele não se sublevará buscando asssumir a hegemonia do poder.

O evolucionismo, portanto, teve efeitos extremamente deletérios na sociedade, porquanto, aliado à estatística, reforçou a idéia equivocada de que havendo conflito de interesses, um deve ganhar e o outro perder, necessariamente!

E as consequências não param por aí. Em seu *Homo sacer*, AGAMBEN diz que "em particular, o desenvolvimento e o triunfo do capitalismo não teria sido possível, nesta

---

[52] FOUCAULT, Paul-Michel. *Em defesa...*, p. 306.
[53] CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de Direito Processual Civil*: introdução e função do processo civil, v. I. São Paulo: Classic Book, 2000, pp. 55 e 60.
[54] FOUCAULT, Paul-Michel. *Em defesa...*, p. 314: "Quando se trata simplesmente de eliminá-lo economicamente, de fazê-lo perder seus privilégios, não se necessia de racismo. Mas, quando se trata de pensar que se vai ficar frente a frente com ele e que vai ser preciso brigar fisicamente com ele, arriscar a prórpia vida e procurar matá-lo, foi preciso racismo."
[55] FOUCAULT, Paul-Michel. *Em defesa...*, p. 309: "Portanto, o racismo é ligado ao funcionamento de um estado que é obrigado a utilizar a raça, a eliminação das raças e a purificação da raça para exercer seu poder soberano. A justaposição, ou melhor, o funcionamento, através do biopoder, do velho poder soberano do direito de morte implica o funcionamento, a introdução e a ativação do racismo. E é aí, creio eu, que efetivamente ele se enraíza."

perspectiva, sem o controle disciplinar efetuado pelo novo biopoder, que criou para si, por assim dizer, através de uma série de tecnologias apropriadas, os 'corpos dóceis' de que necessitava."[56]

Algures, na tentativa de ajustar a teoria de FOUCAULT, assenta AGAMBEN, que:

> "A tese foucaultiana deverá, então, ser corrigida ou, pelo menos, integrada, no sentido de que aquilo que caracteriza a política moderna não é tanto a inclusão da *zoé* na *pólis*, em si antiguíssima, nem simplesmente o fato de que a vida como tal venha a ser um objeto eminente dos cálculos e das previsões do poder estatal; decisivo é, sobretudo, o fato de que, lado a lado com o processo pelo qual a exceção se torna em todos os lugares a regra, o espaço da vida nua, situado originariamente à margem do ordenamento, vem progresivamente a coincidir com o espaço político, e exclusão e inclusão, externo e interno, *bíos* e *zoé*, direito e fato entram em uma zona de irredutível indistinção. O estado de exceção, no qual a vida nua era, ao mesmo tempo, excluída e capturada pelo ordenamento, constituía, na verdade, em seu apartamento, o fundamento oculto sobre o qual repousava o inteiro sistema político; quando as suas fronteiras se esfumam e se indeterminam, a vida nua que o habitava libera-se na cidade e torna-se simultaneamente o sujeito e o objeto do ordenamento político e de seus conflitos, o ponto comum tanto da organização do poder estatal quanto da emancipação dele. Tudo ocorre como se, no mesmo passo do proceso disciplinar através do qual o poder estatal faz do homem enquanto vivente o próprio objeto específico, entrasse em movimento um outro processo, que coincide grosso modo com o nascimento da democracia moderna, no qual o homem como vivente se apresenta não mais como *objeto*, mas como *sujeito* do poder político. Estes processos, sob muitos aspectos opostos e (ao menos em aparência) em conflito acerbo entre eles, convergem, porém, no fato de que em ambos o que está em questão é a vida nua do cidadão, o novo corpo biopolítico da humanidade."[57]

Terceiro, se escrevia acima, a *regulamentação* foi a porta de entrada do quarto dos fundos do positivismo. Em *Médicos e assassinos na Belle Époque,* DARMON exemplificou muito bem os equívocos desta escola, citando os erros avaliativos dos casos de HELDER e da Ogra de Goutte-d'Or[58] e que, por si sós, já demonstram o perigo da manutenção das suas idéias, tão mal representadas hoje em dia nas medidas de segurança.

O corpo foi, então, a *catacrase* do biopoder, e, mesmo não se podendo assim pronunciar, afirma-se equivocadamente ter passado a existir entre aquele e este uma *metonímia*. E o equívoco advém da *silepse de gênero* inscrita na discordância entre os valores que deveriam ser observados naquele, é dizer, sua substantivação, e a adjetivação imposta neste. Nesse diálogo, portanto, existe uma *elipse* representada pela omissão de toda uma oração, melhor seria dizer, de todo um discurso que teima em subliminarmente imiscuir-se na vida das pessoas dando a falsa sensação *prosopopéica* de que os corpos das pessoas, tornados inanimados pela medicina, e imóveis pelo poder punitivo possuem uma linguagem e um sentido imanente às pessoas. Infeliz, vetusto e caro engano!

Direito e Medicina se apropriaram do corpo, da mente, da alma, da vida das pessoas, do seu presente – *medicalizando-as, encarcerando-as, torturando-as* -, passado – *observando seus cadáveres* -, e futuro – *determinando o que lhes seria melhor, higiênica e saudavelmente, e prescrevendo-lhes*

---

[56] AGAMBEN, Giorgio. *Homo...*, p. 11.
[57] AGAMBEN, Giorgio. *Homo...*, pp. 16-17.
[58] Respectivamente, sobre os mesmos, veja DARMON, Pierre. *Médicos e assassinos na Belle Époque*: a medicalização do crime. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 191, pp. 22 e 247.

o que era proibido. Mas, essa usurpação teve consequências endógenas e exógenas, quase sempre desfavoráveis ao indivíduo.

Exógena foi a influência que o corpo sofreu quando, utilizado como instrumento, serviu ele de exemplo para a teoria da prevenção geral positiva e negativa, neutralizando o ser como fim ao reduzi-lo a um mero meio, como quando nos espetáculos de execução era e é ele exposto, ou quando nele se procurava a razão e o motivo de uma contaminação qualquer, inviabilizante da vida em sociedade.

Endógena se deu quando seu corpo sofreu o influxo da procura pelo ponto diabólico que reverberava sua criminalidade, ou quando nele se observavam quaisquer anomalias, porquanto, para a Medicina "os sintomas no corpo devem [deveriam] ser observados por longo tempo para serem descritos detalhadamente para uma intervenção moral e curativa."[59] No mais, requente-se, graças ao racismo houve um corte interno na vida, decidindo quem deveria viver e quem deveria morrer.[60]

Segundo VERA MALAGUTI BATISTA,

> "O que morre faz com que o bom viva mais puro e mais sadio através de uma relação biológica, de eliminação de perigos internos e externos: 'é a condição para que se possa exercer o direito de matar'. É aí que FOUCAULT compreende o vínculo entre a teoria biológica do século XIX e o discurso do poder com relação à sexualidade, à criminalidade, à loucura, à infância etc."[61]

De sorte que, "no contínuo biológico da espécie humana, o aparecimento das raças, a distinção das raças, a hierarquia das raças, a qualificação de certas raças como boas e de outras, ao contrário, como inferiores, tudo isso vai ser uma maneira de incumbir; uma maneira de defesa, no interior da população, uns grupos em relação aos outros."[62]

Mas, parece prudente insistir nos motivos e razão de como teria sido possível à Medicina apropriar-se do corpo do indivíduo e, depois, da sua vida, e, mais tarde, de toda a população, do seu passado, do seu presente e do seu futuro? E, como teria sido possível ao Direito, mediante o poder punitivo, invadir a esfera corporal e, dela também se apropriando, passar a decidir sobre "o direito de fazer morrer ou de deixar viver"[63]?

"FOUCAULT", requenta VERA MALAGUTI BATISTA,

> "ao trabalhar a guerra como 'gabarito de inteligibilidade dos processos históricos', afirma que um dos fenômenos fundamentais do século XIX foi a 'assunção da vida pelo poder', uma 'estatização do biológico' que se diferencia das soberanias anteriores: se o soberano exercia seu poder pelo

---

[59] BATISTA, Vera Malaguti. *O medo na cidade do Rio de Janeiro*: dois tempos de uma história. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2003, p. 152.
[60] Mais em BATISTA, Vera Malaguti. *O medo...*, pp. 156-157.
[61] BATISTA, Vera Malaguti. *O medo...*, p. 157.
[62] BATISTA, Vera Malaguti. *O medo...*, p. 156.
[63] FOUCAULT, Paul-Michel. *Em defesa...*, p. 162.

> direito de matar, uma das revoluções do direito político do século XIX seria 'o poder de fazer viver e de deixar morrer'."[64]

Ora, continua VERA MALAGUTI BATISTA,

> "nos séculos XVII e XVIII aparecem as técnicas e dispositivos de poder centrados no corpo, na tecnologia disciplinar que instituía a 'distribuição espacial dos corpos individuais' (postos sob vigilância asilar, penitenciária, médica etc.) para enquadrá-los e hierarquizá-los: aparece, análoga à visão médica, uma visão jurídica, a do contrato social constituído em poder soberano, forçado pelo 'perigo ou pela necessidade' para proteger a vida. FOUCAULT afirma que na segunda metade do século XVIII surge uma outra tecnologia de poder que não destitui a anterior mas que a incorpora e amplia. Ela se dirige ao *homem-espécie*, não mais apenas ao *homem-corpo* mas à multiplicidade dos corpos individuais que devem ser 'vigiados, treinados, utilizados, eventualmente punidos'. Se a primeira tomada de poder foi feita sobre a individualização do corpo, ela agora é dirigida a uma massa global: o processo que ele denomina 'biopolítica' da espécie humana 'trata-se de um conjunto de processos como a proporção de nascimentos e dos óbitos, a taxa de reprodução, a fecundidade de uma população etc... primeiros objetos de saber e os primeiros alvos de controle dessa biopolítica'; a doença aparece como fenômeno de população."[65]

Bem. A Medicina, após inventar o patológico, o anormal, apresentou-se como técnica[66] inacessível – *pois, revela VERA MALAGUTI BATISTA, "são as influências científicas nos processos biológicos e orgânicos que tornarão a medicina uma 'técnica política de intervenção, com efeitos de poder próprios'"*[67] -, e única capaz de normalizá-lo, entregando felicidade ao indivíduo. O Direito, por sua vez, com o exercício do poder punitivo, imprescindiu do uso das normas para veicular seu discurso pseudoprotetivo. É dizer, imantados pela presença do Estado, que viu em ambos a vereda confortável que levaria à manutenção e à ampliação da sua posição como dominador, Direito e Medicina convergiram em suas intenções usando, para tanto, o denominador comum da *norma*, que, em última medida, ainda que inconscientemente, repousa na falsa sensação de que não há mais motivo para se ter *medo*.[68] Aquela relação muita vez espúria, portanto, entre Medicina e Direito explora e se constrói sobre a luta pelo assenhoreamento do saber e do poder sobre o medo.[69] *Norma* para um, como *normalização*, *norma* para outro, como *normatização*, mas, sempre, *norma*. Essa foi a *ceteris paribus* que possibilitou o conúbio celebrado pelo Estado entre Direito e Medicina, cuja prole mais infeliz foi – *e ainda não estaria sendo?* -, o positivismo.

---

[64] BATISTA, Vera Malaguti. *O medo...*, p. 155; enquanto que, na fonte, FOUCAULT, Paul-Michel. *Em defesa...*, p. 164.
[65] BATISTA, Vera Malaguti. *O medo...*, p. 153; e, na fonte, FOUCAULT, Paul-Michel. *Em defesa...*, p. 166.
[66] Mas, segundo FOUCAULT, Paul-Michel. *Em defesa...*, p. 296: "...mediante um poder que não é simplesmente proeza científica, mas efetivamente exercício desse biopoder político que foi introduzido no século XIX...".
[67] BATISTA, Vera Malaguti. *O medo...*, p. 156.
[68] BATISTA, Vera Malaguti. *O medo...*, p. 153: "FOUCAULT nos fala de um medo que surge no meio do século XVIII, formulado em termos médicos mas animado por um fundo moral. Este medo, *metáfora do assombro* do horror medieval, vem das fantasias geradas pelas casas de internamento. 'Bem antes de formular-se o problema de saber em que medida o desatino é patológico tinha-se constituído no espaço do internamento e por uma alquimia que lhe era própria, uma mistura entre o horror do desatino e as velhas assombrações da doença'. É este medo que conduzirá ao aparecimento de, segundo FOUCAULT, um dos grandes temores do século XIX, a *degeneração*."; no original, FOUCAULT, Paul-Michel. *História da loucura*: na idade clássica. *In* Estudos. São Paulo: Perspectiva, 2008, n. 61, p. 355.
[69] Escudando-se em ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Curso de Criminologia*. Rio de Janeiro: UCAM, mimeo, 2000 *apud* BATISTA, Vera Malaguti. *O medo...*, p. 146.

Mas, o que fazer diante de eventuais desvios e desobediências? Era preciso *restabelecer a ordem*. Para isso, era preciso convocar-se uma agência mais rápida, arbitrária e próxima do corpo, cuja função e atuação imediatas e desburocratizadas impediriam a expansão da rebeldia corporal contra a vontade estatal. Essa função era a policial. No início, a Medicina se valeu da polícia médica para instituir um

> "novo poder que se arma trabalha[ndo] basicamente em duas frentes: uma associada à idéia de saneamento e urbanização, e outra dirigida ao exercício da medicina, à hegemonia do poder de curar. A Intendência Geral de Polícia, criada em abril de 1808, já conjugava o policiamento em si com o *zelo pela saúde da população*; a guarda real se encarregava de tarefas relativas a aterros, calçamentos, encanamentos etc."[70]

Enquanto que o poder punitivo da mesma se utilizou para levar a cabo seu arbítrio evolucionista. Hoje, mantidas as funções e alterados em pequena medida os objetivos, ambos, Medicina e Direito se utilizam da polícia para justificar as medidas de segurança, *v. g.*, o que já não é pouco.

Mas, como explicar, então, que a norma viabiliza a atuação estatal excepcional, decidindo quem vive e quem morre se esta decisão reflete um ato, repita-se, de *exceção* que, em toda medida, contraria o *normal*, a *regra*?

Bem. Sobre isso escreveu AGAMBEN, que:

> "O caso de exceção torna evidente do modo mais claro a essência da autoridade estatal. Aqui a decisão se distingue da norma jurídica e (para formular um paradoxo) a autoridade demonstra que não necessita do direito para criar o direito... A exceção é mais interessante do que o caso normal. Este último nada prova, a exceção prova tudo; ela não só confirma a regra: a regra mesma vive só da exceção... Um teólogo protestante que demonstrou de que vital intensidade seria capaz a reflexão ainda no século XIX, disse: 'a exceção explica o geral e a si mesma...'."[71]

De sorte que seria mais correto, então, inverter-se a equação para se dizer que: "*A norma se aplica à exceção desaplicando-se, retirando-se desta...* Neste sentido, a exceção é verdadeiramente, segundo o étimo, *capturada fora (ex-capere)* e não simplesmente excluída."[72]

Aqui, portanto, não seria aberrante traduzir *exceção* por *excesso*, visto que: "Diante do excesso, o sistema interioriza através de uma interdição aquilo que o excede e, deste modo, 'designa-se como exterior a si mesmo' (BLANCHOT, 1969, p. 292)."[73, 74]

Assim, o Estado pôde, excluindo os desinteressantes ao mercado de trabalho, incluí-los – *posto que se deve chamar de* "relação de exceção *a esta forma extrema da relação que inclui alguma*

---

[70] BATISTA, Vera Malaguti. *O medo...*, p. 161.
[71] AGAMBEN, Giorgio. *Homo*..., p. 24.
[72] AGAMBEN, Giorgio. *Homo*..., p. 25.
[73] AGAMBEN, Giorgio. *Homo*..., p. 26.
[74] Embora, em outra passagem, AGAMBEN, Giorgio. *Homo*..., p. 26: "Na exceção soberana trata-se, na verdade, não tanto de controlar ou neutralizar o excesso, quanto, antes de tudo, de criar e definir o próprio espaço no qual a ordem jurídico-política pode ter valor."

coisa unicamente através de sua exclusão"[75] -, nas instituições totais ou na contabilidade dos matáveis, usando, para tanto, as agências policiais punitivas e médicas, mas, sempre, agências policiais, ou, quando menos, *funções policiais*.

E o Estado se valeu, repita-se, da estatística - *médica e policial* -, criada para atender mesmo seus interesses, a princípio, logo após a metade do século XVII, e que, ganhando foros de ciência vai contabilizar, mediante probabilidades, as taxonomias, também as corporais, cuja redundância no afastamento do leigo quanto ao que acontece e acontecerá com o seu corpo, viabiliza a aproximação da Medicina como instância técnica inalcançável a ele. Por outro lado, as idéias evolucionistas de CHARLES ROBERT DARWIN, como visto acima, que eclodiram na metade do século XIX, também iriam influenciar a Medicina que via na teoria da seleção natural a arma que faltava para justificar e remarcar as diferenças entre mulheres e homens[76], afro-descendentes e brancos, anormais e normais, doentes e sadios, e, assim, abocanhar um pouco mais de reconhecimento, expressão e terreno. Estatística e seleção natural, portanto, matematicamente providenciaram e prepararam o campo para, em nossa materialidade histórica tardia, pontua VERA MALAGUTI BATISTA, "o projeto eugênico do biopoder, obra de arte do nazismo e da medicina genética do capitalismo tardio" que

> "recolhe sua força das políticas de saúde de massa, na regulação das 'fragilidades e anomalias biológicas' pela medicina e higiene social. O problema da loucura no século XIX era como caracterizar uma *patologia* que não se caracteriza por lesões anatômicas. Uma das saídas possíveis foi a incorporação das idéias que se introduziram nas ciências naturais de origem e evolução: 'ambas se inscrevem na episteme da *história* que se destacou, como disse FOUCAULT, como o modelo forjador da modernidade'."[77]

Pois bem. Já tínhamos a inacessibilidade da tecnificação médica, a força do poder punitivo, a norma, a polícia, a estatística e a seleção natural. Agora, já se podia contar com a classificação, a repressão e a disciplina corporal nacionais. Mesmo porque, "as representações das áreas fronteiriças do corpo... alertam para o perigo dessas fronteiras que, desprotegidas, impõem a entrada do caos. 'Estabelecer categorias e policiá-las é, portanto, assunto sério'."[78]

De sorte que, repita-se, estatística e seleção natural viabilizaram a economia do corpo vazada em uma burocracia que atravancava a liberdade de viver como se desejasse, sendo possível apenas viver de acordo com um paradigma estatal previamente determinado, cujas consequências matemáticas e métricas podem ser acompanhadas seguindo o que escreveu VERA MALAGUTI BATISTA, *i. e.,*

---

[75] AGAMBEN, Giorgio. *Homo*..., pp. 26 e, literalmente, 29: "...a exceção é... uma *exclusão inclusiva* (que serve, isto é, para incluir o que é expulso)."
[76] Para saber mais, veja BATISTA, Vera Malaguti. *O medo...*, p. 147.
[77] BATISTA, Vera Malaguti. *O medo...*, p. 154.
[78] BATISTA, Vera Malaguti. *O medo...*, p. 147.

> "esta tentativa de mapear, esquadrinhar, classificar através da observação, mensuração e comparações, viria a se cristalizar na *frenologia* (arte de medir o caráter pelas medidas do crânio) e a *fisiognomonia* (medir o caráter pela aparência facial), que abriria caminho para a criminologia lombrosiana décadas mais tarde. O que aí se gestava na ciência, seguia as pegadas da observação dos hereges, das feiticeiras, da construção de um discurso científico que abriria caminho para dispositivos jurídicos de demarcação e eliminação do mal."[79]

Então, "este processo", o do controle pela biopolítica "produz as preocupações com a higiene pública, com a centralização das informações, sua normalização e coordenação, com as pedagogias da higiene e com a medicalização."[80]

De sorte que, com arrimo na estatística, ciência cuja função, requente-se, foi originalmente voltada em favor do Estado, este, necessitando controlar seus súditos, via nela a chance de poder não só arrolar a situação atual dos corpos domesticáveis, senão, a oportunidade de escandir e preparar previamente seus planos censitários, e de controlá-los, pondo estes em prática, no momento oportuno, surgindo, assim, a higienização.

> "a medicina, como a teoria do direito, terá [teve] que lidar com um 'novo corpo', múltiplo; a população como problema político, biológico e científico. Esta biopolítica implanta novos mecanismos, pensados na categoria do tempo, da duração, em série: previsões, estatísticas, mediações. Esses mecanismos visam a *maximizar forças* e *extraí-las* não mais na perspectiva somente do corpo individual mas nos *estados globais de equilíbrio*, de regularização do corpo-espécie; assegurando não só uma disciplina, mas uma regulamentação que pode incidir sobre a multidão urbana trabalhando sua espacialidade, sua poupança, sua velhice, sua higiene, sua sexualidade."[81]

Continuando. No realismo marginal brasileiro, desde a colônia, passando pelo império, até hoje, segundo VERA MALAGUTI BATISTA, ancorando-se em GIZLENE NEDER e NILO BATISTA, "o controle social penal" foi "'realizado dentro da unidade de produção' num 'poder punitivo que se exerce sobre o corpo de sua clientela'".[82]

Naquele tempo, a apropriação do corpo era feita fisicamente, mediante a imposição de marcas plasticamente indeléveis, cuja visibilidade classificava e revelava uns em cotejo com outros.[83]

Ademais, esclarece VERA MALAGUTI BATISTA, "até o final do século XIX o discurso jurídico-policial e o discurso médico se entrelaçariam para criar a criminologia" ciência nova que, naqueles idos, e antes deles, vincularia poder punitivo e Medicina para, citando NILO BATISTA, "estabelecer-se a disposição e os dispositivos de cura contra os hereges. Ainda que a cura fosse a morte."[84]

Cura e morte essas determinadas pelos juízes eclesiásticos e exercidas sobre o corpo que, durante a Inquisição, precisou "de um cirurgião para a descoberta do *punctum*

---

[79] BATISTA, Vera Malaguti. *O medo...*, pp. 152-153.
[80] BATISTA, Vera Malaguti. *O medo...*, p. 155.
[81] BATISTA, Vera Malaguti. *O medo...*, p. 156.
[82] BATISTA, Vera Malaguti. *O medo...*, pp. 124-125.
[83] BATISTA, Vera Malaguti. *O medo...*, p. 134.
[84] BATISTA, Vera Malaguti. *O medo...*, p. 146.

diabolicum. Colaborando com o trabalho dos juízes, os médicos se transformam na autoridade que estará à frente de uma nova repressão...".[85]

Passados os mais de oito séculos de inquisição, o ponto diabólico precisava ser reencontrado, agora - *e com descoberta mais difícil, porquanto em local escondido* -, sob o signo da doença mental[86] ou da incapacidade para o trabalho.

Mais tarde, é dizer, voltando àquele século XIX, mas ainda perante um projeto medicalizador, "o que a medicina brasileira... enfrentava era então a ameaçadora configuração de uma população negra, índia, majoritariamente mestiça, e portanto inferiorizada, degenerada, patologizada e perigosa. Como *regenerá-la*?"[87]

Sobre isso, e voltando ao projeto higiênico,

> "pode-se afirmar que o processo de medicalização da sociedade, quando 'a medicina investe sobre a cidade disputando um lugar entre as instâncias de controle social', aconteceu na mesma conjuntura em que se erigia a ordem jurídico-penal. São processos concomitantes e análogos, que se intensificam no pós-Independência para dar conta do controle desta nova e pujante categoria: o povo brasileiro."[88]

Nessa época, para a tardia materialidade histórica brasileira, pontua VERA MALAGUTI BATISTA,

> "o discurso jurídico penal e o médico se encontram para um controle regular, efetivo e científico que transitará pelo século XIX até se transformar num discurso específico: a criminologia. Unidos agora pela polícia, o mundo jurídico e o mundo médico voltarão a se dividir, se especializar e se enclausurar nos seus dogmas. As duas corporações ainda hão de lutar no território sombrio da medicina-legal para disputar poder de polícia, que acabará por se constituir num outro mundo, num outro discurso. Mas isso já serão coisas do século XX."[89]

É durante o século XIX que, também, o conceito de saúde sofreu mutações, rompendo com a noção que este detinha na colônia, passando a institucionalizar-se mediante a interferência na população que passou a receber um planejamento e uma execução médica e, simultaneamente, política, higienizando não só os lugares, mas as pessoas, todos necessários à normalização e viabilização governamentais.[90]

E isso se deveu, repita-se, àquele medo de que nos dá conta FOUCAULT, porquanto, em *O medo na cidade do Rio de Janeiro*, ensina VERA MALAGUTI BATISTA que,

> "a cidade malsã, com seus vapores pérfidos, suas ruas de escravos e de medo, seus dejetos à deriva, sua sujeira, começa a constituir-se em preocupação permanente. O medo das multidões, instaurado a partir do Grande Medo de 1790, da Revolução Francesa, se espraia no Império Brasileiro de forma mais difusa, mais vaga e mais insidiosa. No censo de 1849, o Rio de Janeiro

---

[85] BATISTA, Vera Malaguti. *O medo...*, p. 146.
[86] BATISTA, Nilo. A lei como pai. *In Passagens*. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica. Rio de Janeiro, jan. 2010, v. 2, n. 3.
[87] BATISTA, Vera Malaguti. *O medo...*, p. 157.
[88] BATISTA, Vera Malaguti. *O medo...*, p. 160 e, também citando MACHADO, Roberto *et alii*. *Danação da norma*: medicina social e constituição da psiquiatria no Brasil. Rio de Janeiro: Graal, 1978, p. 18.
[89] BATISTA, Vera Malaguti. *O medo...*, p. 162.
[90] Tudo de acordo com BATISTA, Vera Malaguti. *O medo...*, p. 161.

> tem a maior população escrava negra das Américas. O medo dos miasmas se soma ao medo da africanização."[91]

Mas, e quais seriam aquelas coisas do século XX, que se dizia atrás?

Em *O corpo diante da Medicina*, ANNE MARIE MOULIN afirma que:

> "a história do corpo no século XX é a de uma medicalização sem equivalente. Ao assumir e enquadrar um sem-número de atos ordinários da vida, indo além daquilo que fora anteriormente imaginável, a assim chamada medicina ocidental tornou-se não apenas o principal recurso em caso de doença, mas um guia de vida concorrente das tradicionais direções de consciência. Ela promulga regras de comportamento, censura os prazeres, aprisiona o cotidiano em uma rede de recomendações. Sua justificação reside no progresso de seus conhecimentos sobre o funcionamento do organismo e a vitória sem precedentes que reivindica sobre as enfermidades, atestada pelo aumento regular da longevidade. Esse domínio da medicina encontrou o seu limite em uma resistência da população a abdicar de sua autonomia. A multiplicação de suas intervenções, algumas delas tocando a integridade da pessoa, seus modos de reprodução e sua maneira de morer, suscitou a inquietação na própria corporação, que permitiu a seu lado um lugar para a sociedade civil e para as autoridades políticas e religiosas. A história do corpo no século XX é a de uma expropriação e de uma reapropriação que talvez chegue um dia a fazer de cada um o médico de si mesmo, tomando a iniciativa e as decisões com pleno conhecimento de causa. Sonho encorajado pela idéia de uma transparência do corpo, um corpo totalmente exposto, explorado em suas profundezas e, afinal, diretamente acessível ao próprio sujeito."[92]

Sendo assim, não nos parece que estaria certo, ao menos em parte, OLIVIER FAURE quando em *O olhar dos médicos*, explica que:

> "hoje em dia já não nos é possível falar de nosso corpo e de seu funcionamento sem recorrer ao vocabulário médico. Para nós, o corpo é 'naturalmente' um conjunto de órgãos-sede de processos fisiológicos e bioquímicos. Nós designamos e localizamos nossas doenças de acordo com uma geografia e uma terminologia de influência médica, mesmo que não recubram perfeitamente a nosologia oficial. Longe de ser inconsequente, essa terminologia orienta nossa representação e nossa experiência do corpo. O vocabulário técnico que utilizamos nos permite fazer de nosso corpo um objeto exterior com o qual podemos tomar um mínimo de distância e afastar as inquietações que ele nos inspira. Também não resta dúvida de que este quadro analítico condiciona a escuta de nosso corpo e nos torna mais atentos aos distúrbios audíveis pelo médico do que aos demais. Contudo, seria exagerado acreditar que a leitura de nosso corpo seja unicamente uma leitura médica. ...Diversamente do que se poderia acreditar, tais atitudes não são apenas resíduo de crenças irracionais antigas ou sinais de resistência a uma medicina tecnicista e despersonalizante. Com efeito, elas se alimentam amplamente de representações medicais dos últimos dois séculos, que fazem do corpo um organismo dependente de seu ambiente e de comportamentos daquele que o possui. Assim, a visão médica contemporânea do corpo está longe de reduzi-lo a uma série de órgãos, de células e de mecanismos gerados por leis psicoquímicas. A idéia de que a medicina ocidental teria aniquilado, há dois séculos, a existência do enfermo e a autonomia do indivíduo ao despedaçar o corpo e a doença é, sem dúvida, uma visão caricatural. Se o esquema médico tornou-se dominante em nossas maneiras de falar e viver o corpo é, talvez, porque ele é mais complexo do que certo vulgarismo denuncista o tenha afirmado. ...Se a medicina transforma-se no principal guia de leitura do corpo e da doença é porque a ciência médica se elabora no seio da sociedade e como resposta a seus questionamentos, e não num universo científico totalmente subtraído da realidade."[93]

E não nos é possível nos referirmos a nosso corpo sem a intervenção médica por causa de uma intervenção onde a Medicina, apresentando-se como técnica imprescindível, conseguiu impor seu discurso como único capaz de melhorar a vida das pessoas. Aqui, o cão rotaciona atrás da própria calda, pois, não foi a presença da Medicina que justificou e provou

---

[91] BATISTA, Vera Malaguti. *O medo...*, p. 163.
[92] *In* CORBIN, Alain; COURTINE, Jean-Jacques; VIGARELLO, Georges. *História do corpo*: as mutações do olhar: o século XX. 2. ed. 3. v. Petrópolis: Vozes, 2008, pp. 15-16.
[93] *In* CORBIN, Alain; COURTINE, Jean-Jacques; VIGARELLO, Georges. *História do corpo*: da revolução à grande guerra. 2. ed. 2. v. Petrópolis: Vozes, 2008, pp. 13 a 15.

sua imprescindibilidade, senão, foi sua presença que demonstrou sua pujança em um campo onde não prescindível era apenas o respeito à liberdade corporal.

Além disso, ele não está certo porque, em *A história do corpo*, aduzem ALAIN CORBAIN, JEAN-JACQUES COURTINE e GEORGES VIGARELLO:

> "trata-se de um trabalho mais sombrio do que evocado por FOUCAULT: o de um corpo concebido como alvo do poder, objeto tão profundamente investido e modelado por ele que segrega uma visão do mundo e do social. O corpo sujeito a normas é inclusive um corpo 'corrigido', no qual a sujeição física produz uma consciência também ela subjugada. Daí a história dessas disciplinas desenvolvidas no curso dos séculos para tornar os indivíduos sempre mais 'dóceis e úteis', esta lenta construção de influências físicas sempre mais insinuantes, substituindo as apreensões do corpo quase violentas no começo da modernidade por um jogo discreto e 'ininterrupto de olhares calculados'."[94]

A medicina, então, foi e é a grande válvula que, respectivamente, regulava e continua regulando a permanência dos que interessam ao mercado de trabalho e dos que desinteressam a esse, independentemente da condição pessoal de nele estar-se inserido ou mesmo da vontade de a ele se integrar. Infelizmente, essa é uma das suas grandes contribuições, mas, certamente, a menos feliz de todas.

Não bastasse, ela faz uso e é usada pelo poder punitivo que, com suas técnicas militarizadas, apropria-se do corpo, da carne, do osso e do sangue do indivíduo, mas, também, da sua alma, da sua vida nua, matável a um só golpe quando exponha a perigo a regulamentação que poderia pôr a nu um Estado que, eleito e dependendo da vida dos seus súditos, despreza-os não somente perante si, senão, uns perante os outros.

É isso, talvez, o que mais dói, na alma e no corpo dessa gente miserável!

Infelizmente, e, por fim, a quadra não parecesse alvissareira, pois, adverte AGAMBEN, "até que, todavia, uma política integralmente nova – ou seja, não mais fundada sobre a *exceptio* da vida nua – não se apresenta, toda teoria e toda praxe permanecerão aprisionadas em um beco sem saídas, e o 'belo dia' da vida só obterá cidadania política através do sangue e da morte ou na perfeita insensatez a que a condena a sociedade do espetáculo."[95]

---

[94] *In* CORBIN, Alain; COURTINE, Jean-Jacques; VIGARELLO, Georges. *História do corpo*: da renascença às luzes. 2. ed. 1. v. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 12.
[95] AGAMBEN, Giorgio. *Homo...*, p. 19.

1 HISTÓRIA DO DIREITO PENAL[96] E DO DIREITO PENAL MÉDICO

1.1 Uma anamnese com quem redigiu e com quem proferiu o discurso que acasalou Medicina e Direito

Sobre a história do Direito Penal eu poderia dizer o seguinte, e logo explicarei o porquê dessa afirmação.

A despeito de alguém já haver sustentado que, antanho, fora possível sim, uma existência e, até mesmo, uma evolução, além de pré-social[97], social pré-jurídica[98], parece pouco provável que o Direito, como meio compositor de conflitos que, tecnicamente, sempre tentou ser, não tenha se instalado, *pari passu* e, definitivamente, na ilha situada entre o Brasil e a África que DANIEL DEFOE escolheu como estada, por mais de cinco lustros, para o náufrago ROBINSON CRUSOÉ – *"símbolo do capitalista"*[99] *primitivo* -, após o encontro desse com o silvícola SEXTA-FEIRA.[100] Com efeito, enquanto é perfeitamente aceitável que a coexistência de ambos naquela ilha atlântica próxima ao Caribe não autorizaria, por si só, o reconhecimento da presença de uma ordem jurídica formal[101], senão a de uma que, a despeito de rudimentar, já impunha deveres e outorgava direitos, todos recíprocos, a partir da convivência destas personagens já passa a ser imperativa a admissão de que um Direito, inclusive Penal[102],

---

[96] Quem não detiver sua curiosidade sobre a dinâmica histórica da programação criminalizante no Brasil, deverá ler a descortinante e impressionantemente realista obra de ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal brasileiro*: teoria geral do Direito Penal, v. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2003, sobretudo a partir da página 359.

[97] CARRARA, Francesco. *Programa do Curso de Direito Criminal*: parte geral, v. I. Campinas: Lzn, 2002, p. 29.

[98] GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antonio Carlos Araujo. *Teoria Geral do Processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 25.

[99] ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. *In* coleção pensamento criminológico. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2008, n. 15, p. 203.

[100] Nesse sentido, conquanto implicitamente, PETIT, Eugène. *Tratado Elementar de Direito Romano*. Campinas: Russell, 2003, p. 19: "O homem está dotado de uma vontade livre que lhe permite desenvolver suas faculdades naturais. No entanto, em sociedade, essa liberdade está forçosamente limitada pelo respeito à liberdade de outros. Disso resulta a necessidade de regras que garantam a cada membro do corpo social, com uma medida igual, o exercício de sua atividade. A teoria desses princípios constitui o *direito,* em sua acepção mais extensa. A palavra *direito* é derivada, com efeito, de *dirigere,* e implica uma regra de conduta. Considerado desse modo, o direito é o *conjunto* de regras que regem as relações sociais."

[101] Sobre a formalização dos meios de controle social, veja HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Porto Alegre: SAFE, 2005, pp. 412 e seguintes.

[102] Por enquanto, e em atenção ao conteúdo que esta expressão detinha antigamente, prefere-se ainda não alertar para o fato de que ela deve ser interpretada como "poder punitivo", conforme a lição de ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal*: parte general. 2. ed. 1. reimpressão. Buenos Aires: EDIAR, 2002, pp. 4-5, é dizer: "*El uso de la expresión* derecho penal *es equivoco: con frecuencia se la emplea para designar una parte del objeto del saber del derecho penal, que es la ley penal. La imprecisión no es inocua, porque confunde* derecho penal (discurso de los juristas) *con* legislación penal (acto del poder político) *y, por ende,* derecho penal *con* poder punitivo*, que son conceptos que es menester separar nítidamente, como paso previo al trazado de un adecuado horizonte de proyección del primero. ...El sistema orientador que le propone a los jueces debe tener por objeto* contener y reducir el poder punitivo. *El poder punitivo no es ejercido por los jueces sino por las agencias políticas (legislativas) y que el poder jurídico (judicial) no logra contener. El poder de que disponen los jueces es de contención y a veces de reducción.* La función más obvia de los jueces penales y del derecho penal (como planeamiento de las decisiones de éstos), es la contención del poder punitivo. Sin la contención jurídica

adviria inevitável[103] e simultaneamente[104], ainda que sob um formato injusto.[105] Todavia, o reconhecimento de um direito afivelado à sociedade[106], mesmo que composta por dois indivíduos, não admite, ainda, sua consideração sequer como um gérmen do Direito Penal, sendo, mesmo assim, menos seguro dizer que esse - *além de ainda não ter, até hoje, sua paternidade definitivamente reconhecida, pois se uns entendem que ele foi precedido pela religião*[107]*, alguns a ele atribuem uma concepção arrimada, necessariamente, na "natureza humana"*[108]*, enquanto outros, mais otimistas, nele enxergam uma confusão do profano com o religioso*[109] -, como controle social - *dos dominados pelos dominantes* -, pseudo-formalizado, mesmo que bastantemente pouco aperfeiçoado, somente surgiu quando a sociedade percebeu que a prática de certos atos alterava sobremaneira a paz

---

(judicial), el poder punitivo quedaría librado al puro impulso de las agencias ejecutivas y políticas y, por ende, desaparecería el estado de derecho y la República misma."

[103] MOMMSEN, Theodor. *Derecho Penal romano*. 2. ed. Colombia: TEMIS, 1999, p. 88: "*Si en general puede decirse que el orden jurídico del Estado es más antiguo que la ley formulada, esta afirmación es aplicable, ante todo, al derecho penal, que toma su base en la moralidad de la naturaleza humana*."

[104] Contra essa simultaneidade, porque insatisfeito com a mera associação fraterna, exigindo o pressuposto de uma "sociedade civil", CARRARA, Francesco. *Programa...,* pp. 32-33: "Mas tal missão (a do Direito Penal) não podia ser executada pelo indivíduo desagregado, nem mesmo pelos homens reunidos em uma mera associação fraterna constituída no princípio da igualdade absoluta. Ainda aqui, a diversidade de vontades e a paridade do poder tornariam impossível a proibição, a sanção e o julgamento dos fatos humanos; e, por outro lado, a sanção e o julgamento constituem o complemento indispensável da lei moral na parte em que esta regula os deveres do homem para com a coletividade. Esse complemento, apenas a sociedade civil poderia dá-lo."

[105] Abstraindo o pano de fundo temporal do referido romance, *verbi gratia*: "Tábua II – *Si nox furtum factum sit; si aliquis occisit jue caesus esto*" (Se alguém comete um furto à noite, que seja morto e aquele que o matou não sofra nenhuma pena)." *In* MEIRA, Silvio A. B. *A lei das XII tábuas*: fonte do direito público e privado. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972, pp. 72-73.

[106] Religiosamente, cumpre anotar que os mandamentos foram dedicados ao homem, antes mesmo da retirada de uma das suas costelas, logo substituída por carne, havendo, ao menos sob essa ótica impagã uma determinação dirigida a um ser solitário, *i. e.,* uma ordem jurídica pré-evolutiva-social: "E Iahweh Deus deu ao "homem" este mandamento: "Podes comer de todas as árvores do jardim. Mas da árvore do conhecimento do bem e do mal não comerás, porque no dia em que dela comeres terás que morrer... Iahweh Deus disse: "Não é bom que o homem esteja só. Vou fazer uma auxiliar que lhe corresponda... Então Iahweh Deus fez cair um torpor sobre o homem, e ele dormiu. Tomou uma de suas costelas e fez crescer carne em seu lugar. Depois, da costela que tirara do homem, Iahweh Deus modelou uma mulher e a trouxe ao homem." *In A Bíblia de Jerusalém, Gênesis 2.* São Paulo: Paulinas, 1980, pp. 33-34.

[107] CARRARA, Francesco. *Programa...,* pp. 42-43: "O Direito Penal tem a sua gênese e a sua norma numa lei que é absoluta, porque constitutiva da única ordem possível à humanidade, segundo as previsões e a vontade do Criador... As suas demonstrações não derivam da palavra do homem, mas devem ser deduções lógicas da razão eterna, da qual Deus, por admirável inspiração, revelou aos homens o quanto era necessário para regular-lhes a conduta perante seus semelhantes na terra."

[108] O que é necessariamente mais correto, haja vista que a motivação do crime e a sua punição, encontravam hospitalidade mais adequada no instinto humano, pois, a princípio, o homem, desconhecedor de qualquer entidade superior, cometia um ato criminoso em atenção às suas necessidades alimentares, enquanto o ofendido retribuía a ofensa, ou afastava-a, sustentado na mesma necessidade.

[109] Creditando a TOMÁS DE AQUINO, por sua *Suma Teológica,* parte dessa confusão, ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias...,* p. 49: "Para TOMÁS DE AQUINO, existia certamente um direito divino – ou lei eterna – que emanava diretamente da razão de Deus e, portanto, só por este e pelos santos entendíveis, mas também existia um direito natural mais intelígível e que participava do eterno. A justificativa do poder se baseia na suposta existência desse direito natural, da qual derivaria o direito humano e, com ele, o delito, visto como uma violação a esse direito natural que determina que se deve praticar o bem e evitar o mal. A associação entre delito e pecado é absoluta, mediante este 'direito' que compreendia o espiritual e também, e sobretudo, o terreno. O delito seria, pois, uma demonstração do estado em pecado e, além disso, seria algo 'anti-natural' (pois a tendência natural seria a de fazer o bem e quem comete um delito faria o mal). Em todo caso, é desta forma que a noção de delito ingressa nos pensamentos ocidentais."; também, SOLER, Sebastian. *Derecho Penal argentino*, v. I. 5. ed. 11. reimpressão. Buenos Aires: TEA, 1999, pp. 62-63: "*El problema que en este punto se plantea no consiste en destacar una forma externa de reacción, sino en buscar las raíces profundas de lo que después há venido diferenciándose como Derecho Penal. Para ello, lo más importante es relacionar la idea de Derecho Penal con la de lo prohibido en grado supremo. Esta idea se muestra en la prehistoria constantemente vinculada a un sistema sumamente extendido y complejo, en el cual lo prohibido se confunde en un solo principio mágico, fundamentalmente religioso, al cual modernamente se le ha dado el nombre de prohibiciones* tabú*, tomándose esta palabra de diversos dialectos polinésios*."

comum, do que acreditar que a prática destes mesmos atos incomodava quem dominava o discurso. E isso, notadamente, se deu antes mesmo de alguma imaginação ou percepção humana de uma divindade qualquer, ou, quando muito, arrimada em uma prestidigitação inexplicável, porém, aparentemente, sensível.[110] O que, por si só, já afasta sua inconsistente origem religiosa, evidentemente diante do caráter de alteridade que o Direito Penal possui, inexistente nos comandos não secularizados. E, tanto é assim que, dando-nos conta do seu surgimento, mais tarde, como ramo incipiente do saber jurídico durante o século do humanismo, na época, como Direito, então, Criminal, afirma ANITUA que "a especialização teria a ver com o melhor manejo de uma técnica especialmente complicada."[111]

Todavia, com a percepção, evidentemente falsa, embora não para a época[112], de que os comandos religiosos[113], sozinhos - *e, até hoje, nenhum outro* -, não seriam páreo para o desmantelamento das condutas ditas criminosas[114], ou quiçá fosse melhor dizer, inaceitas - *mormente por condicionarem sua eficácia ao talante de um ser superior*[115] *que, inclusive, podia variar a quantidade, a modalidade e a rapidez do castigo, inclusive para casos idênticos, ao sabor de elementos incompreensíveis*[116]*, porém, incrivelmente inegociáveis*[117] -, é que se passou a solicitar uma resposta

---

[110] O que, à toda evidência, demonstra que não basta a coexistência humana, senão, que é necessária, também, a apreensão do sentido da própria existência, e desta para com pelo menos mais um outro. Parecendo acompanhar essa afirmação, SOLER, Sebastian. *Derecho...*, pp. 61-62: "*La interpretación racional de los fenómenos, tan característica de una cultura evolucionada, basada en la construcción conceptual, no explica claramente los hechos sociales primitivos, porque la cultura del hombre primitivo no estaba construida sobre una base científica, naturalista y experimental, como la nuestra, que descansa, ante todo, en los principios de identidad, contradicción y razón suficiente. La idea de causalidad, tan influyente en todas nuestras actividades, se muestra totalmente rudimentaria, y gran parte de los fenômenos son explicados no por esa ley sino por princípios mágicos... La manera de explicitar las relaciones parece basarse en asociaciones elementales de ideas; la semejanza y la contiguidad desempeñaban la funcion de la causalidad. Diríase que la interpretación de los hechos era totalmente metafórica.*"

[111] ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias...*, p. 77.

[112] ASÚA, Luis Jiménez de. *Tratado de Derecho Penal*, v. I. 5. ed. Buenos Aires: Losada, 1992, pp. 58-59: "*Parece hoy suficientemente demostrado por los estudios etnológicos y sociológicos, que el hombre primitivo no rigió su conducta conforme a los principios de causalidad y de conciencia del yo. La retribución y la magia, de una parte, y la psicología colectiva de otra, configuran la cosmovisión del alma primitiva*."

[113] As etapas da justiça punitiva podem ser assim resumidas, segundo FRANZ VON LISZT: "*a) primera época. Crimen es atentado contra los dioses. Pena, medio de aplacar la cólera divina; b) segunda época: crimen es agresión violenta de una tribu contra otra. Pena, venganza de sangre de tribu a tribu; c) tercera época: Crimen es transgresión del orden jurídico establecido por el Poder del Estado. Pena es reacción del Estado contra la voluntad individual opuesta a la suya*." *In* LISZT, Franz von. *Die Kultur der Gegenwart* (pp. 195-196) *apud* ASÚA, Luis Jimenez de. *Tratado...*, p. 245.

[114] Obviamente, não no sentido das teorias preventivas de há pouco tempo. Mais do mesmo pode ser encontrado em CARRARA, Francesco. *Programa...*, p. 32: "Para completar a atuação da lei da ordem na vida terrena, era mister, portanto, um fato ulterior, em razão do qual a lei moral fosse fortalecida, na Terra, por uma coação e uma sanção sensíveis, a fim de que o preceito moral, que impunha ao homem respeitar os direitos do próximo, não fosse palavra vã, e o mundo moral, presa de contínua desordem, não estabelecesse feio contraste com a ordem que impera no mundo físico. Essa força coatora e repressiva, que a lei moral não possuía em si mesma, não podia ser encontrada senão no próprio braço do homem."

[115] E, justamente, porque não havia, a não ser recorrendo-se à fé, qualquer prova inequívoca de que a pena possuía qualquer ligação com o (a) crime (criminalização) levado a termo (etiquetada).

[116] SOLER, Sebastian. *Derecho...*, p. 62: "*En la producción de los fenômenos se creia ver la directa actuación de fuerzas anímicas misteriosas de las cuales el individuo era un simple ejecutor."; imprecisão esta que, porém, não era desmentida nem mesmo pela certeza da inter-relação entre o precedente e o conseqüente, de acordo com LÉVY-BRUHL: "Esa relación entre el hecho ejecutado y el mal que por él ocurrirá es tan íntima, que tiene una forma perfectamente reversible: si se viola el tabú ocurrirá la desgracia x; si ocurre tal hecho desgraciado es que fue violado el tabú x*." *apud* SOLER, Sebastian. *Op. cit.*, p. 64.

[117] Nesse sentido, LÉVY-BRUHL e FAUCONNET, citados por SOLER, Sebastian. *Derecho...*, pp. 64-65: "*La infracción engendra sus consecuencias independientemente de las intenciones del agente, y de manera, diríamos, automática*."

que, embora rigorosa em excesso[118], principalmente sob o ponto de visada da pacificação, atendia aos anseios da rapidez e da certeza[119] de que o criminoso[120] - *que podia, inclusive, ser protagonizado por um objeto, algo imaterial ou mesmo por um animal*[121]-, estava pagando pelo que havia feito[122], ou não, na hipótese, sempre corrente na ocasião, em que terceiros, malgrado alheios ao fato eram também reputados criminosos[123], respondendo por um resultado para o qual não haviam sequer contribuído.[124] Somente depois de algum tempo é que o Direito Penal - *que ainda prefiro não chamar de poder punitivo* -, rudimentar, atentando para a necessidade – *sonegada ou não percebida, de mantença de braços guerreiros e de mão de obra* -, de que o castigo incidisse, exclusivamente, sobre a pessoa do criminoso – *então, passado a único responsável*[125] -, permitiu à

---

[118] E, aqui, sequer se está falando, ainda, na pena de talião, onde se proclamava a conhecida fórmula do *olho por olho, dente por dente, mão por mão* que, em toda medida, malgrado seu atual paradoxo, naquele contexto dito evolutivo representou sim, um avanço na humanização das penas. Se não, vejamos o que diz SOLER, socorrendo-se, implicitamente, dos ensinamentos de von HIPPEL que interpretou o talião "*como el paso a la pena pública": "El sistema talional, supone la existencia de un poder moderador y, en consecuencia, envuelve ya un desarrolho social considerable. Por él la venganza se limita en una cantidad exactamente equivalente al daño sufrido por el ofendido: ojo por ojo, diente por diente, según la enunciación de la ley mosaica*." *In* SOLER, Sebastian. *Derecho...,* pp. 66-67, e nt. 24.

[119] ASÚA, Luis Jimenez de. *Tratado...,* pp. 240-241: "*Parece hoy suficientemente demostrado por los estudios etnológicos y sociológicos, que el hombre primitivo no rigió su conducta conforme a los principios de causalidad y de conciencia del yo. La retribución y la magia, de una parte, y la psicología colectiva de outra, configuran la cosmovisión del alma primitiva... Nos es incorrecto llamar a esas prohibiciones las leyes de los dioses que no deben ser infringidas. La penalidade, por la desobediencia de esos mandatos tácitos, es el retiro del poder protector de la divinidad... Busquemos ahora la causa y origen de ese temor a los dioses y al terrible tapú al que dan poder. Esa causa puede expresarse brevemente: era el hecho de que las ofensas contra los dioses se castigaban en este mundo, no en el porvenir de los espíritus*."

[120] Sobre a diferença entre criminoso e criminalizado, BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*: introdução à sociologia do Direito Penal. *In* coleção pensamento criminológico, n. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2002, pp.. 85-86: "...pelo menos dentro de certos limites, a adesão a valores, normas, definições e o uso de técnicas que motivam e tornam possível um comportamento 'criminoso', são um fenômeno não diferente do que se encontra no caso do comportamento conforme à lei. A distinção entre os dois tipos de comportamento depende menos de uma atitude interior intrinsecamente boa ou má, social ou anti-social, valorável positiva ou negativamente pelos indivíduos, do que da definição legal que, em um dado momento distingue, em determinada sociedade, o comportamento criminoso do comportamento lícito."; de outro lado, tão crítico quanto cético, HASSEMER, Winfried. *Introdução...,* pp. 105-106: "O problema central do *labeling approach* reside justamente no setor cujo domínio ela reclama para si: esta teoria, que se compreende como sociológica (criminal), emprega suas questões críticas a um ponto no qual entram em jogo as explicações sociológicas. Se pronunciássemos a criminalidade como resultado de uma definição, então seria de total relevância saber sob quais pressupostos se define alguém como criminoso."

[121] A imaturidade desse regime pode ser descortinada na seguinte passagem de ASÚA, Luis Jimenez de. *Tratado...,* p. 242: "*Se es responsable por el mero efecto dañoso y no importa que el sujeto haya quebrantado las prohibiciones conciente o inconcientemente. El tabú violado exige la expiación. Y como debe purificarse el ambiente del malefício, también los objetos inanimados y las bestias deben responder del mal que produjeron*."

[122] SOLER, Sebastian. *Derecho...,* p. 65: "*La responsabilidad no es siempre individual y ni siquiera exclusivamente humana. No consiste en una relación entre el sujeto y su acción, sino en un estado, en una impureza, atribuible tanto a un hombre, como a un animal, como a una cosa*."; enquanto ASÚA, Luis Jimenez de. *Tratado...,* p. 242: "*Y como debe purificarse el ambiente del malefício, también los objetos inanimados y las bestias deben responder del mal que produjeron*."

[123] ASÚA, Luis Jimenez de. *Tratado...,* p. 245: "*Una forma de éste es el castigo en la persona de los siervos*".

[124] Era, pois, corriqueiro, infelizmente, que, muita vez, toda a família do condenado custeasse sua falta, consubstanciada em um crime, então, espraiado a todos. Nestes termos, elucidativo SOLER, Sebastian. *Derecho...,* pp. 62 e 65: "*Por otra parte, la clara separación de los individuos entre si, como entidades autónomas, autoconcientes, no parece asumir esa importância típica de nuestro tiempo; el individuo recibe sus características del grupo, clan o tribu a que pertenece, y el hecho por él ejecutado no tiene el sello de una obra individual, propria, sino colectiva. La reacción determinada por la lesión no cae sobre un individuo sino sobre todos aquellos que corresponden al mismo grupo... La responsabilidad no es siempre individual... La infracción producida por un individuo de determinado totem podia ser vengada contra cualquiera perteneciente al mismo totem*."; estranhamente, e aqui deve ser perdoada a ironia, a programação criminalizante primária brasileira, séculos mais tarde, repetiu os mesmos erros, a que tivemos notícia graças à impagável obra de ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...*, v. I, especialmente pp. 359 e seguintes.

[125] Obviamente, aqui não se estão considerando os crimes praticados em concurso, ou seja, fática ou dominialmente por mais de uma pessoa.

tribo e, de corolário, à família do condenado o direito de serem absolvidos de com ele custear um concurso apenatório que, inclusive, desconhecia limites sanguíneos atingindo, quase sempre, mesmo os parentes mais distantes[126], o que se dava mediante um abandono noxal.[127] No dizer de ANITUA,

> "não havia uma reação pública diante do dano, mas sim aquele que afirmava tê-lo sofrido devia indicar o suposto responsável como adversário. Em todo caso, o grupo respondia ao dano - e à denuncia do dano -, mediante a perda da paz do ofensor que, assim, era expulso da comunidade e ficava à mercê da reação da vítima ou da família da vítima. Isso nem sempre significava que ocorreria a morte. Na verdade, os afetados costumavam exigir uma compensação. Tal contraprestação econômica soía resolver o conflito."[128]

Contudo, isso não equacionou a questão de um Direito Penal brutal que teimava em pairar, incisivamente, sobre as sociedades antigas, sobretudo retribuindo um mal com outro igual ou superior.[129] Havia, ainda, o problema probatório a ser resolvido, entregue durante até bem pouco tempo a todo matiz de julgadores, incluindo-se nesse rol desde deuses, semi-deuses[130] e, o que é pior, entregue à propria composição física do condenado, ou à propria natureza[131], mediante o manejo de fórmulas messiânicas, duelares, esportivas, ou mesmo

---

[126] Castigo que acontecia quando um indivíduo, que não pertencesse à tribo, perturbava esta, um ou vários de seus membros. Nesse sentido, ASÚA, Luis Jiménez de. *Tratado...*, p. 242: "*...aparece sobre todo, como un combate contra el extranjero y contra su gens, como una* venganza de sangre *que se ejerce de tribu a tribu, como* venganza colectiva*, que termina con la desaparición de una de las dos partes contendientes.*"

[127] SOLER, Sebastian. *Derecho...*, pp. 67-68: "*Correspondiendo a las primitivas formas colectivas de venganza, parece admisible la hipótesis de que la expulsión de la paz constituye también un progreso hacia la individualización de la pena. Según este modo de interpretar la institución, la tribu, al retirar su protección al autor del delito, lo deja librado a la venganza del ofendido y de los suyos; pero al mismo tiempo queda ella libre, por medio de esta espécie de abandono noxal, de que la persecución recaiga sobre otros miembros de la colectividad. La expulsión de la paz representaria así un paso torpe y rudimentario, lo mismo que el talión, hacia la limitación de la venganza en su sentido extensivo.*"

[128] ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias...*, pp. 43-44.

[129] Paradigmático quanto a isso, ASÚA, Luis Jimenez de. *Tratado...*, pp. 244-245: "*El desenvolvimiento posterior de la pena nos muestra con la aceptación de domicilio fijo y el conseguiente relajamiento de la tribu propiamente dicha, la dulcificación de la reacción aniquiladora dirigida contra el criminal, que originariamente, careciendo de medida y de finalidad, era impetuosa y violentíssima... Entonces la gravedad de la pena infligida por el Estado, comienza a graduarse por la gravedad de la lesión jurídica. La idea eclesiástico-religiosa del Talión (ojo por ojo, diente por diente), da al instinto de venganza una medida y un objeto. El talión no es pena, como creyó Lardizábal que lo incluye entre lo géneros de ésta. Talión es, según San Isidoro: "La similitd en la venganza, a fin de que cada uno padezca talmente como lo hizo*".

[130] COULANGES, Fustel. *A cidade antiga.* 4. ed. 2. tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2000, pp. 133: "Os deuses tomavam muitas vezes forma humana, e mostravam-se aos mortais. Algumas ocasiões vinham assistir às suas lutas e tomar parte nos seus combates...", na maioria das vezes, obviamente, decidindo-os, e, não menos obviamente, de forma fantasiada.

[131] Em introdução à obra de EUGENIO FLORIAN. *De las pruebas penales*, v. I. 3. ed. 4. reimpressão. Colômbia: Temis, 2002, pp. 21-22, escreve PIETRO FREDAS: "*Sembrado de espinas, empapado de sangre y regado de lágrimas se nos presenta el largo camino que las pruebas penales tuvieron que recorrer en los diversos pueblos, siempre, como es bien sabido, en medio del constante vaivén de las condiciones sociales, políticas y sobre todo sicológicas de las naciones. Considerada en su más íntimo significado, la evolución externa de los hechos sigue y refleja la evolución interna de los sentimientos y las concepciones ideológicas que sucesivamente van prevaleciendo. Reuniendo idealmente los momentos generales sintomáticos que nos pueden suministrar los testimonios históricos, las formas arcaicas de las pruebas se nos presentan impregnadas de superstición mística o religiosa. Los pueblos primitivos, rudos e inexpertos, desconocedores de las causas de los fenómenos naturales y de los hechos humanos, no podían explicarse el terrible problema del delito, ni vencer las dificultades de comprobar las causas y de descubrir el significado de la delincuencia ni a los reos, problema y dificultades que, si son grandes en nuestros dias, en esos tiempos remotísimos debían aparecer como insuperables. Por lo tanto, se inclinaban o, mejor, se veían llevados a buscar fuera del hombre, en una potencia suprema, alguna solución, en médio de extraordinario estupor. De ahí que solo en la divinidad nuestros lejanos progenitores, impulsados por su fe, podían encontrar socorro y ayuda. Ciertamente no se dirigían a la divinidad porque consideraran el delito como una ofensa contra ella, sino porque el candor de su fresca imaginación los llevaba a pensar que las potestades divinas podían descubrirlo todo e intervenir en la contienda para revelar la verdad y proteger al inocente. Así surgieron los juicios de Dios, las ordalías y el juramento del acusado, expedientes empleados con suma frecuencia y con grande crédito entre los pueblos jóvenes.*"

fortuitas, porém, todas tarifadas e objetivas e, o que é pior ainda, de razoabilidade incontrolável pelos interessados, ou por terceiros.[132] Era mister que a sociedade reconhecesse, e isso demorou bastante - *para sermos muito otimistas, pois, ao que parece, a solução ainda não existe ou, quando muito, não é aplicada* -, que o Direito Penal não existe apenas para se auto-proteger, como pretende, felizmente sem sério sucesso[133], convencer JAKOBS[134], senão, que o seu destino, e o da sociedade que tenciona proteger não mais se compadecem com previsões que, desprovidas de uma lógica adequada e plausível entre a conduta e a reação escandida pelas agências políticas e executivas[135], já se encontram *in fieri* falidas, ou em estado não impassivo.[136]

Assim, da objetiva[137] e desproporcional[138] apenação, passando-se pela proporcionalidade da pena[139] e, também, pela pessoalidade[140] desta - *todas ilegítimas* -, após a indelével intromissão estatal[141] chegou-se, atualmente, ao entendimento de que, embora alterada a função[142] do Direito Penal[143], os meios de obter sua otimização ou arrefecer os

---

[132] MONTANELLI, Norberto. *Responsabilidad criminal médica*. Buenos Aires: García Alonso, 2005, p. 26: "*Las malas praxis eran atribuidas a desgracias o fatalidades del destino, ya que la medicina era considerada un sacerdocio; apuntalado por un "statu quo" dentro de ese grupo social con absoluto privilegio, aunado a un ejercicio profesional "irrestricto" dentro de la hasta entonces "ciencia-arte", liberada absolutamente de toda posibilidad de ser observada y mucho menos juzgada por sus pacientes*."

[133] Pois, em certa medida, o professor alemão não está totalmente errado, conforme denuncia a teoria da prevenção geral positiva fundamentadora, à qual ele adere em parte. Sobre isso, veja BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte geral, v. 1. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 90 e seguintes.; por sua vez, falando em prevenção de integração, HASSEMER, Winfried. *Introdução...*, p. 423.

[134] JAKOBS, Günther. *Derecho Penal*: parte general, fundamentos y teoría de la imputación. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, pp. 13-14.

[135] Para tanto, consulte ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...*, v. I, *passim.*

[136] Mas, esta questão interessante, atual e importantíssima, merece ser melhor estudada nas obras de criminologia, cuja defesa e sustento em nosso país, na pessoa do professor NILO BATISTA, encontra representação invejável, devendo o interessado, necessariamente, não deixar de consultá-las todas, sob pena de, inescapavelmente, dogmatizar-se de maneira arrefecida e cega.

[137] ASÚA, Luis Jimenez de. *Tratado...*, p. 242: "*Se es responsable por el mero efecto danoso y no importa que el sujeto haya quebrantado las prohibiciones conciente o inconcientemente*."

[138] ASÚA, Luis Jimenez de. *Tratado...*, p. 242: "*Cuando las diversas tribus conviven unidas por vínculos de sangre, sobre el mismo territorio, se cambia la forma de la reacción social, apareciendo dos géneros de pena igualmente primitivos: a) El castigo de un miembro de la tribu, que en el interior de la misma ha cometido una infracción contra ésta o alguno de sus miembros; b) Castigo del individuo no perteneciente a la tribu, que ha perturbado la actividad o la voluntad de aquélla o de uno o varios de sus miembros... En el segundo caso aparece sobre todo, como un combate contra el extranjero y contra su gens, como una venganza de sangre que se ejerce de tribu a tribu, como venganza colectiva, que termina con la desaparición de una de las dos partes contendientes*."

[139] Proporcionalidade objetiva que, naquela época, nem sempre respeitava, quantitativamente, a ofensa deflagrada.

[140] Proporcionalidade subjetiva que, naquela época, nem sempre respeitava a pessoalidade, porquanto um crime provocado por um único agente, desde que atingisse duas ou mais pessoas poderia ricochetear em penas que abrangessem idêntico *quantum* de parentes do mesmo.

[141] As etapas da justiça punitiva podem ser assim resumidas, segundo FRANZ VON LISZT: *"a) primera época. Crimen es atentado contra los dioses. Pena, medio de aplacar la cólera divina; b) segunda época: crimen es agresión violenta de una tribu contra otra. Pena, venganza de sangre de tribu a tribu; c) tercera época: Crimen es transgresión del orden jurídico establecido por el Poder del Estado. Pena es reacción del Estado contra la voluntad individual opuesta a la suya*." *In* LISZT, Franz von. *Die Kultur der Gegenwart* (pp. 195-196) *apud* ASÚA, Luis Jimenez de. *Tratado...*, p. 245.

[142] Que, atualmente, comporta, inclusive, transações - que, embora restrinjam algum direito do concordante -, não têm qualquer resquício sancionatório na técnica acepção deste termo, ou mesmo delações premiadas, simbolicamente absolvitórias.

danos advenientes de seu uso precisam, contrabalançando e compensando, amoldar-se a uma sociedade que, partindo do capitalismo industrial migrou para o capitalismo de serviços[144], onde as exigências de quantidade foram substituídas pelas da qualidade, em razão de que "as crises" passaram a adquirir

> "outras formas de manifestações e ameaças, visíveis, por exemplo, na exclusão de milhões de braços do mercado de trabalho (essa força produtiva arcaica e em vias de superação), sobre os quais recai, então, o jugo de um robusto e crescente sistema punitivo, cuja função é 'ordenar' o caos resultante da continuidade dessa forma de sociedade em decomposição."[145]

Mas, esse capitalismo de serviços retrata uma sociedade pós-moderna[146], desservindo, portanto, para revelar a origem do Direito Penal Médico, cujas raízes, inescapavelmente, se deitam em passado bem mais remoto[147], conquanto de um obscurantismo simbólico igualmente penetrante na carne e no osso da sociedade, pois, há tempos, deve-se ser convinhável reconhecer junto com BOURDIEU, "a violência simbólica é uma violência que se exerce com a cumplicidade tácita dos que a sofrem e também, com frequência, dos que a exercem, na medida em que uns e outros são inconscientes de exercê-la ou de sofrê-la."[148]

Do empirismo médico ao cientificismo puro, passando-se, antes, pelo tecnicismo científico, a vinheta, então, das condutas médicas desde a ideologia do Direito e, em particular, desde a do Direito Penal, pode aparecer como um tema recente mas que, em verdade, não foi desprezado pelas civilizações mais antigas[149] que entenderam a importância desta particular tarefa que tem como característica fundamental a de poder afetar bens jurídicos essenciais ao ser humano.[150] Ora, se por um lado no Direito antigo inexistia uma separação – *ao menos ôntica*[151] -, entre o que era Direito Penal e o que era Direito Penal Médico,

---

[143] Apesar de, por boa parte do texto, estar-se falando em pena, porquanto ser impossível desvincular-se a história do Direito Penal da sua conseqüência por excelência - qual sendo, a sanção -, e, mesmo porque, no princípio, e até bem pouco tempo, o Direito Penal era, somente, pena, com esta se confundindo, evidentemente, não se deve confundi-la, hoje, com o próprio Direito Penal, tratando-se a mesma de uma mera faceta do poder punitivo, enquanto aquele, muita vez, cuida de outros institutos diversos da pena em si, como é de sabença cediça.

[144] Mais do mesmo pode ser visitado em TAVARES, Juarez Estevam Xavier. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, pp. 185-186; veja, também, CABRAL, Juliana Maria Diniz. *Os tipos de perigo e a pós-modernidade*: uma contextualização histórica da proliferação dos tipos de perigo no Brasil comtemporâneo. Rio de Janeiro: Revan, 2005, *passim.*

[145] MENEGAT, Marildo. *O olho da barbárie*. *In* coleção trabalho e emancipação. São Paulo: Expressão Popular, 2006, pp. 33-34.

[146] CABRAL, Juliana Maria Diniz. *Os tipos...*, passim.

[147] Sobretudo, após a veiculação das experiências médicas conduzidas pelos médicos nazistas da segunda guerra mundial.

[148] BOURDIEU, Pierre. *Sobre a televisão*: seguido de a influência do jornalismo e os jogos olímpicos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997, p. 22.

[149] CUMPLIDO, Manuel José. *Consentimiento informado*: derecho médico, evolución histórica desde la antigua Grecia a la actualidad, aspectos jurídicos y legales nacionales e internacionales, teoría del consentimiento informado, información al paciente. Córdoba: Mediterránea, 2005, p. 26: "*En la antigua Grecia las personas que se dedicaban a curar las enfermedades dejaron de ser empíricos para convertirse en técnicos, cuando lograron dar a los demás una explicación al porqué y para qué de seu hacer. Es decir, cuando la práctica empezó a sustentarse sobre los conocimientos científicos*."

[150] CHAIA, Rubén A. *Responsabilidad penal médica*. Buenos Aires: Hammurabi, 2006, p. 17.

[151] *Mutatis mutandis*, nesse sentido, *verbi gratia*, escreve BATISTA, Nilo. Um réquiem para Leide. *In Punidos e mal pagos*: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 54: "... à míngua de uma qualificação pelo resultado morte no artigo 26 ou de um tipo autônomo de 'morte por radioatividade', temos que

esta já se fazia presente, eventualmente, nesta ou naquela regra prescritiva voltada, exclusivamente, para a proteção do paciente[152], ou, mais rudimentarmente, do submisso-cliente-consumidor. Se bem a medicina foi considerada, em princípio, como uma questão de caridade, de beneficência ou como meio de procurar o bem estar público, isolando e controlando os enfermos, vetores de um perigoso contágio, a prática médica se assemelhava mais a uma arte que a uma profissão, a tal ponto de elevar à categoria de sacerdotes aqueles que a exerciam, o que não impediu a compilação, durante anos, de regras em relação com a forma de proceder que ao serem contrariadas traziam aparelhados severos castigos que incluíam a pena de morte.[153] Com efeito, em uma época em que a medicina se traduzia e vazava em sortilégios, o feitiço mal conduzido se voltava contra o feiticeiro, podendo dar azo a uma morte certa do interventor, contra uma eventual do submetido. Contudo, mesmo antes de qualquer prescrição normativa propriamente legislada - *ainda que pouco elaborada*[154] -, desenvolveu-se nas sociedades primitivas - *mas não mediante atos criminosos dos adivinhos, sacrificadores*[155]*, exorcistas, pajés* etc.[156]*, que, exercendo a função de mágicos*[157] *ou feiticeiros*[158]*, depois, de*

---

recorrer ao crime comum contra a vida. O homicídio, obviamente não intencional e sim culposo, de Leide e sua tia não se diferencia em nada daquele que teria ocorrido se uma substância venenosa qualquer houvesse sido negligentemene abandonada numa lixeira habitualmente vasculhada ou vasculhável (nessa última distinção, o grau de culpa). Efetivamente, parece que os responsáveis pela clínica radiológica estão mais próximos da linha de imputação desses homicídios (em concurso formal, pois uma só ação produziu mais de um resultado criminoso - artigo 70 do Código Penal), embora, consoante seus deveres para com a guarda do produto radioativo, não escapem desde logo ao artigo 26." O que está se tentando afirmar é, tão somente, a inexistência antiga de a ausência de um reconhecimento legislativo - primitivo, obviamente, e, por isso, destoante do modelo atual -, que segregasse Direito Penal e Direito Penal Médico, o que, todavia, não significa que muitas daquelas regras, como a apropriação indébita pelo médico, por exemplo, não fossem aplicadas aos esculápios.

[152] RODRIGUEZ, Jose M. Martinez-Pereda. *La responsabilidad penal del médico y del sanitário*. Madri: Colex, 1997, p. 25: "*Ulpiano – Digesto 9, 2, 7, 8 -: '...si un médico hubiese operado con impericia a un esclavo, compete la acción de locación o la ley de Aquilia'. Lo mismo vale, dice Gayo – Digesto 9, 2, 8 -: 'si hubiese usado mal un medicamento. Sin embargo, el que hubiere operado bien y hubiese abandonado la curación, no estará exento, sino que se considerará reo de culpa*".

[153] CHAIA, Rubén A. *Responsabilidad...*, p. 17.

[154] CHAIA, Rubén A. *Responsabilidad...*, pp. 17-18: "*Diador de Sicilia da cuenta que en Egipto existió un compendio, una especie de protocolo profesional denominado Libro Sacro, el cual compilaba conocimientos y reglas a las que debían atenerse los que practicaban la medicina. A fin de mantener esa tradición, luego de tratar al enfermo y en el supuesto en que este fuera curado, el médico de aquel entonces concurría al templo de Canope o de Menfi, donde se consignaba el curso de la enfermedad, y se procuraba exponer en el Libro Sacro la mayor cantidad de datos obtenidos a partir del caso concreto. Por el contrario, si el resultado era desfavorable el médico debía demostrar haber seguido el temperamento que la regla profesional del Libro Sacro imponía, lo que pone em evidencia la existencia de una verdadera obligación de médios. Si llegaba a verificar-se la muerte del paciente, se presumia la culpa del médico cuando este había violado las reglas del libro y, en ese caso, el proprio curador era condenado a muerte. En Grecia, la responsabilidad médica se concibió bajo un riguroso control ejercido desde la ética del juramento hipocrático, emblemático punto de referencia que demuestra acabadamente la conciencia de los médicos de la época y la necesidad de autoreglamentar el ejercicio de la medicina, de modo tal que se eliminen o se atenúen los inconvenientes profesionales, técnicos y deontológicos. El Derecho romano también previó y sancionó la responsabilidad médica fundada en el abandono de los cuidados al enfermo luego de una intervención, en la imperícia por haber operado mal e incluso en la inoportuna administración de medicamentos*."

[155] SOURNIA, Jean-Charles. *História da Medicina. In* coleção história e biografias. Sem local: Instituto Piaget, sem data, p. 30: "Muitos deles exercem funções oficias, na corte, no templo, onde se consagram às tarefas de veterinário, apreciando a qualidade dos animais destinados aos sacrifícios ou à alimentação."

[156] SOURNIA, Jean-Charles. *História...*, p. 26: "Na Ásia ocidental... adivinhos, sacerdotes, sacrificadores, médicos, todos eles tratam os doentes."

[157] No Egito, de acordo com SOURNIA, Jean-Charles. *História...*, p. 30: "Alguns clínicos designaram-se a si próprios como médicos-mágicos ou médicos-sacerdotes."

[158] ALVES, Rubem. *O médico*. 7. ed. Campinas: Papirus, 2002, p. 17: "Antigamente, os médicos eram também feiticeiros. 'Mestre, diga uma única palavra, e minha filha será curada...'."

curandeiros[159]*, acumuladas mais tarde com a de sacerdote*[160]*, junto com sua autoridade*[161] *sequer cometiam crimes, mesmo porque toda a sorte ou azar eram creditados a um ser superior ou a algo incompreensível ou inatingível*[162] -, a convicção de que o adivinho e o curandeiro, então exercendo a função rudimentar de médicos - *que só mais tarde se desvinculariam da autoridade advinda da magia e da divindade*[163] -, podiam, simplesmente, errar[164] - *embora sob a função de intervenientes, no caso, incompetentes, de um ser messiânico, esse sim, perfeito* -, recebendo, a partir de então, uma sanção, cuja natureza primeira, como é de sabença cediça, era a pena, inicialmente voltada a aplacar a ira dos deuses.

Antes de continuar, porém, é preciso fazer uma advertência. No início, afirmou-se que se poderia dizer tudo isso sobre o Direito Penal. Poder-se-ia sim. Mas, isso não é importante, ou, quando menos, deveria ser encarado com o devido desconto, porquanto isso é apenas uma história fabricada que tenta a nós ser imposta pelo próprio peso da autoridade que ela - *ou os seus agentes*[165] -, somado o tempo da sua repetição, insiste em possuir. Outrossim, isso é apenas

---

[159] Sobre o curandeirismo em parte da história brasileira, veja SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastore. *Sortilégio de saberes*: curandeiros e juízes nos tribunais brasileiros (1900-1990). São Paulo: IBCCrim, 2004, n. 29, *passim*.

[160] SOURNIA, Jean-Charles. *História...*, pp. 15 e 16: "Diz-se que as medicinas primitivas tomavam muita coisa de empréstimo à magia, antes de se tornarem primeiro sacerdotais e depois científicas. Cada um destes termos mereceria esclarecimentos mais aprofundados, pois a sua conotação pejorativa ou apologética não corresponde provavelmente ao medo milenar do homem perante a doença e o sofrimento. ...Admite-se geralmente que a medicina, a princípio mágica e depois religiosa, se teria tornado pouco a pouco científica, isto é, resultante de observações precisas e racionais fundadas na experimentação."

[161] SOURNIA, Jean-Charles. *História...*, p. 17: "Este 'agente de comunicação' possui o saber ou um dom e desfruta de uma autoridade sobre o clã ou a tribo devido à sua fortuna ou por hereditariedade. Torna-se o 'parlamentar', designado ou eleito, e desempenhará o papel de sacerdote ou de médico, por vezes de ambos."

[162] NAVA, Pedro. *Capítulos da História da Medicina no Brasil*. São Paulo: Ateliê; Paraná: Eduel; São Paulo: Oficina do Livro Rubens Borba de Moraes, 2003, pp. 193-194 e 196-197: "Em resumo, podemos considerar na medicina do nosso índio a existência de certo número de conhecimentos empíricos e de um lastro muito maior de idéias mágicas, as quais dominavam na terapêutica dos pajés - onde o chocalhar do maracá tinha um lugar muito mais importante que a administração dos medicamentos que podiam ter alguma virtude. ...A este elemento juntar-se-ia logo em seguida o subsídio cultural importantíssimo trazido pelo negro. Semelhante elemento seria tanto mais rapidamente assimilado quanto chegava sem arestas, antes mostrando nos seus feitiços e contra-feitiços, nas suas mandingas, orixás, 'coisas-feitas', nos seus amuletos e mágicas, aquela identidade profunda e aquela similitude essencial que facilitariam sua fusão com as práticas e crenças da medicina sobrenatural do índio e da medicina popular do lusitano. ...Deus e o demônio desempenham um papel na causalidade mórbida, como a considera o nosso sentimento popular. Castigo de um ou astúcia do outro. ...A cura sobrenatural, um dos dogmas de nossa medicina popular, é reminiscência das obtidas por intermédio do padre exorcista, do pajé e do quimbanda: os orixás, já o dissemos, confundem-se neste terreno com os santos do hagiológio católico."

[163] Contraditoriamente CAIRUS, Henrique F.; RIBEIRO JÚNIOR, Wilson A. *Textos hipocráticos*: o doente, o médico e a doença. In coleção história e saúde, clássicos e fontes. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005, pp. 11-12 e 31: "Por volta de 500 a. C., os médicos gregos já haviam começado a dissociar a medicina das práticas mágico-religiosas dos séculos anteriores (Edelstein, 1937; Sarton, 1953; Irwin, 1989).... No final do século V, a. C., porém, os médicos se empenhavam energicamente em desvincular a medicina da filosofia e em reconhecê-la como uma... 'arte' autônoma (CH, *Da arte;* Irwin, 1989).... É preciso abandonar a idéia de que Hipócrates retirou a medicina das mãos dos sacerdotes, dos curandeiros (*guérisseurs)* e dos charlatães. Uma medicina que se apóia sobre observações e raciocínios existe *paralelamente* a uma medicina mágico-religiosa muito antes de Hipócrates."; embora, narre SOURNIA, Jean-Charles. *História...*, p. 17: "A França exaltava há poucos anos os curandeiros filipinos, que afirmavam conseguir operar um tumor do abdômen ou do tórax sem fazer qualquer incisão na pele. Os seus talentos de prestidigitadores só encontravam comparação na ingenuidade dos seus pacientes."

[164] SOURNIA, Jean-Charles. *História...*, p. 25: "Apesar deste imponente arsenal de identificação do mal, o paciente mostra-se frequentemente decepcionado, à semelhança deste anônimo: 'O adivinho, com a adivinhação, não determinou o futuro; o consultor, com uma fumigação, não desvendou a minha sorte; abordei o necromante mas este nada me revelou, e o mago com o seu ritual não me libertou da minha cólera' -, quando não é roubado. No século XXVIII a. C., um soberano de Lagash era conhecido por ter punido certo número de adivinhos culpados daquilo que hoje chamaríamos um 'abuso de honorários'."

[165] Bem abrangente, BOURDIEU, Pierre. *Sobre...*, p. 82: "Em cada um dos campos, o campo universitário, o campo dos historiadores *etc.*, há dominantes e dominados, segundo os valores internos do campo."

o que as agências que dominam o poder querem que saibamos, é o que elas nos deixam saber. É apenas a parte legível do discurso escrito no anverso da bula. Existe muito mais além disso, mas que fica escondido no verso desta, em letras miúdas, confinado, sob disciplina rígida, a pão e água, a sonífero e leito.

E essa sistemática de dominação é tão vetusta que, comentando sobre o direito à guerra, para os romanos, escreve MOMMSEN que "*el rey daba, sí, leyes que obligaban a los miembros componentes de la comunidad, pero que no le obligaban a él mismo ni a sus sucesores*."[166] Tanto quanto o é a sonegação da mesma, camuflada nas já fossilizadas falsas garantias do princípio da legalidade, visto que, alerta FOUCAULT,

> "seria hipocrisia ou ingenuidade acreditar que a lei é feita para todo mundo em nome de todo mundo; que é mais prudente reconhecer que ela é feita por alguns e se aplica a outros; que em princípio ela obriga a todos os cidadãos, mas se dirige principalmente às classes mais numerosas e menos esclarecidas; que, ao contrário do que acontece com as leis políticas ou civis, sua aplicação não se refere a todos da mesma forma; que nos tribunais não é a sociedade inteira que julga um de seus membros, mas uma categoria social encarregada da ordem sanciona outra fadada à desordem."[167]

Hic Rhodus, hic salta. Então, poder-se-ia ter dito aquilo tudo e ainda assim não se estar errado – *isso, se não for melhor concordar com DEBORD quando ele escreve que "o fato de já não ter contestação conferiu à mentira uma nova qualidade"*[168]*, quiçá aquela a que se referiu PAUL JOSEPH GOEBBELS, o marqueteiro nazista* -, mas, *cum grano salis*, estar-se-ia incompleto, pois aquilo seria apenas a *mise-en-scène* que distrai o público enquanto um outro espetáculo - *que teima em não sair de cartaz, sobretudo porque, como escreveu DEBORD, "a mais velha especialização social, a especialização do poder, encontra-se na raiz do espetáculo"*[169] -, desenvolve-se por trás das cortinas, mormente porque no estado de polícia em que vivemos, "onde todos os habitantes estão subordinados ao poder daqueles que mandam"[170], fica evidente que há um monopólio[171], um domínio do discurso[172] - *se bem que eu não tenho certeza, como também não o tem HANNAH ARENDT, quando, escrevendo sobre a guerra, duvida se ao final dela há algum vencedor, merecendo, por isso, a adesão de SCHWARCZ*[173] -, e que esse domínio, além de possuir origem não democrática e de insubmeter-se à lei, tampouco

---

[166] MOMMSEN, Theodor. *Derecho...*, p. 18.
[167] FOUCAULT, Paul-Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. 35. ed. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 229.
[168] DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*: comentários sobre a sociedade do espetáculo. 9. reimpressão. Rio de Janeiro: Contraponto, 2007, p. 176.
[169] DEBORD, Guy. *A sociedade...*, p. 20.
[170] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...*, v. I, p. 41.
[171] No caso da medicina, veja o que escreveu PEREIRA, José Carlos de M. *A explicação sociológica na medicina social*. São Paulo: Unesp, 2005, p. 175: "Realmente, nas sociedades ocidentais pelo menos, ele tem o monopólio legal da prestação de serviços médicos."
[172] A alternância do domínio do discurso entre direito e medicina, naquilo que interessa ao presente texto, obviamente, é inconteste. Sobre ela, veja SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo...*, pp. 211-212: "...desdobrava-se sob outra forma a disputa entre direito e medicina. Afinal, quem era o responsável pelo arbítrio sobre o crime? Os juízes de direito aptos a aplicar a lei, ou os médicos peritos, que com sua ciência diagnosticavam o 'doente criminoso'?"
[173] SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo...*, p. 238: "Difícil imaginar um único discurso vitorioso."

submete todos à mesma lei - *o que seria um apanágio do estado democrático e social*[174] *de direito*[175] -, vencendo sempre a classe burguesa porquanto, e aqui deve-se acompanhar, "o esquema linear perde de vista, primeiro, que a burguesia é a única classe revolucionária que sempre venceu; ao mesmo tempo, é a única para quem o desenvolvimento da economia foi causa e consequência de seu domínio sobre a sociedade."[176]

Como é sabido, aliás, como é sonegado, mesmo que nem todos tenham percebido, a maioria das pessoas abertas a renunciar ao adestramento, quando despertada da modorrência em que se encontra, reconhece que o poder punitivo[177], tal como está - *visando um embate classista, cuja vitória sempre se concentra na mesma mão* -, dirige-se às classes pobres - *mesmo porque, segundo* DEBORD, *"a aparência fetichista de pura objetividade nas relações espetaculares esconde o seu caráter de relação entre homens e classes...."*[178] -, e, ou, coloridas - *pois o branco é a ausência de cor* -, mesmo que *in fieri* isso insista em parecer com aquela realimentação, que eu chamo de "teoria da carapuça com elástico" – *assim confeccionado pelo poder punitivo para não correr o risco de não caber!* -, consistente na metáfora vaticínica de ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA e SLOKAR, de que

> "os atos mais grosseiros cometidos por pessoas sem acesso positivo à comunicação social acabam sendo divulgados por esta como *os únicos delitos* e tais pessoas como *os únicos delinquentes.* A estes últimos é proporcionado um acesso negativo à comunicação social que contribui para criar um *estereótipo* no imaginário coletivo. Por tratar-se de pessoas *desvaloradas,* é possível associar-lhes todas as cargas negativas existentes na sociedade sob a forma de *preconceitos*, o que resulta em fixar uma *imagem pública do delinquente* com componentes de classe social, étnicos, etários, de gênero e estéticos. O estereótipo acaba sendo o principal critério seletivo da criminalização secundária. Daí a existência de certas *uniformidades da população penitenciária associadas a desvalores estéticos (pessoas feias),* que o biologismo criminológico[179] considerou causas do delito quando, na realidade, eram *causas da criminalização*, embora possam vir a tornarem-se causas do delito quando a pessoa acabe assumindo o papel vinculado ao estereótipo (é o chamado *efeito* reprodutor da criminalização ou desvio secundário)."[180]

Ou seja, embora seu uso não tenha sido solicitado, a carapuça coube, e quem a ostenta, ao perceber a recorrência do seu uso nesse baile de máscaras promovido pelo poder punitivo, passa a não se incomodar em ser mais um.

---

[174] MARTÍN, Luis Gracia. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência*. Porto Alegre: SAFE, 2005, p. 138: "É evidente que hoje a teoria do Estado que deve figurar como referente do sistema jurídico em geral, e do penal em particular, não pode ser de modo algum a do Estado *liberal* de Direito, mas só – necessária e obrigatoriamente -, como nos ensinou e devemos agradecer a *Mir Puig*, a teoria do 'Estado *social e democrático* de Direito', da qual ele partiu para derivar seu sistema jurídico-penal e que deve ser compreendida como uma referência indispensável para a definição do método."

[175] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...,* v. I, p. 41: "O *estado de direito* é concebido como o que *submete todos os habitantes à lei*...."

[176] DEBORD, Guy. *A sociedade...,* p. 57.

[177] Não é possível saber se é perceptível, mas aqui já se passa a utilizar a nomenclatura correta, distinguindo poder punitivo de Direito Penal.

[178] DEBORD, Guy. *A sociedade...,* p. 20.

[179] SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo...,* p. 48: "A versão poligenista permitiria, por outro lado, o fortalecimento de uma interpretação biológica na análise dos comportamentos humanos, que passam a ser crescentemente encarados como resultado imediato de leis biológicas e naturais. Esse tipo de viés foi encorajado sobretudo pelo nascimento simultâneo da *frenologia* e da *antropometria,* teorias que passaram a interpretrar a capacidade humana tomando em conta o tamanho e proporção do cérebro dos diferentes povos."

[180] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...,* v. I, p. 46.

Fora desse despertador quase inaudível, todos permanecem não insones, acreditando que somente aquele estereótipo pessoal comete crimes e, portanto, é criminoso, sendo eleito, por isso, nosso inimigo[181], inclusive a ponto de o sentenciarmos com uma dicotomia que não nos ruboriza. Para ele, o Direito Penal, para os outros, o Direito Civil. Para ele, a prisão, para os outros, a multa. Para ele, a inútil e injustificada retribuição, para os outros, a reparação. Dualidade a que não permaceu alheio HASSEMER, sobretudo quando dividiu o uso daqueles e destes não conforme seus destinatários, senão, consoante critérios objetivos que prefiram alternativa ao encarceramento.[182] Acontece que, grande parte da culpa dessa generalizada e impensada - *para não dizer, hoje, instintiva* -, tomada de posição, pelo lado do criminalizado - *e aqui não adiro, descaradamente, ao sociologismo*[183] -, pode e deve ser atribuída em muita medida à própria sociedade - *co-responsável*[184]*, sobretudo quando, além de desabastecê-lo com o mínimo de cidadania*[185]*, enquadra-o, por isso, no estereótipo de criminoso criado, previamente, pelas agências de programação criminalizante primária*[186] -; enquanto que, por outro lado, ela pertence à histórica disputa pelo discurso de dominação, visto que a eloquência médica somente convenceu a maioria, até o presente momento, em razão da sua retórica impetuosa, tecnificada, habitual e oportunista.

É dizer, aproveitando GRACIA MARTÍN,

> "como nos ensinou FOUCAULT - e, segundo ele mesmo, como 'a história não cansa de nos ensinar' - o *discurso* é 'aquele que traduz as lutas ou os sistemas de dominação', mas, sobretudo, é 'aquele pelo qual, e por meio do qual se luta, aquele poder do qual alguém quer apoderar-se'."[187, 188]

---

[181] Os porquês da eleição de inimigos no Direito Penal podem ser encontrados em ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no Direito Penal. In* coleção pensamento criminológico, n. 14. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2007, *passim*.

[182] HASSEMER, Winfried. *Introdução...*, pp. 388 a 401.

[183] Sociologismo significa, segundo WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 158, nt. 42, que: "...a criminalidade teria antes causas sociais do que individuais."; em outra oportunidade, porém, WACQUANT, Loïc. *As prisões...*, p. 45: "...'uma nova política do comportamento individual', desvencilhada dos resíduos do 'sociologismo' que até aqui viciou toda abordagem do problema, supondo exageradamente que a miséria tinha causas sociais, suplanta 'a reforma social'."

[184] A favor de uma co-culpabilidade, ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho...*, pp. 656-657: "*La culpabilidad por la vulnerabilidad reconoce un antecedente importante en el concepto de co-culpabilidad, que aunque se pretendió considerarlo producto del Derecho Penal de los países del socialismo real, tiene origen muy anterior a éste. La idea central a que responde es que, dado que ninguna sociedad tiene uma movilidad vertical tan libre que proporcione a todos sus miembros el mismo espacio social, el reproche de culpabilidad debe adecuarse en cada caso al espacio social que la persona há tenido y, por consiguiente, la sociedad debe cargar con la parte que le fue negada (es co-culpable en esa medida). Es incuestionable que esta idea tiene el mérito de introducir en una construcción de la culpabilidad normativa, que usualmente reconoce raigambre idealista, un potente componente de realismo.*" Ainda, vinculando-a à teoria da pena, HASSEMER, Winfried. *Introdução...*, p. 426; "A *prevenção especial* não se reduz à adaptação, senão pode ser compreendida como forma de uma relação humana com o desvio, como proposta de co-responsabilização social face aos delinquentes."

[185] Sobre o assunto, veja WACQUANT, Loïc. *As prisões..., passim.*

[186] Agência e criminalização primária são temas que podem ser garimpados em ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...*, v. I, capítulo I, § 2°.

[187] MARTÍN, Luis Gracia. *Prolegômenos...*, p. 117.

[188] No original, veja FOUCAULT, Paul-Michel. *A ordem do discurso*: aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. *In* coleção leituras filosóficas. 16. ed. São Paulo: Loyola, 2008, p. 10.

Mas, para quê? Só pode ser para o exercício de um poder! Mas, como funcionaria esse artefato? Bem, como explica GRACIA MARTÍN,

> "é de fundamental transcendência não ignorar... que o funcionamento real de todo discurso tem uma *dupla positividade material*, e daí a grande importância que tem ter o poder de disposição do discurso. Por um lado, o discurso *define* os *objetos* de discurso e as condições dos *enunciados* sobre eles. Mas, por outro lado, o discurso, ao mesmo tempo em que define - e isso é tão importante ou *mais* que o anterior -, também *exclui* de seu campo discursivo outros objetos e, por isso mesmo, os enunciados sobre os objetos excluídos. Por exemplo, o discurso da criminalidade define e, com isso, constitui um campo discursivo de objetos de criminalidade, mas ao mesmo tempo *exclui* desta todos os demais objetos não definidos em seu campo discursivo. Por isso, é perfeitamente compreensível a transcendência que tem ter o poder de disposição do discurso. Na medida em que o discurso é poder de *definição* e de *exclusão* da criminalidade, o mero fato de possuí-lo constitui para quem o tenha a condição decisiva da possibilidade de *incluir* no discurso da criminalidade a criminalidade de quem não tem esse poder, mas, simultaneamente, também a possibilidade de *excluir* daquele a criminalidade própria.... A constituição do Direito Penal como disciplina é um caso paradigmático de formação do discurso - aqui, de criminalidade -, como resultado de uma luta por ele na qual são impostos alguns objetos e enunciados determinados e são excluídos outros que também lutavam por se assenhorear do discurso."[189]

Literariamente, em "*O alienista*", MACHADO DE ASSIS expõe cruamente essa questão ao escrever, que: "a câmara, que respondera ao ofício de SIMÃO BACAMARTE com a ressalva de que oportunamente estatuiria em relação ao final do § 4°, tratou enfim de legislar sobre ele. Foi adotada sem debate uma postura, autorizando o alienista a agasalhar na Casa Verde as pessoas que se achassem no gozo do perfeito equilíbrio das faculdades mentais. ...O vereador FREITAS propôs também a declaração de que, em nenhum caso, fossem os vereadores recolhidos ao asilo dos alienados: cláusula que foi aceita, votada e incluída na postura."[190]

É aquilo que aqui se denominará de "teoria do faça o que eu digo, mas não faça o que eu faço", ou, "teoria do manda quem pode, obedece quem tem juízo" e, para um ou outro resquício do positivismo biológico, "até quem não o tem". Caso contrário: teje preso![191]

Com efeito, arremata o escritor espanhol, "a formação do discurso de uma determinada forma, e não de outra distinta, é sempre consequência do *desenlace* da luta pelo discurso"[192], cujas consequências em desfavor dos invisíveis sociais, com auxílio, muita vez, da medicina e da psiquiatria, não descartada uma boa intenção, são inegáveis.

Infelizmente - *porque, esclarece DEBORD, "o proletariado só poderá ser o poder se ele se tornar a classe da consciência"*[193] -, as classes poderosas, burguesas e capitalistas sempre conseguiram o domínio do discurso sobre as classes proletárias e socialistas[194], passando a dizer, *ipso facto,* o que seria reputado crime - *sendo mais correto dizer criminalização* -, e o que não seria, quem seria considerado criminoso - *sendo mais correto dizer criminalizado* -, e quem estaria forro desse

---

[189] MARTÍN, Luis Gracia. *Prolegômenos...,* p. 119 a 121.
[190] ASSIS, Machado de. *O alienista*. 4. reimpressão. São Paulo: Martin Claret, 2010, p. 64.
[191] Parte do título de um dos inefáveis artigos do professor BATISTA, Nilo. Sem documentos? Teje preso! *In Punidos e mal pagos*: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 116.
[192] MARTÍN, Luis Gracia. *Prolegômenos...,* p. 120.
[193] DEBORD, Guy. *A sociedade...,* pp. 58, *in verbis*, 78 e 81.
[194] DEBORD, Guy. *A sociedade...,* p. 57; pormenores, ainda, em MARTÍN, Luis Gracia. *Prolegômenos...,* pp. 121 a 124.

adjetivo pejorativo, naquilo que se convencionou alcunhar de *labeling approach,* ou teoria do etiquetamento ou do interacionismo[195], rótulo amiúde em voga nessas épocas de consumo neoliberal in(dis)criminador.

O Estado, com seu poder punitivo, valendo-se da medicina, e essa, valendo-se daquele, em um hibridismo quase incestuoso sem precedentes, conceberam um discurso nada infértil onde a medicina, ancorada pelo Estado, e arrimada em sua tecnicidade sua, inacessível ao controle da maioria, aproveitou-se de um vazio oratório existente em certa ocasião para impor sua retórica à laia de melhorar as pessoas e o mundo onde elas viviam quando, em verdade, era o estabelecimento, a mantença e, *ad futurum,* a expansão do seu poder o que ela colimava. E a quadra era alvissareira! O Estado, valendo-se da medicina, ou mesmo essa, *sponte sua*, *espraiou* sua *longa manus* atingindo o corpo e a mente dos seus súditos-clientes, ainda mais convencidos, então, da imprescindibilidade da intervenção daquele, por intermédio daquela, ou da intervenção desta, em suas vidas. Não que SCHWARCZ estivesse certa quando escreveu que "...desdobrava-se sob outra forma a disputa entre direito e medicina. Afinal, quem era o responsável pelo arbítrio sobre o crime? Os juízes de direito aptos a aplicar a lei, ou os médicos peritos, que com sua ciência diagnosticavam o 'doente criminoso'?"[196], porquanto nunca se tratou de uma disputa, senão, de um casamento com cláusula pactuando a inviabilidade, unilateral ou bilateral, do divórcio, sobretudo porque o representante da religião proclamou a inseparabilidade "na alegria e na tristeza, e ...na doença".

É dizer, ensina FREIRE COSTA, aproveitando-se em parte do que escreveu AMARO F. N. ARMONDE, que

> "se, no período pré-higiênico[197], os crimes estavam, indissociavelmente, referidos à lei do soberano, à lei do pai ou à lei de Deus, agora eles também podiam ser julgados à luz de novos preceitos e de uma nova lei: a lei da humanidade, a lei do homem: 'seja estadista ou artista, médico ou advogado, professor ou operário, é preciso primeiro que tudo (e é esta a melhor garantia da ordem na sociedade) que o homem seja homem, isto é, que tenha consciência da sua missão, do grau de utilidade que tem para os seus semelhantes ...este homem, como é visível, pairava acima de classes e raças[198]; sua existência permitiu aos higienistas falarem de humanidade, dando uma dupla conotação ao termo: a espécie biológica, a raça, e a de organização política, o Estado. Os crimes contra o Estado poderiam, em consequência, converter-se em atentado à raça e *vice-versa.* O ilegal e o 'antinatural' confundiam-se, fundiam-se, formavam a

[195] BARATTA, Alessandro. *Criminologia...,* pp. 85 e seguintes.
[196] SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo...,* pp. 211-212.
[197] Usando a nomenclatura arcaica, embora mantida a acepção, SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo...*, p. 190.
[198] SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo...*, p. 47: "Com efeito, o termo *raça* é introduzido na literatura mais especializada em inícios do século XIX, por GEORGES CUVIER, inaugurando a idéia da existência de heranças físicas permanentes entre os vários grupos humanos (Stocking, 1968:29)."

> matriz teórica do anormal que autorizou a medicina higiênica[199] a converter-se em ortopedia moral ou medicina do comportamento"[200],

sendo que, consoante SCHWARCZ, "nas grandes cidades a entrada desse ideário cientificista difuso se faz sentir diretamente a partir da ação de grandes programas de higienização e saneamento", verdadeiros "projetos de cunho eugênico[201] que pretendiam eliminar a doença, separar a loucura e a pobreza."[202] "Um novo argumento se esboçava", finaliza ela, "higienizar o país e educar seu povo, é assim que se corrige a natureza e se aperfeiçoa o homem."[203] Parece residir aí, o nascimento do Direito Penal Médico brasileiro, cujo percurso, interação e posterior modificação, ocorrida quando descoberto o poder que a dominação do discurso simbólico enseja, tentar-se-á ensaiar a seguir.

Se abaixo se procurou demonstrar o porquê da superação do discurso informal pelo oficial, agora é hora de chamar a atenção daqueles que, tentando se debruçar sobre as origens daquela, não conseguiram perceber que a institucionalização da medicina apropriada pelo Estado, menos que a preocupação com a saúde das pessoas colimou um, ainda que velado, puro exercício recidivo daquilo que BOURDIEU alcunhou de poder simbólico.[204] De maneira que, já na fase do contágio da medicina pela política, e *vice versa*, após a assunção pelo Estado da dirigibilidade da vida das pessoas, a tensão advinda da imbricação daquelas duas não poderia produzir senão calor suficiente para permitir e promover, na visão de MEDEIROS PEREIRA, "a realização de algum tipo de atividade", porquanto

> "as razões que estão em jogo são de natureza bastante pragmática: manutenção ou redistribuição do poder. Não importa que o fim pareça ser o bem estar e a justiça social: é o poder que está norteando a ação. Assim também em relação aos serviços de fomento, preservação ou recuperação da saúde da população promovidos pelo Estado. Ele está tentando cumprir uma das tarefas que, modernamente, todos os segmentos sociais dele esperam. A não satisfação dessa tarefa, portanto, redundaria em consequências negativas para os grupos politicamente dominantes. Ou seja, eles precisam prestar tais serviços para evitar ou diminuir essas consequências."[205]

Ou melhor, para maquiar a sua verdadeira e real finalidade mediante uma eventual prestação, ou omissão, médica satisfatória de uns poucos escolhidos que, respectiva e antecipadamente, e desde que nasceram, foram adestrados a não se compadecerem com a não cura, ou resignarem-se com a insolubilidade da morbidade, mas não em perceberem todos eles que a medicalização, no discurso ideológico médico, pressupõe a doença ou dela prescinde! É

---

[199] SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo...*, p. 96: "Marcado pelos ensinamentos genéticos de MENDEL e pelo culturalismo norte-americano de FRANZ BOAS, ROQUETE-PINTO sustentou o argumento de que o 'problema brasileiro seria uma questão de higiene e não de raça."

[200] COSTA, Jurandir Freire. *Ordem médica e norma familiar*. 5. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2004, pp. 149-150.

[201] Sobre eugenia, veja SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo...*, pp. 60-61 e 190.

[202] SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo...,* pp. 34 e 230, *in verbis*: "Guardando uma certa especificidade, no Brasil, a questão da higiene aparece associada à pobreza e a uma população mestiça e negra."

[203] SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo...,* p. 169.

[204] Com relação ao poder simbólico, veja BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. 11. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007, *passim*.

[205] PEREIRA, José Carlos de M. *A explicação...,* p. 190.

dizer, em grande medida, no fundo, o objetivo é, e sempre foi, a ampliação do discurso de dominação, o que parece

> "bastante evidente no campo da assistência médica. Sua oferta ampliada (leitos hospitalares, medicamentos, exames laboratoriais e aparelhagens correspondentes, permitindo novas cirurgias, especialidades médicas *etc*.) tende a gerar uma procura anteriormente inexistente. Sem que se compreenda essa característica da produção capitalista, não se compreenderá o porquê da expansão acelerada da assistência médica nesse tipo de sociedade."[206]

Ora, como aquela via em que trafegam a política e a medicina é sempre de mão dupla, é preciso advertir que o Estado, com seu poder punitivo, valeu-se da medicina para equacionar seus problemas capitalistas, imiscuindo-se na aferição, no controle e na disciplina da mão de obra, ou melhor, como quer MEDEIROS PEREIRA, intercalando-se com DONNANGELO,

> "o que mais importaria ressaltar seria a extensão da prática médica, quer em termos de 'ampliação quantitativa dos serviços e [de] incorporação crescente das populações ao cuidado médico', quer de 'extensão do campo da normatividade da medicina por referência às representações ou concepções de saúde e dos meios para se obtê-la, bem como às condições gerais de vida'. Essa extensão se relaciona à continuidade do processo de acumulação capitalista. Imediatamente, pode-se perceber uma das formas possíveis assumidas por tal relacionamento: a reprodução da força de trabalho e o aumento de sua produtividade. Ou seja, 'proporcionar cuidados de saúde ao trabalhador - direta ou indiretamente produtivo -, com vistas a objetivos econômicos imediatos'. Mas tal objetivo não responde pela integração crescente de grupos etários e de categorias sociais marginalizados do processo de produção aos cuidados médicos. Uma das possíveis explicações estaria no fato de que os novos elementos materiais que compõem o processo terapêutico 'devem ser considerados como mercadorias cuja produção é externa à medicina, mas cujo consumo só se efetiva através dela'. O efetivo monopólio da prática médica sobre as ações de saúde lhe garante 'uma posição central na distribuição e consumo dessas mercadorias e, portanto, na realização de seu valor'."[207]

Não bastasse, fica desde já alinhavado que a medicina - *assim como o poder punitivo e o Direito Penal* -, não está alheia a interferências sociais *input* que, inclusive, ricocheteiam *output*[208], pouco se limitando ao trinômio hipocrático doença, doente e médico[209], é dizer, como ensina MEDEIROS PEREIRA,

> "historicamente, a medicina tem sido um exemplo interessante de uma disciplina que tem procurado estabelecer a convergência entre explicações sociais e 'naturais', mostrando como a manifestação do fenômeno doença depende, frequentemente, de condições suficientes, de natureza social. Que ela se individualize em determinados organismos biológicos já é uma consequência do fato de esses organismos serem membros participantes de determinadas relações sociais."[210]

Elementos sociais que, notadamente influenciam, decisivamente, tanto a forma discursiva, quanto a sua intensidade. Conquanto, de todos eles, e isso é uma constatação, o dinheiro tenha se mostrado o de maior evidência, o mais espetacular! Do contrário, tentar entender a equação entre a medicina e o poder punitivo irrelevando todos os dados

---

[206] PEREIRA, José Carlos de M. *A explicação...*, p. 219.
[207] DONNANGELO, M. C.; PEREIRA, L. *Saúde e sociedade*. São Paulo: Duas Cidades, 1976, pp. 33 e 37-38 *apud* PEREIRA, José Carlos de M. *A explicação...*, pp. 251-252.
[208] Sobre essas interferências, e sobre o funcionalismo social, veja PEREIRA, José Carlos de M. *A explicação...*, p. 144.
[209] PEREIRA, José Carlos de M. *A explicação...*, p. 25: "Os fatores socioeconômicos e culturais podem, muitas vezes, ser determinantes na produção de ambas as condições (saúde ou doença)."
[210] PEREIRA, José Carlos de M.; RUFFINO NETO, A. Saúde-doença e sociedade: a tuberculose – o tuberculoso. *In Revista Medicina* (Ribeirão Preto), v. 15, n. 1, 1982 *apud* PEREIRA, José Carlos de M. *A explicação...*, p. 18.

sociológicos - *sem esquecer, adrede, dos econômicos*[211] -, equivaleria a rir, desgraçadamente, da anedota matemática de BACHELARD, pois estar-se-ia seguro da terceira decimal; sobre a primeira é que se teria dúvidas.[212] Ou seja, quem assim procedesse estaria tentando desvendar algumas causas e algumas consequências, olvidando, todavia, muitas outras, não menos importantes.[213]

Não se pode esquecer, portanto, *e. g.*, que

> "a empresa médica, por sua vez, ainda que se distinga de outras empresas capitalistas pelo fato de ter de se pautar por uma série de normas às quais suas congêneres não estão obrigadas, evidentemente, orienta-se, na prestação de seus serviços, pela obtenção de lucros. O Estado, um dos principais responsáveis pela prestação de serviços desse tipo, da mesma forma, não estará voltado, necessariamente, apenas para a consecução dos fins ideais da medicina, mas também para a manutenção ou alteração de determinadas relações de poder. Mesmo os homens cuja saúde a medicina busca preservar, ou cuja doença ela procura curar, ao participarem de ações médicas estarão, fundamentalmente, atentos à necessidade de ganhar a vida. Ainda nessa linha de raciocínio, uma vez que a atenção médica é hoje em grande parte institucionalizada, ela constitui uma atividade largamente efetuada sob a égide de normas burocráticas e com a participação de burocratas. Em consequência disso, é perfeitamente plausível que esse pessoal passe a agir burocraticamente. Muitos dos próprios médicos, funcionários ou assalariados terão, igualmente, uma visão burocrática em vez de médica de seus atos. Por tudo isso, há uma alta probabilidade de o sanitarista ser o ator mais interessado na legalidade própria da esfera médica, por não lidar tão frequentemente com pacientes individuais, e por se interessar, primordialmente, pelo fomento da saúde e prevenção da doença. Em suma poderíamos, por exemplo, no caso de certas associações de caráter econômico voltadas para a prestação de serviços médicos, alterar nosso interesse e ordenar a relação social investigada mais por seus elementos econômicos que propriamente médicos."[214]

Afinal, arremata MEDEIROS PEREIRA,

> "vistos apenas do ângulo médico, os comportamentos dos agentes pareceriam irracionais, uma vez que não visariam atender às necessidades presentes e futuras da população na área da saúde e da doença. Só considerando a consecução dos outros objetivos pretendidos por tais agentes (obtenção de lucros, salários, honorários, prestígio, obediência às normas burocráticas de uma instituição, manutenção das relações de poder existentes *etc*.) é que poderemos perceber a coerência de tais ações, portanto, sua racionalidade. O desencontro entre objetivos se esclarece, adquirindo sentido. Na Idade Média, período em que as relações aqui discutidas eram menos complexas e o discurso dos participantes menos elaborado e hipócrita, ou mais sincero e espontâneo, os objetivos conectados à ação médica, possivelmente, se patenteavam melhor. A esse respeito são esclarecedoras algumas informações prestadas por R. P. NOGUEIRA. Afirma que 'as questões de honorários eram tratadas sem rodeios pelos médicos medievais'. Seu mote seria 'cobrar durante a dor'. O autor mencionado cita BERNARD DE MANDEVILLE, que não era médico, diga-se de passagem, o qual afirma, agora no começo do século XVIII, que 'assim como a preocupação principal do paciente é a cura, a do cirurgião deve ser o recebimento de honorários compensadores'. Portanto, era consequente sua opinião de que 'o tratamento preventivo, embora seja o mais útil ao paciente, costuma ser mal remunerado', por isso não é aconselhável.

---

[211] Tanto em um sentido (negativo, mediante a desaceleração da ambição por honorários elevados), quanto em outro (positivo, mediante a remuneração incondicionada a qualquer elemento). Nesse último sentido, PEREIRA, José Carlos de M. *A explicação...*, p. 200: "Esse ponto seria o fundamental. O médico teria de ser remunerado independentemente dos atos médicos que realizasse. Tornado inexistente o elo econômico entre ambos os participantes da relação (como também outras conexões e sentido apontadas como deturpadoras), ela poderia se tornar exclusivamente médica. Dificilmente, no entanto, tal mudança ocorrerá numa sociedade capitalista, como nos parece evidente."

[212] BOURDIEU, Pierre *et al*. *El ofício de Sociólogo.* Buenos Aires/México/Madri: Siglo XXI, 1975, pp. 22-23 e nt. 15 *apud* PEREIRA, José Carlos de M. *A explicação...*, p. 30.

[213] Citando R. B. BRAITHWAITE, PEREIRA, José Carlos de M. *A explicação...*, p. 49: "É preciso sempre 'olhar a totalidade da cadeia causal e não, meramente, seu estado final'."

[214] PEREIRA, José Carlos de M. *A explicação...*, pp. 179-180.

> Colocações como essas, em muitos casos, ainda têm plena ou até maior vigência quando estamos diante de uma medicina de mercado."[215]

Ademais, como toda sociedade por classes assim se mantém seja em razão de algum motivo - *no nosso caso, a marcação de passo da ideologia do discurso médico dominante* -, ou para atender a alguma finalidade, e como toda finalidade, em uma sociedade por classes como a nossa, dirige-se ao menos à mantença de si própria e, quando muito, à ampliação das suas condições, parece evidente que isso ou aquilo possui um custo, e que essa despesa deve ser custeada por alguém que se utiliza - *ou melhor, encontra-se espoliado, porque a conta lhe é apresentada em seu momento de maior fragilidade, física ou sentimental* -, de algum valor equivalente e suficiente. Por outro lado, ainda que se esteja referindo a uma sociedade classista, heterogênea por excelência, é imprescindível que a mesma seja coesa, sob pena de desintegrar-se, sendo que sua liga somente pode ser alcançada por um valor, nominal ou real, reconhecido por todos. Sendo o dinheiro, talvez, o único valor que possui tal característica - *não podendo ser esquecida a "força de trabalho", estudada por* MARX[216] -, parece igualmente inegável que a ele tudo se reduza, não fugindo dessa regra a prestação médica.

Todavia, de acordo ainda com MEDEIROS PEREIRA, que vez ou outra se escora em WEBER, é possível dizer que,

> "especificamente, a tensão entre as esferas médica e econômica não se estabelece só pelo simples fato de os médicos terem se transformado em assalariados ou funcionários. Dado o tipo de organização econômica do mundo ocidental, que se orienta pela troca, envolvendo pagamento monetário, o cumprimento da ética médica ficará, inevitavelmente, adstrito à existência de pessoas ou instituições que paguem os serviços do médico, ainda que este desejasse sujeitar-se integralmente àquela ética. Ou seja, a situação independe de não haver intermediários entre médico e paciente, como na medicina dita liberal. Sempre terá o médico de se voltar, no modo de produção capitalista, para a necessidade de atender às suas próprias necessidades de ordem econômica, por meio de um ganho obtido no mercado. Mesmo que parte de seu tempo seja dispensado à assistência médica caritativa, o sentido dessa sua ação poderá não ser estritamente médico: por seu intermédio, ele poderá ter em mira o aumento de seu prestígio social, a satisfação de ambições políticas, a realização de atos que, de acordo com suas crenças, lhe garantam sua salvação eterna *etc*. Em todo caso, isso sempre constituiria uma situação excepcional, porque ninguém, em tal tipo de regime econômico, poderá se transformar num trabalhador não-remunerado sem dispor de outra fonte regular de rendimentos. Assim, a efetivação dos ideais da medicina, segundo os quais se deveria fazer todo o possível para manter a saúde do ser humano - independentemente de qualquer característica desse ser, possa ele pagar ou não, seja de um sexo ou de outro, tenha a idade, ocupação, religião *etc*. que tiver -, fica limitada pelo fato de que os homens, em tal tipo de sociedade, lutam num mercado em que seus serviços e bens são avaliados em termos de preços. Uma característica às vezes atribuída à maneira de o médico ganhar a vida e que o diferenciaria de outros sujeitos econômicos, mas que não lhe tira o caráter essencial de uma atividade econômica, está no fato de que sua profissão foi sacralizada. Ainda que, originalmente, tal peculiaridade lhe tenha sido dada por razões de ordem mágico-religiosa, esse caráter se tem mantido por tradição. Isso é compreensível. Se, frequentemente, os homens procuraram metamorfosear até mesmo uma orgia num sacramento, transformando-a num ato religioso e dando-lhe significação metafísica, por exemplo, ...com muito mais razão podem sacralizar uma

[215] NOGUEIRA, R. P. *Medicina interna e cirurgia*: a formação social da prática médica. Rio de Janeiro: 1977 (dissertação de mestrado). Instituto de Medicina Social. UERJ *apud* PEREIRA, José Carlos de M. *A explicação...,* p. 197.
[216] *Apud* PEREIRA, José Carlos de M. *A explicação...,* p. 217: "O enigma, nos diz, só se pode resolver descobrindo no mercado uma mercadoria de natureza especial, cujo valor de uso consista precisamente em criar valor de troca. Esta mercadoria existe em realidade: é a *força de trabalho*. O capitalista compra a força de trabalho no mercado e a põe a trabalhar a seu serviço, para vender logo seu produto."; e, no original, MARX, Karl. *O capital*. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1969, p. 244.

> profissão como a de médico. É que ela, como as demais profissões *individuais*, 'foram originalmente de caráter carismático (mágico), determinando-se logo a seguir o resto da articulação profissional por obra da tradição'. ...Dessa origem decorre seu 'caráter especificamente pessoal e carismático' e 'o ensino tradicional em associações cerradas'. Em face dessas considerações, no caso da assistência médica dominada por profissionais independentes, torna-se até inevitável a sua hierarquização econômica, uma vez que os homens (que precisam pagá-la) são social e economicamente desiguais. Nessa forma de assistência, o propósito econômico posto na realização do ato médico fica patente. Como, na medicina dita liberal, os médicos são remunerados principalmente por serviços prestados a indivíduos (sobretudo doentes), eles tenderão a forçar o caminho também individual de resolução dos problemas de saúde e de doença[217], distanciando-se da medicina preventiva, que mais se aproxima dos fins ideais que validam a ordem médica.[218, 219] Além do mais, nela exacerbam-se as características corporativas da profissão (ao contrário de quando a assistência é institucionalizada), agravando a situação em que ela é prestada. De fato, toda corporação tende a limitar o número de seus membros, a restringir as possibilidades de qualificação, a estabelecer níveis elevados de remuneração *etc*.. A respeito dessa questão, deve-se dizer que, de certa forma, o grupo profissional médico goza daquilo que WEBER chama de 'situação estamental', na qual as possibilidades de certos grupos sociais alcançarem 'honras sociais são determinadas primordialmente pelas diferenças nos *estilos de vida* desses grupos e, portanto, principalmente, por diferenças na *educação*'. De modo geral, secundária e tipicamente, está associada a essa situação a pretensão, por parte da camada que a goza, de assegurar o monopólio legal de oportunidades de obter renda e lucro de um determinado tipo. No caso específico dos médicos, tal 'situação estamental' repercute, decididamente, em sua 'situação de classe', ou seja, em suas 'oportunidades de obter manutenção e renda determinadas, primordialmente, por situações típicas, *economicamente* relevantes'. Em tais condições, a luta do grupo constituído pelos médicos para obter um ganho no mercado se diferencia daquela que é travada por outros grupos ocupacionais. Tal ganho está assegurado pelo monopólio legal de uma determinada atividade, limitando as possibilidades de outros de com aquele grupo competir. A esse monopólio, além do mais, os membros da associação acrescentam outras limitações aos possíveis concorrentes, como o estabelecimento de restrições ao exercício de especialidades. Porém, essas características corporativas limitam também as possibilidades de os pacientes se rebelarem contra a não obediência, por parte dos médicos, às normas de ordem médica. Realmente, esse tipo de associação se caracteriza pela 'autocefalia', governando-se por meio de dirigentes internamente escolhidos, e pela 'autonomia', por meio da qual ela se impõe à própria ordem. Todas essas facetas protegem os médicos de interferências externas à associação. Em virtude delas, pareceria que eles, na maior parte das vezes, estariam voltados apenas para a realização dos fins da medicina. Como qualquer outro grupo que procura defender seus interesses, também no caso dos médicos esse conjunto de regras é apresentado como meio de proteger os próprios doentes (embora, de fato, esse aspecto esteja presente). Mas nos parece inegável que pretendendo monopolizar a cura dos corpos (como as associações hierocráticas procuram monopolizar a cura das almas), sua associação visou, sempre e principalmente, transformar-se no único grupo

---

[217] Sobre o assunto, esclarecedor PEREIRA, José Carlos de M. *A explicação...*, p. 198: "Contudo, seria conveniente considerar que, mesmo havendo condições político-econômicas favoráveis à medicina preventiva e social, os que a ela se dedicam encontrariam algumas dificuldades de monta para implementar certas medidas, inclusive partidas da própria população beneficiada, se esta tivesse que delas participar direta e conscientemente. É que dadas sobretudo as condições culturais vigentes, geralmente é no *aqui* e *agora* que os homens estão interessados. Querem coisas bastante sólidas, visíveis de imediato. Diz WEBER que 'os virtuosos religiosos viram-se obrigados a ajustar suas exigências às possibilidades de religiosidade cotidiana a fim de conseguir e manter a preferência ideal e material das massas'. Da mesma forma, os que orientam suas ações por aquele tipo de medicina terão também de se ajustar aos costumes tradicionais no que diz respeito à esfera social."

[218] Nesse sentido, veja PEREIRA, José Carlos de M. *A explicação...*, pp. 197-198: "Na verdade, as ações médicas (na acepção ampla do termo) tendem a se aproximar mais dos ideais da medicina à medida que se vinculam, também mais estreitamente, à medicina preventiva e social. É claro que, mesmo aí, podemos nos deparar com conexões de sentido que se afastam dos modelos de conduta característicos da ordem médica (pode-se clorar água ou vacinar as pessoas por conta de objetivos diversos daqueles que, se supõem, sejam inspirados por tal ordem). Mas nos parece que, nesses atos, predomina, sem dúvida nenhuma, mais que naqueles ligados à medicina dita curativa, a orientação puramente médica. Em consequência, no caso deles, seria menor a tensão com outras esferas do social."

[219] PEREIRA, José Carlos de M. *A explicação...*, p. 199: "De qualquer forma, parece-nos que as ações médicas só poderão se pautar completamente pelo conteúdo de sentido da ordem médica quanto menor as relações médico-paciente forem medidas pelo dinheiro."

> legitimamente capaz de exercer a atividade médica, monopolizando-a e afastando todos os que não obedeçam às suas regras de inclusão nela."[220]

De toda sorte, "na análise funcionalista... é muito mais relevante a busca dos motivos e fins sociais inconscientes do que reter a referência àquilo a que as ações, instituições e estruturas sociais pareçam manifestamente se destinar."[221]

Sendo que, voltando ao assunto da interferência social na equação medicina-poder punitivo,

> "para possuir essa visão, não é preciso, certamente, participar do entendimento de BERLINGUER, para quem a única doença 'não-social' de que soube foi 'a febre intermitente que ROBINSON CRUSOÉ contraiu de 19 de junho a 3 de julho, no primeiro ano de sua estadia (*sic*) na ilha, antes de encontrar Sexta-Feira'. Isso porque, 'depois desse encontro, as doenças de um e de outro assumiram caráter social, porque modificaram relações interpessoais'."[222]

Em certa medida, portanto, se a medicina não só recebe influência social, mas também devolve-a à sociedade, e como toda sociedade composta por classes, como a nossa, pauta-se por uma ordem discursiva, muita vez sediciosa - *pois não se deve ter "uma excessiva confiança na capacidade de a legislação vir a resolver problemas médico-sociais"*[223] -, parece inegável, *a fortiori,* que alguém, vez ou outra - *e o método dialético marxista admite isso*[224] -, tente dominar o discurso[225], seja realmente, seja simbolicamente. Com a medicina não foi diferente porque de dominada ela passou a dominante, e em curto espaço de tempo. Mas, esse traslado não foi tranquilo, e sobretudo porque, como já afirmado atrás, envolvendo uma impostação e uma ordem discursivas, era natural que a medicina, para tanto, se politizasse, enquanto que a política, visando se manter, medicalizasse seus instrumentos, em uma relação em que ambos os lados gostaria de estar dominando sozinho. O que, em toda medida, e daí a intranquilidade referida, supõe a existência de atrito entre ambas.[226] É que, mesmo que haja um beneficiamento recíproco impressionante advindo da relação medicina-poder punitivo, implicitamente sempre haverá, também, uma luta pelo domínio do poder hegemônico, auspicioso em angariar a favor de outro ou de um, a última palavra eloquente.

---

[220] WEBER, Max. *A psicologia social das religiões mundiais*. *In* WEBER, Max. *Ensaios de sociologia*. (Organiz.) GERTH, H. H.; MILLS, C. Wright. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, sem data, p. 321; WEBER, Max. *Economía y sociedad*. México: Fondo de Cultura Econômica, 1944, pp. 146 e 345 *apud* PEREIRA, José Carlos de M. *A explicação...*, pp. 180 a 183.

[221] PEREIRA, José Carlos de M. *A explicação...*, p. 141.

[222] BERLINGUER, G. *Medicina e política*. São Paulo: Cebes/Hucitec, 1978, p. 181 *apud* PEREIRA, José Carlos de M. *A explicação...*, p. 55.

[223] PEREIRA, José Carlos de M. *A explicação...*, p. 23.

[224] Sobre ele, consulte PEREIRA, José Carlos de M. *A explicação...*, pp. 201 e seguintes.

[225] PEREIRA, José Carlos de M. *A explicação...*, p. 199: "Consequentemente, alcançar os objetivos dessa medicina, que se confunde com os ideais 'da medicina', dependerá em especial, de medidas de caráter coletivo postas em prática pelo Estado. Este, por sua vez, como se pode supor, só procederá assim se for suficientemente pressionado pela população interessada ou por uma parte dela suficientemente poderosa para se fazer ouvir."

[226] PEREIRA, José Carlos de M. *A explicação...*, p. 190: "Nessas condições, a ordem médica inevitavelmente sofrerá arranhões uma vez que, enquanto ela diz que se deve atender às necessidades médicas e promover a saúde de todos, independentemente de outras considerações, as razões políticas são de outra índole. Tanto assim que se pode dizer que a ética está ausente da política, no sentido de que as 'razões de Estado' calcam-se em relações de poder, e não num suposto 'direito' ético."

> "Desse modo, em grande parte, os serviços de saúde estatais serão prestados segundo os ideais da medicina apenas à medida que assim interesse aos grupos governamentais dominantes. Exemplificando: ainda que o fomento da saúde e a prevenção da doença sejam o objetivo ideal básico da medicina, a atuação do Estado nessa direção dependerá muito dos dividendos políticos que dela poderão advir. Se certas obras de saneamento, por ficarem invisíveis, produzirem resultados políticos inferiores a medidas na área da medicina curativa, estas, provavelmente, virão a ser preferidas. Nesse caso, os políticos optarão pela máxima da ordem política, que diz que 'obras públicas não devem ser enterradas', em vez de seguirem a máxima da medicina, segundo a qual, 'é melhor prevenir que remediar'."[227]

E essa dominação *pari passu* ambivalente - *como dominada e como dominante* -, refletiu nas ideologias de um poder ao menos simbólico que tem dirigido a vida das pessoas ao sabor de um cientificismo que, além de não conseguir mais resolver os problemas médicos, tem refletido, *a fortiori,* em problemas penais para a sociedade. Veja o que escreveu MEDEIROS PEREIRA:

> "em todas as situações, a ideologia terá um papel relevante: nos períodos de estabilidade, por representar a maneira como as classes sociais dominantes se vêem e ao seu mundo social e natural, acaba sendo compartilhada pelas demais classes. Nos períodos de mudanças, porque há certa luta entre as próprias classes dominantes (luta que se reflete na ideologia), ou porque grupos e classes sociais dominadas, mais ou menos revolucionárias, surgem no palco da história, inovando também o campo das idéias. De qualquer forma ...a ideologia estará presente nas idéias científicas, ainda que nelas esteja penetrando pela porta dos fundos da investigação. É que, quase necessariamente, o trabalho analítico 'começa com material fornecido pela nossa visão das coisas, e tal visão é ideológica quase por definição'."[228]

Dada a importância da questão, parece necessário continuar a ver, então, como isso se deu, se dá e, quiçá, deverá ou não continuar se dando.

Ora, a obtenção ou a ausência de dominação do discurso simbólico pode decorrer da competência ou fragilidade qualitativa ou quantitativa do orador. Com efeito, leciona FREIRE COSTA[229],

> "historicamente, até o séc. XIX[230], a figura social do médico era relativamente desprestigiada. ...Essa baixa conotação social derivava da insuficiência do conhecimento e da inexpressividade numérica dos profissionais. Até o final do século XVIII, a racionalidade do saber médico pouco se distinguia do conhecimento empírico dos jesuítas, pajés, curandeiros, entendidos *etc.* A prática curativa era essencialmente a mesma: sangria, purgativos, infusões com plantas e pós, dietas *etc.* Pobres no saber eles também o eram em número. Comparados com a massa de curiosos leigos, formavam um grupo pequeníssimo. A formação só podia ser feita na Europa. Não havia escolas de Medicina no Brasil até a chegada de D. JOÃO. Em 1794, no Rio de Janeiro, sede do Vice-Reino, existiam apenas 9 físicos e 29 cirurgiões.[231] A assistência efetiva à população fazia-se através da medicina popular."[232]

Como na lição de KÖNIG, "um dos motores da competição por vantagens sociais e econômicas através do enriquecimento e refinamento no convívio social é a expansão

---

[227] PEREIRA, José Carlos de M. *A explicação...,* p. 190.
[228] PEREIRA, José Carlos de M. *A explicação...,* p. 84.
[229] Críticas infundadas ao trabalho deste autor podem ser encontradas em PEREIRA, José Carlos de M. *A explicação...,* p. 123 e seguintes.
[230] Sobre parte da história da medicina no Brasil, veja SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo...,* pp. 189 e seguintes.
[231] As diferenças entre físicos e cirurgiões, bem como quanto às suas atribuições, podem ser encontradas em PEREIRA, José Carlos de M. *A explicação...,* pp. 244 a 246.
[232] COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...,* p. 74.

numérica dos representantes das classes dominantes"[233], foi justamente o aumento quantitativo dos oradores - *favorecido, em parte, como conta FREIRE COSTA, pela "renhida luta travada contra curandeiros e homeopatas..." quando da "...disputa de mercado"*[234] -, e aprimoramento da sua técnica de eloquência que possibilitou aos médicos assumirem o poder emblemático.

Então, ainda que de maneira inconsciente, a prática da medicina, exclusivamente pelos médicos, requente-se, reforça, reproduz e estabiliza, nos diz MEDEIROS PEREIRA, "as condições sociais prevalecentes em sua sociedade". E isso porque, continua ele,

> "de fato, de um lado, os grupos economicamente dominantes estão interessados não só, por exemplo, que a assistência médica conserve e repare, o mais rapidamente possível e aos menores custos, a saúde, principalmente daqueles que constituem a força de trabalho, mas que tal assistência adquira a conotação de um serviço prestado a membros de classes sociais subalternas. Porém, aos grupos politicamente dominantes, também interessa que essa assistência mantenha as relações de poder existentes, de modo que surja aos olhos dos dominados como uma concessão do poder. Evidentemente, seria difícil aos médicos, em especial quando funcionários ou empregados, retirar da assistência médica que prestam, conotações como as citadas, mesmo quando delas tivessem plena consciência. No entanto, essa assistência, independentemente das relações de trabalho a que se acham submetidos os médicos, de modo geral tende, de fato, a reproduzir as relações de dominação vigentes. Poderíamos até ir além e dizer que, como grupo e no limite, os médicos, se inteiramente obedientes aos ideais da medicina (de fomento, preservação e recuperação da saúde), poderiam considerar que os objetivos decorrentes desses ideais deveriam se sobrepor de tal modo aos demais (que são buscados por outros grupos e classes sociais), que se criaria algo assemelhado a uma 'mediocracia' ou a uma 'medicarquia'. Segundo essa visão extremada, teríamos uma procura de alteração das ditas relações, mas apenas para que os médicos se substituíssem aos grupos dominantes, transformando-se no principal deles. Exageros à parte, é perfeitamente possível, entretanto, notar, na ação dos médicos em geral, uma postura que, de uma forma ou de outra, acaba reproduzindo as relações de dominação-subordinação em vigor. Com efeito, como grupo profissional que possui um conhecimento superior sobre uma porção da realidade geralmente tida como altamente relevante pela maioria das pessoas (por se referir a assuntos vitais como a saúde, a doença e a morte), os médicos tendem a reivindicar uma certa superioridade social sobre os demais, em especial quando doentes e de classes sociais subordinadas. É claro que tal pretensão está alicerçada, por sua vez, no fato de que a maior parte dos médicos provém das classes mais altas, e porque - ou quando não -, a 'situação estamental' de que gozam lhes propicia uma 'situação de classe' que os situa entre elas. Em consequência, tenderiam a atuar, medicamente, como se fossem membros das classes dominantes perante membros das classes dominadas, e interessados na manutenção dessa dominação da mesma forma que os demais participantes dessas classes. Portanto, o frequente autoritarismo dos médicos confunde-se e decorre do poder que a sociedade (pelos seus grupos social, econômica e politicamente dominantes) os investiu, do conhecimento específico que possuem e do fato de, muitas vezes, pertencerem, por origem ou por situação social, às classes superiores (sobretudo no passado recente). Não é de estranhar, pois, que nas ações médicas, estejam também presentes conexões de sentido como as indicadas. De qualquer forma, estejam os médicos a serviço dos interesses de outros ou porque seus próprios interesses de grupo, de classe até estamentais o indicam, sua postura é geralmente autoritária nas relações médico-paciente. Espera-se que este último permaneça"[235],

agora escorando-se, vez ou outra, em BOLTANSKI,

> "'tão modesto, tão ingênuo, tão confiante na presença do médico' como (alterando o sentido dado pelo autor) o fiel diante da autoridade religiosa, ambos 'detentores de segredos inacessíveis aos profanos'. O autoritarismo médico é bastante perceptível no caso da hospitalização, situação em que é considerado bom paciente (do ponto de vista dos serviços hospitalares) o que não reclama do processo de despersonalização a que geralmente é submetido. Esse autoritarismo, que, certamente, muitos julgam intrínseco ao poder da profissão, e legítimo por derivar de um determinado tipo de conhecimento, é ainda mais evidente em instituições totais, como no caso de certos estabelecimentos sanatoriais para tratamento de doenças mentais, onde os asilados ficam,

---

[233] KÖNIG, René. *Sociologie de la mode*. Paris: Payot, 1969 *apud* COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...,* p. 105.
[234] COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...,* p. 211.
[235] PEREIRA, José Carlos de M. *A explicação...,* pp. 193 a 195.

> praticamente, à mercê da vontade de médicos e paramédicos. Poder-se-ia dizer que esses exemplos não constituem a regra, e que, em relações normais médico-paciente, não se usaria a ação social de caráter médico para reforçar o processo de dominação social vigente. Talvez, de fato, o fenômeno não ocorra com essa nitidez, mas dificilmente essas relações, quando o paciente é membro de classes sociais subordinadas, não reproduzem e reforçam as relações de classe existentes. É sabido que, apesar de os ideais da medicina preconizarem uma relação entre o médico e seu paciente que não leve em consideração a classe social deste, isso permanece no nível do ideal, não sendo realmente o que ocorre. Diz BOLTANSKI a respeito: como a confissão de uma modificação no comportamento do médico conforme a classe social do doente viria contradizer os princípios de uma ética médica de inspiração evangélica..., os médicos pretendem adaptar suas atitudes não às características sociais de seus doentes, mas ao 'caráter' particular de cada um deles ou, se preferirmos, à sua 'natureza'. Tudo se passa, no entanto, como se a percepção que tem o médico do doente, longe de ser imediata e espontânea, fosse uma percepção seletiva e organizada, que se operasse através de um número limitado de categorias que o jovem médico adquiriu durante sua formação e seus primeiros anos de exercício da profissão, e que lhe permite catalogar os doentes dentro de um número restrito de tipos psicológicos."[236]

"Em suma", volta a dizer com exclusividade MEDEIROS PEREIRA, "mesmo por meio das relações médico-paciente correntes, os médicos, ainda que de maneira inconsciente, estão frequentemente buscando reconhecimento à sua autoridade e aos de sua classe (ou à classe elevada com a qual eles tendem a se identificar)."[237]

Por isso, é que a eloquência médica precisa, para se manter e se expandir, invadir o corpo e a mente do etiquetado como doente ou inservível, ou melhor, como quer DONNANGELO, interpolada por MEDEIROS PEREIRA,

> "o objeto da prática médica não é a ciência do corpo, mas o próprio corpo, tanto o saudável como o patológico. Ora, esse corpo, socialmente falando, não se limita aos aspectos anátomo-fisiológicos, sendo, antes de tudo, um agente de trabalho. Além do mais, sob tal aspecto, ele não é homogêneo. De fato, 'em sociedades determinadas, os diversos corpos não têm significatividade igual, mas, ao contrário, se dimensionam e adquirem significados particulares, quer no plano das representações, quer ao nível da forma pela qual são incorporados à estrutura da produção social'. É sobre esse corpo, tanto biológico como social, que o trabalho médico se exerce. Tanto que, examinando a forma assumida pela prestação de serviços médicos, podemos identificar a que categorias sociais se destinam, pois se estruturam para atender a diferentes 'corpos sociais'."[238]

Dessa maneira, agora já se pode dizer que o discurso penal, divulgado a nós consumidores das agências, propagandeia que somos iguais, embora reste patente - *acredito que pelo menos depois dos parágrafos anteriores* -, que uns são mais iguais que outros, aritmética essa tornada inconteste depois do que disse DEBORD, *i. e.*, "o crescimento econômico libera as sociedades da pressão natural, que exigia sua luta imediatamente pela sobrevivência; mas, agora, é do libertador que elas não conseguem se liberar"[239], bem como após a investigação de FOUCAULT, cujo resultado afirma que

> "nessas condições seria hipocrisia ou ingenuidade acreditar que a lei é feita para todo mundo em nome de todo mundo; que é mais prudente reconhecer que ela é feita por alguns e se aplica a outros; que em princípio ela obriga a todos os cidadãos, mas se dirige principalmente às classes mais numerosas e menos esclarecidas; que, ao contrário do que acontece com as leis políticas ou

---

[236] BOLTANSKI, L. *As classes sociais e o corpo*. Rio de Janeiro: Graal, 1979, pp. 47 e 49-50 *apud* PEREIRA, José Carlos de M. *A explicação...,* pp. 195-196.
[237] PEREIRA, José Carlos de M. *A explicação...,* p. 196.
[238] DONNANGELO, M. C.; PEREIRA, L. *Saúde e sociedade*. São Paulo: Duas Cidades, 1976, pp. 26 a 28 *apud* PEREIRA, José Carlos de M. *A explicação...,* pp. 250-251.
[239] DEBORD, Guy. *A sociedade...,* p. 29.

> civis, sua aplicação não se refere a todos da mesma forma; que nos tribunais não é a sociedade inteira que julga um de seus membros, mas uma categoria social encarregada da ordem sanciona outra fadada à desordem."[240]

Em tons reais, *verbi gratia,* parodiando o estado policial, e relatando episódio do qual foi parte, MURILO DE CARVALHO conta que,

> "de início, podemos verificar que ...a igualdade de todos perante a lei, estabelecida no artigo 5°, da Constituição em vigor, é balela. Quem define a cidadania, na prática, é a polícia. Na curta conversa de dez minutos com um agente da lei, com alguém que deveria implementar os dispositivos constitucionais, descobrimos que ele estabelece, por conta própria, três classes de cidadãos, a saber: o doutor, o crente, o macumbeiro. Doutor é o cidadão de primeira classe, titular dos direitos constitucionais, merecedor do respeito e da deferência dos agentes da lei. O crente vem em segundo lugar: pode ter alguns direitos violados, mas ainda merece algum respeito. Por fim, o macumbeiro: não tem direitos, nem pode ser considerado cidadão. ...o que vale mesmo é a constituição da *Animal Farm (A revolução dos bichos)*, a famosa criação de GEORGE ORWELL; como todos sabem, após a reforma constitucional de *Animal Farm* feita pelos porcos, a constituição daquele país aparentemente imaginário reduziu-se a um artigo: "todos os animais são iguais, mas alguns animais são mais iguais do que os outros."[241]

De sorte que, não serve de alento sequer o princípio da legalidade, ainda que acolhido constitucionalmente porquanto, mesmo por ele, e com ele, é possível manter-se a desigualdade discursiva. Se não, vejamos como, acompanhando, para tanto, a lição de GRACIA MARTÍN. Para as classes poderosas, diz o escritor espanhol, a legalidade funciona como uma garantia formal e material, *pari passu*, pois:

> "a) é uma *garantia de proteção* de 'suas' esferas de liberdade material abundante ou superabundante frente a todos os possíveis ataques das classes sociais subordinadas e relegadas por aquelas esferas de liberdade material escassa ou superescassa; b) ao mesmo tempo, as garantias penais liberais - em especial o princípio de legalidade -, duplicam seu valor para as classes poderosas mediante seu funcionamento discursivo material como *garantias de exclusão* das ações materialmente criminosas do discurso de criminalidade; c) não obstante, esta última garantia opera, por sua vez, também como *garantia de expansão* das esferas de liberdade material abundante ou superabundante de tais classes sociais, pois a exclusão de sua própria criminalidade do discurso lhes garante uma completa liberdade de atuação criminal (no sentido material) que atua como um motor dessa 'expansão'."

Já para as classes subalternas e dominadas, ele representa apenas uma garantia formal, porque, materialmente, ele e os demais princípios "funcionam como *instrumentos de classificação, disciplina e repressão* de seu sistema material social de ação contra os bens jurídicos de cuja posse e fruição são excluídas em virtude do domínio superabundante dos mesmos pelas classes sociais poderosas", é dizer, continua ele,

> "concretamente, para as classes sociais submetidas, o princípio de legalidade opera *materialmente*: a) como instrumento de *classificação, disciplina e repressão* de sua existência condicionada pelas estruturas sociais, no sentido de que através dele as classes sociais poderosas traçam os limites dentro dos quais as classes submetidas poderão fazer uso de sua liberdade material (de ação) escassa ou superescassa; b) como instrumento de *privação* de sua liberdade material (de ação) escassa ou superescassa no caso de qualquer uso desta que transcenda os limites daquela disciplina; c) mas ao mesmo tempo, e em virtude do princípio, que quero formular aqui, de que o volume ou quantidade total de liberdade teoricamente aceitos entre todos e cada um dos seres humanos é *constante e invariável*, a realização efetiva da garantia de expansão que implica o princípio para as classes poderosas produz de imediato, e de um modo necessário, efeitos de 'contração' ou redução das esferas de liberdade material, escassa ou superescassa, das

[240] FOUCAULT, Paul-Michel. *Vigiar...,* p. 229.
[241] Para entender o contexto da narrativa, veja CARVALHO, José Murilo de. Brasileiro: cidadão? *In Pontos e bordados*: escritos de história e política. 2. reimpressão. Belo Horizonte: UFMG, 2005, pp. 275 e seguintes.

> classes sociais subordinadas, pois qualquer expansão da liberdade de uma classe social só é imaginável à custa da redução da liberdade da outra."[242]

Reflexo dual a que a legalidade se submete quando as agências, dela se valendo, programam a criminalização primária que se volta, com efeito, contra as classes proletárias e dominadas, excluindo as dominantes e burguesas, bem como quando da programação criminalizante secundária, em que as agências do segundo escalão - *somente na teoria, pois, na prática às vezes ocupam o primeiro lugar seletivo junto daquela, servindo como exemplo os grupos parapoliciais de extermínio ou as condenações judiciais sem prova* -, preferem perseguir aquelas[243], e não estas, mesmo quando suas ações médicas, destas, encontram-se previamente legiferadas como criminalizadas ou criminalizáveis.

Muito bem. Em decorrência disso, e como tinha razão DEBORD quando sentenciou que, "sempre que haja *representação* independente, o espetáculo se reconstitui"[244], é que ainda existem os subsistemas penais subterrâneos, encenados abaixo do palco, corroendo, como cupins, suas estruturas. Especificamente, existe, para não fugir da regra, um subsistema penal médico infrasuperfície que se apresenta quando o poder médico desvia órgãos transplantáveis, burlando a fila (que)de (des)espera - *e que, normalmente, por si só, devia ser um uso social* praeter legem, *respeitado* -, mas, também, quando o corpo médico de um hospital - *exercendo funções administrativas* -, frauda um certame licitatório, ou desvia verbas públicas em detrimento do menor preço, ou apresentando uma conta que não passa de um embuste, respectivamente. Detrás das cortinas ainda pode se apresentar um espetáculo de poder, inclusive com disputas internas, cujo exercício em si, em quase toda medida porém, colima manter, essencialmente, a hegemonia do discurso médico, não se descartando, entrementes, de lambuja, se possível, quem sabe ampliá-lo, o que acontecerá, e aqui me aproveito do que disse WACQUANT para outra situação, com "a segunda parte da inovação tecnológica, em matéria de... biometria, telemedicina *etc.*"[245] Portanto, é assim que o Direito Penal Médico, insaciavelmente, autoalimenta-se - *e com direito a um nidro na nossa face, após o jantar!* -, realizando aquela piadinha sem graça onde aquele arremedo de médico, numa paródia de exercício ético da medicina, admoesta o próprio filho que, recém-formado, cura o doente cuja manutenção do estado de morbidez, escandida adrede pelo pai, custeou-lhe os estudos.

---

[242] MARTÍN, Luis Gracia. *Prolegômenos...*, pp. 126 a 128.
[243] Quanto à seletividade das agências de programação criminalizante secundária, veja GROSNER, Marina Quezado. *A seletividade do sistema penal na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*: o trancamento da criminalização secundária por decisões em *habeas corpus*. São Paulo: IBCCrim, 2008, n. 45, passim.
[244] DEBORD, Guy. *A sociedade...*, p. 18.
[245] WACQUANT, Loïc. *As prisões...*, p. 89.

Ora, não bastasse isso, como restará demonstrado mais à frente, a invasão e a apropriação do corpo do indivíduo pelo discurso médico visou a interesses mais remotos dos individuais, que dos coletivos burgueses, reelaborados agora em neoliberais, tendo razão FREIRE COSTA quando sustenta que se a dependência da família burguesa para com agentes educativo-terapêuticos remonta às elites oitocentistas, sua atualmente idêntica dependência também é inegável, tutelando a medicina social, mediante uma política higiênica, aquela que pouco a pouco contentou-se em reduzir-se ao apelo para os especialistas médicos a fim de resolverem seus problemas domésticos.[246] Indiciariamente, "isto prova que os atos insignificantes preparam os mais importantes."[247]

Outrossim, com a ascenção da burguesia, que passou a reter o domínio do discurso, "a vida privada dos indivíduos foi atrelada ao [seu] destino político...; ...o corpo, o sexo e os sentimentos conjugais, parentais e filiais passaram a ser, programadamente, usados como instrumentos de dominação política e sinais de diferenciação social daquela classe."[248] A questão é saber se a medicina higiênica foi causa ou efeito nesse contexto[249], sem esquecer, o que não significa considerar, o que disse WEBER, *i. e.,* "a ação social real se desenvolve, normalmente, com escassa ou nenhuma consciência do sentido por parte dos agentes participantes; eles antes 'sentem' do que 'sabem'."[250]

Agora, o leitor deve estar se perguntando, quiçá ansiosamente, se o que realmente se está sustentando, e com uma desfaçatez surpreendente, é que a medicina, sobretudo a social, significou um mal para o povo brasileiro. Em resposta a essa suposta indagação, deve-se inclinar a responder, absolutamente, que não e que sim. Que sim, porque, admoesta FREIRE COSTA,

---

[246] COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...,* p. 12.
[247] Citando, ADOLPHO ALVES SIMÕES BARBOSA, COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...,* p. 203.
[248] COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...,* p. 13.
[249] Criticando, *prima facie,* JURANDIR FREIRE COSTA que a entende como causa, mas, ao final, parecendo aceitar suas conclusões, veja PEREIRA, José Carlos de M. *A explicação...,* pp. 124-125 e 129-130: "Às vezes, a análise resvala para o terreno perigoso de tomar a higiene como causa das transformações às quais se faz referência. Mas de modo geral, ela se mantém fiel à consideração de que as medidas higienizadoras constituíam um efeito das transformações socioeconômicas relativamente profundas (e que são dadas por conhecidas) que se produziram no Brasil, com sua integração mais intensa ao capitalismo mundial. ...O autor, no nosso entender, exagera na racionalidade que atribui ao Estado brasileiro na utilização dos higienistas como instrumento de modelação da família burguesa. ...Em relação ao trabalho de JURANDIR FREIRE COSTA, poder-se-ia fazer aqueles reparos já mencionados. O primeiro, de atribuir aos agentes sociais da história, principalmente ao Estado, uma racionalidade praticamente impossível de ocorrer em condições sociais concretas. O segundo, de imputar à higiene a característica de condição por demais determinante, sem se referir à sua característica funcional: a de efeito. É como se ela tivesse sido, por si só, um dos fatores mais significativos na adequação dos hábitos, costumes e comportamentos da família burguesa do Rio de Janeiro de meados do século XIX. Pela análise do material histórico utilizado, fica claro que esse papel foi importante. Mas tendo sido alteradas as bases econômicas da vida social, as relações sociais e a ideologia que as sustentava teriam, inevitavelmente, de acompanhar a mudança fundamental. Nesse sentido, a própria revolução da higiene, representada pela nova maneira de encarar o corpo e as relações sociais, constituiu um fruto daquelas transformações. Em outras palavras, a higiene fazia parte de um complexo de causas e efeitos. O autor a tratou como condição determinante em vez de efeito, porque foi essa a perspectiva que adotou. Sem dúvida, tal tratamento produziu resultados interpretativos interessantes e aceitáveis."
[250] PEREIRA, José Carlos de M. *A explicação...,* p. 167.

> "quando observamos os resultados da educação higiênica, uma conclusão se impõe: a norma familiar produzida pela ordem médica solicita de forma constante a presença de intervenções disciplinares por parte dos agentes de normalização. De fato, muitos dos fenômenos apontados, hoje em dia, como causas da desagregação familiar, nada mais são que consequências históricas da educação higiênica. Em outros termos, as famílias se desestruturaram por terem seguido à risca as normas de saúde e equilíbrio que lhes foram impostas."[251, 252]

Também, porque a medicina, e não há como negar isso, inventou, ou, ao menos, aproveitou-se da doença para vender seus préstimos como únicos úteis a debelá-la, assumindo a dominação do discurso preventivo e curativo e, em última medida, a dominação não só do corpo, senão, da vida das pessoas.

Que não, por outro viés, porque não sei se o domínio discursivo - *atrelado a um cientificismo que impede os médicos de perceberem que o exercício da lex artis tem sempre, e necessariamente, um reflexo político, bem como de reverem as matrizes sociais da ciência médica*[253] -, retirado da medicina não cairia em mão menos habilidosa, ou mesmo se o exercício da medicina, de *per se*, olvidando seu poder simbólico, não teria algo, realmente, de bom. Resumindo, parece ter razão FREIRE COSTA quando afirma "que a família sofre e precisa ser ajudada, não há dúvida!"[254], e,

> "no que diz respeito ao progresso científico da higiene, seus benefícios para os indivíduos são inegáveis. Não se trata de negar ou desvalorizar a importância destes fatos. O que importa é notar que a própria eficiência científica da higiene funcionou como auxiliar na política de transformação dos indivíduos em função das razões de Estado. Foi porque a medicina era, de fato, empírica e conceitualmente científica que sua ação política foi mais operante[255]. Diante de um saber colonial estribado em noções médicas dos séculos XVI, XVII e XVIII, pré-experimentais e em sua quase totalidade filosóficas e especulativas, a higiene surgiu arrasadoramente convincente. No entanto, é preciso sublinhar que sua força foi impulsionada pelo interesse político do Estado na saúde da população. No caso brasileiro esta evidência é incontestável. O Estado brasileiro que nasce com a abdicação[256] é o moto-propulsor do súbito prestígio da higiene.[257] A atividade médica coincidia e reforçava a solidez de seu poder. Por isso recebeu seu apoio."[258]

De bom, portanto, parece que seria aquele algo que, afastando o controle terapêutico arrimado numa fabricada fragilidade do indivíduo em razão da sua insubmissão às normas de saúde - *como o cão que rotaciona amiúde, perseguindo a calda* -, entende a medicina não imprescindível ao invés de não prescindível, porquanto o contrário, segundo FREIRE COSTA - i.

---

[251] COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...,* p. 15.
[252] Apontando, equivocadamente, exageros nesta concepção, veja PEREIRA, José Carlos de M. *A explicação...,* pp. 124 a 130.
[253] COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...,* p. 16.
[254] COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...,* p. 17.
[255] Outros motivos, porém, podem ser encontrados em COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...,* p. 63.
[256] Sobre o assunto, veja COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...,* p. 148.
[257] Citando MACHADO, Roberto *et alii*. *Danação da norma*: medicina social e constituição da psiquiatria no Brasil. Rio de Janeiro: Graal, 1978, p. 71, veja COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...,* p. 57: "Coincidindo com a ascensão do Estado nacional, a higiene médica experimentou um significativo progresso em sua expansão. Em 1829 é fundada a Sociedade de Medicina e Cirurgia do Rio de Janeiro. Essa entidade representava o grupo médico que lutava por se impor junto ao poder central como elemento essencial à proteção da saúde pública e, por extensão, à ordenação da cidade. Em 1832 este grupo obtém uma vitória expressiva em seus avanços para o poder. Naquela data as sugestões contidas nos relatórios da Comissão de Salubridade, setor da Sociedade, são incorporadas ao Código de Posturas Municipais do Rio de Janeiro. Aproximadamente vinte anos depois, em 1851, o Estado cria a Junta Central de Higiene Pública, que confirma e estende a participação da higiene nos cuidados da população."
[258] COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...,* p. 32.

e., *"mais exercícios físicos, mais educação sexual, mais ginásticas mentais e mais esforços intelectuais"* -, ensejaria "inevitavelmente... maior disciplina, maior vigilância e maior repressão"[259], em sinonímia, maior poder de dominação discursivo-simbólica que, inclusive, alcançou "matas, pântanos, rios, alimentos, esgotos, água, ar, cemitérios, quartéis, escolas, prostíbulos, fábricas, matadouros e casas.[260] Então,

> "não se trata de negar a desorientação e o sofrimento emocional que perseguem os indivíduos urbanos às voltas com seus dilemas familiares. A dúvida consiste em saber se os remédios propostos, ao invés de sanarem o mal, não irão perpetuar a doença. O problema começa quando percebemos que a lucidez científica das terapêuticas dirigidas às famílias escondem, muitas vezes, uma grave miopia política. Miopia que tende a abolir, no registro do simbólico, o real adjetivo de classe existente em todas estas lições de amor e sexo dadas à família."[261]

Todavia, seria embalde dizer que o direcionamento assumido pela medicina foi volitivo, porque, sinceramente, não parece ser plausível acreditar que o tenha sido. E realmente não o foi porque o poder emblemático, como sabido, é exercido por e contra pessoas que desconhecem essas suas respectivas condições de dominantes e dominados. Portanto, como ensina FREIRE COSTA,

> "é quase supérfluo notar que não houve intencionalidade finalista no manuseio recíproco desses interesses. Medicina e Estado convergiram, mas também divergiram, por vezes, tática e estrategicamente. Nem sempre os dois poderes reconheceram o valor da aliança que haviam estabelecido. Só historicamente é possível perceber que em meio a atritos e fricções, intransigências e concessões, estabilizou-se um compromisso de mão dupla vazado na salubridade: o Estado aceitou medicalizar suas ações políticas, reconhecendo o valor político das ações médicas"[262],

e, quase sempre, com vantagens para ambos[263] que, dividindo o poder, conquistaram. A medicina, mais rápida e mais adequada aos problemas salutares apresentados na ocasião e, alerta FREIRE COSTA, "servindo-se de técnicas análogas às da militarização"[264], suprimia a "inoperância da burocracia"[265], enquanto o Estado com seu poder hegemônico, cuja amplidão e descentralização impediam um controle atuarial mais escorreito, abria brechas em seu corpo para a permanência parasitária daquela.

---

[259] COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...*, pp. 16 e 184 a 187.
[260] COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...*, p. 30; especialmente alcançando as residências, veja o que diz CANDIDO, Francisco de Paula. *Relatórios sobre as medidas de salubridade reclamados pela cidade do Rio de Janeiro*, citado por FREYRE, Gilberto. *Sobrados e mucambos*: decadência do patriarcado e desenvolvimento do urbano. 16. ed. São Paulo: Global, 2006, pp. 433-434 *apud* COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...*, p. 110: "Do ponto de vista da higiene, a habitação antiga prestava-se a todo tipo de crítica. Sua arquitetura fechada, impermeável ao exterior, elaborada para responder ao medo dos 'maus ares', ventos e miasmas foi duramente atacada pelos médicos como insalubre e doentia: 'As casas do Rio de Janeiro parecem destinadas antes à Lapônia ou à Groenlândia do que à latitude tropical... uma fatal alcova, dormitório predileto; escura e modesta sala com um corredor escuro; uma sala de jantar, de costurar, de tudo, exceto de saúde, pouco mais escura que a sala da frente, mas munida de infalível alcova, mediante ou não outro corredor, a cozinha térrea."
[261] COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...*, p. 17.
[262] COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...*, pp. 28-29.
[263] COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...*, p. 64: "Os trabalhos médicos sobre a higiene mostram como, no nível do saber, essa troca de favores entre medicina e Estado foi teorizada. Um mesmo eixo lógico orientava todos eles. De início, o fenômeno físico, cultural ou emocional era aspirado e convertido em fato médico e, em seguida, reinjetado no tecido social conforme a articulação prevista. Desta forma, o repertório de sentimentos e conduta antes administrado pela família era encampado pela medicina e, através dela, devolvido ao controle estatal."
[264] COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...*, pp. 29 e 48.
[265] Nesse sentido, COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...*, p. 29.

Como o tema merece mais atenção, deve-se aproveitar, agora, de uma passagem de DEBORD escrita para outra situação, para se dizer que já não era hora de idéias, era hora de fatos e atos[266]; que "a ignorância... nunca deixou de servir ao poder estabelecido"[267], malgrado a mediação entre teoria e prática possibilitasse que os proletários deixassem "de ser *espectadores* dos acontecimentos ocorridos em sua organização, mas conscientemente" [268] passassem a escolhê-los e vivê-los[269]; que "os fatos ideológicos nunca foram simples quimeras, mas a consciência deformada das realidades, e, como tais, fatores reais que exercem uma real ação deformante"[270]; que, outrossim, "o fato de já não ter contestação conferiu à mentira uma nova qualidade"[271]; e que, uma das características do discurso espetacular, no dizer do mesmo, é reconstituir-se sempre que haja representação independente[272]. É dizer, o discurso médico simbólico higienizador, suscitando, como percebeu FREIRE COSTA, "o interesse do indivíduo por sua própria saúde"[273], difundiu-se, assustadoramente, ampliando seu alcance através de uma via de mão única, porquanto se a medicina vendia uma novidade é óbvio, e aqui plagia-se DEBORD para se interpolar e dizer, que ela tinha "todo o interesse em fazer desaparecer o meio de aferi-la"[274], exclusivamente com o intuito de, prescindindo do poder punitivo, assumir, sozinha, o monopólio do discurso[275] e, assim, poder catequizar - *pois a medicina utilizou-se de uma "pedagogia jesuíta"*[276] -, medicamente, também sozinha, os novos conversíveis das necessidades neoliberais, domesticando-os mediante um adestramento pautado pelos interesses da nova elite urbana.

Como é preciso, para manter a estrutura dominal já adquirida - *porquanto, ensina DEBORD, "a estrutura é filha do poder"*[277] -, manter, pelo menos, o *quantum* de poder simbólico já obtido, embora o mister de mais poder, comumente insatisfazível, sempre recepciona bem qualquer

---

[266] DEBORD, Guy. *A sociedade...*, pp. 62-63.
[267] DEBORD, Guy. *A sociedade...*, p. 199.
[268] DEBORD, Guy. *A sociedade...*, p.78.
[269] DEBORD, Guy. *A sociedade...*, p.78.
[270] DEBORD, Guy. *A sociedade...*, p. 137.
[271] DEBORD, Guy. *A sociedade...*, p. 176.
[272] DEBORD, Guy. *A sociedade...*, p. 18.
[273] COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...*, p. 29; As razões disso e como isso foi conseguido, estão em COSTA, Jurandir Freire. *Op. cit.*, p. 63.
[274] DEBORD, Guy. *A sociedade...*, p. 178; em sentido contrário, ancorando-se em JOAQUIM JOSÉ DOS REMÉDIOS MONTEIRO, COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...*, pp. 213-214: "Julga-se que o vulgarizar a medicina pelo povo poderia induzi-lo a praticá-la e fiar-se de si mesmo em vez de recorrer aos profissionais; o contrário porém é o que sucede. As pessoas mais instruídas nesta matéria são ordinariamente as mais dóceis e as que buscam os conselhos dos médicos, enquanto os ignorantes são os mais ousados em exercitar a arte e mais prontos a desconfiar dos médicos."
[275] COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...*, p. 76: "No séc. XIX, a medicina vai lutar tenazmente contra esta situação, procurando monopolizar o saber e condensar na figura do médico o direito de assistir os doentes."
[276] COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...*, p. 48.
[277] DEBORD, Guy. *A sociedade...*, p. 131.

aumento[278] - *pois é o poder que recria o poder* -, parece evidente, requente-se, que a medicina tenha reinventado - *ainda que reincidindo, copiosamente, nas mesmas características da morbidade original* -, constantemente, uma necessidade para, diante dela, apresentar-se como única solução. Então, invertendo a advertência de DEBORD, fica permitido afirmar que: também é possível conservar a coisa quando o nome foi mudado em segredo.[279] Com efeito, parece incontestável FREIRE COSTA quando, menos ou mais nesses mesmos termos, expõe que

> "essa estratégia, no entanto, criava seus próprios limites e exigências. Os higienistas, para manterem viva a situação de tradutores exclusivos do obscuro, vão ser obrigados a inventar, cada vez mais, fatos, distinções e classificações novas do corpo dos indivíduos e do sentimento da família. As diferenciações vão tender para o infinito. O nominalismo da higiene, como já se pôde observar, correspondia à persistência da medicina classificatória do século XVIII no interior da medicina anátomo-clínica do século XIX. No caso da psiquiatria, esse fato é, particularmente, expressivo. Entretanto, outros motivos explicavam a insistência da medicina higiênica em dominar e classificar, exaustivamente, fenômenos físicos e sentimentais. A necessidade de apresentar o banal sob o signo do insólito era uma condição necessária à implantação da hegemonia médica. A medicina social criava o fato médico inédito e apresentava-o à família que, atônita, descobria no saber higiênico a prova de sua incompetência."[280]

Oportunistas, os médicos, mormente os da higiene, sempre souberam aproveitar o momento consentâneo - *nunca sem o pressuposto autorizativo do Estado, seja por ação, seja por omissão* -, para, estrategicamente, fomentar seu poder infinitamente. Eles, nos fala FREIRE COSTA,

> "faziam um jogo duplo: por um lado, mostravam o mundo como fascinante. Por outro, como perverso. Procuravam demonstrar que para abordá-lo era preciso prudência, mas, sobretudo, ciência. A imoralidade e o sofrimento espreitavam incautos, prontos a tragá-los. A cidade burguesa que, através da higiene, ia sendo saneada de pestes e epidemias, via-se agora, através da mesma higiene, contaminada por uma infinidade de misérias morais."[281]

E, quando percebiam que estavam perdendo prestígio, reinventavam[282] os argumentos que convenciam os terceiros da sua necessidade, como no caso do "mundo obsceno, moralmente destrutivo [que] foi inventado para criar na família terror ao exterior e ternura pelo convívio íntimo. Este artifício desacelerava o movimento de sociabilidade que parecia fugir ao controle médico."[283] Os médicos, que estavam

> "sempre à mão, aproveitavam cada consulta para resolver certos problemas e deixar plantados os germes de novas dificuldades. Observados os efeitos do que eles próprios criavam, reforçavam a

---

[278] COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...,* p. 147: "O outro tipo de ganho resultou de um compromisso. Medicina e família, enquanto se batiam, foram chegando, aos poucos, a um acordo. A primeira tiranizava a segunda, que se deixava dominar, mas em troca da participação no próprio poder médico. Após capitular diante da medicina, de reconhecer o valor do corpo e da moral sadia, a família passou não só a consumir como a difundir serviços médicos. De consumidora passiva, passou a produtora e comerciante. Começou a produzir seus próprios médicos. Começou a enaltecer sua figura. Alterou o sentido de seus investimentos: em vez do 'filho-padre', o 'filho-doutor'. O 'médico de família' foi uma vitória da higiene; o 'filho-médico' foi um tratado de armistício entre os dois poderes. Apropriando-se do médico, o grupo familiar não mais se opôs à higiene. Pelo contrário, ajudou-a a expandir-se, pois já estava participando dos seus lucros."

[279] Sobre o original, DEBORD, Guy. *A sociedade...,* p. 193: "É possível conservar o nome quando a coisa foi mudada em segredo (seja cerveja, bife ou um filósofo)."

[280] COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...,* p. 71.

[281] COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...,* p. 134.

[282] E, aqui, qualquer semelhança com a "renormatização" não é mera coincidência.

[283] COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...,* p. 136.

> convicção de que a prática confirmava a teoria. Acreditavam que, em todos estes momentos, intervinham como solícitos portadores de neutras soluções científicas."[284]

Por outro lado, não se deve ter tanta certeza, hoje, sobre a posição sobranceira da medicina, senão, deve-se de novo reconhecer que DEBORD estava certo quando dizia já no segundo terço do século passado que

> "a medicina moderna, por exemplo, conseguiu se fazer considerada útil por algum tempo, e os que haviam vencido a varíola ou a lepra eram bem diferentes dos que capitularam vergonhosamente diante das radiações nucleares ou da química agroalimentar. É fácil perceber que hoje a medicina já não tem o direito de defender a saúde da população contra o ambiente patógeno, porque isso significa opor-se ao Estado[285], ou apenas à indústria farmacêutica. Mas não é só pelo que ela é obrigada a calar que a atual atividade científica confessa aquilo que se tornou. Muitas vezes é também pelo que ela tem a simplicidade de dizer. Ao anunciar em novembro de 1985, após uma experiência de oito dias com quatro doentes, que talvez tivessem descoberto um remédio eficaz contra a Aids, os doutores EVEN e ANDRIEU, do hospital Laënnec, provocaram dois dias depois, quando os doentes morreram, certas reservas por parte de médicos menos progressistas ou talvez invejosos, quanto ao modo precipitado como os dois pesquisadores logo registraram o que não passava de uma aparente vitória - algumas horas antes da derrocada. Os dois se defenderam sem se perturbar, afirmando que 'afinal, mais vale uma falsa esperança do que esperança alguma'. Em sua imensa ignorância nem perceberam que esse argumento é, em si, a negação completa do espírito científico: ele sempre serviu, historicamente, para encobrir as lucrativas quimeras dos charlatães e feiticeiros, na época em que não lhes entregavam a direção de hospitais."[286]

Ou seja, em certa medida, no embate pelo poder hegemônico, a medicina parece estar perdendo o domínio sobre o discurso e, parafraseando RADBRUCH, aqui posto em dúvida, para ser substituída por algo melhor do que ela? Ou, quem sabe, exorcizando o diabo com o belzebu.[287]

Enfim, não é inoportuno comungar com BOURDIEU quando ele diz:

> "como não evocar... o caso dos juristas que, à custa de uma 'piedosa hipocrisia', estão em condições de perpetuar a crença de que seus vereditos encontram seu princípio não em restrições externas, sobretudo econômicas, mas nas normas transcendentes de que são os guardiães? O campo jurídico não é o que acredita ser, isto é, um universo puro de todo comprometimento com as necessidades da política ou da economia. Mas o fato de que consiga fazer-se reconhecer como tal contribui para produzir efeitos sociais inteiramente reais e, em primeiro lugar, sobre os que têm por profissão dizer o direito. Mas o que será dos juristas, encarnações mais ou menos sinceras da hipocrisia coletiva, caso se torne de notoriedade pública que, longe de obedecer a verdades e a valores transcendentes e universais, eles estão trespassados, como todos os outros agentes sociais, por restrições como as que exercem sobre eles, subvertendo os procedimentos e as hierarquias, a pressão das necessidades econômicas ou a sedução dos sucessos jornalísticos?"[288]

Mutatis mutandis, o mesmo vale para os médicos e para a medicina.

Em resumo, na lição de SCHWARCZ,

> "é hora de refletir. ...Aí estão os 'homens de direito' e de 'medicina'. Uns com a lei, outros com o remédio. Em ambos apenas uma certeza: a vontade de ter nas mãos o comando dos destinos dessa pobre nação. Visto por este prisma, talvez o debate tenha mesmo se concentrado entre as escolas de direito e medicina. Instaurada uma espécie de disputa pela hegemonia e predomínio científico,

---

[284] COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...,* p. 139.
[285] Historicamente, dava-se o contrário. Se não, veja COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...,* p. 63: "Todo o trabalho de persuasão higiênica desenvolvido no séc. XIX vai ser montado sobre a idéia de que a saúde e a prosperidade da família dependem de sua sujeição ao Estado."
[286] DEBORD, Guy. *A sociedade...,* pp. 198-199.
[287] HASSEMER, Winfried. *Introdução...,* p. 432.
[288] BOURDIEU, Pierre. *Sobre...,* p. 116.

percebem-se dois contendores destacados: de um lado o remédio, de outro a lei. O veneno previsto por uns, o antídoto na mão dos outros."[289]

[289] SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo...,* pp. 238 e 241.

2 O INÍCIO E O(S) MEIO(S), MAS (E) NÃO (A) O FIM (FINALIDADE), DA INTERVENÇÃO MÉDICA NO PODER PUNITIVO BRASILEIRO

No Brasil, a medicina, ao menos aquela vinculada às questões penais, pode ser avaliada sob três aspectos que parecem imprescindíveis para o entendimento mais claro e real da situação médico-penal nacional atual. Embora ambos pressuponham uma medicina coletiva[290] - *ainda que aplicada individualmente*[291] -, voltada para as questões higienizadoras - *e, muita vez, camufladamente higiênica* -, um deles se refere a um domínio do discurso médico dirigido à higienização dos espaços públicos e da gente que o ocupa, enquanto os outros dois se voltam para a higienização eugênica do povo - *entre nós desde 1934, dentro de uma constituição democrática*[292] -, encontrando-se eles sob a vertente étnica e, ou, genética. Todos, porém, não passaram e não passam de um exercício de poder que insiste em se impor, arrimando-se no inegável, embora indesejável, domínio advindo ou de uma linguagem, uma indumentária e um local de atendimento espetaculares[293], específicos e inacessíveis aos não médicos, ou de uma necessidade terapêutica e preventiva inventada - *ou, quando menos, espetacularizada com o intuito de desesperar* -, por eles ou, ainda, pelo simples usufruto do poder *per se*, que tanto anima e ufana o ser humano, insistindo em se impor, dizia-se, a todos aqueles excluídos em razão do descarte higiênico e trabalhista promovido pelas conveniências da atual política neoliberal[294] que pretende se sustentar mediante uma *self fulfilling prophecy.*[295]

---

[290] Entendendo que os problemas médico-sociais estão no entorno da medicina coletiva, e não da individual, DONNANGELO, M. C.; PEREIRA, L. *Saúde e sociedade*. São Paulo: Duas Cidades, 1976, p. 33 *apud* PEREIRA, José Carlos de M. *A explicação...,* p. 251.

[291] Os problemas advindos da medicina individual curativa podem ser garimpados em PEREIRA, José Carlos de M. *A explicação...,* p. 196: "As tensões apontadas no decorrer de nossa exposição entre a esfera médica e outras esferas sociais ocorrem fundamentalmente no caso da medicina curativa e individual. Esta, pelas razões indicadas, dispõe-se, com frequência, a contrariar a ênfase que, em termos estritamente ideais, a medicina coloca no fomento da saúde e prevenção da doença. É sobretudo nesse tipo de medicina que motivações outras, não médicas, dão sentido econômico, político, burocrático *etc.* aos atos médicos. Sobretudo nela é que médicos (como os atores sociais privilegiados das relações sociais orientadas pelo conteúdo de sentido da ordem médica), empresas capitalistas (voltadas para a prestação de serviços nesse setor), o Estado e demais participantes de menor relevância das relações sociais em pauta, podem buscar a realização de objetivos estranhos aos ideais da medicina. Mas é exatamente em decorrência disso que se criam muitos dos impasses discutidos."

[292] Aparentemente, entendendo incompatíveis a eugenia e a democracia constitucional, CARVALHO, José Murilo de. A utopia de Oliveira Viana*. In Pontos e bordados*: escritos de história e política. 2. reimpressão. Belo Horizonte: UFMG, 2005, p. 204.

[293] Sobre esses elementos como fatores de formalização do discurso, no caso, jurídico, embora extensíveis ao médico, *mutatis mutandis*, veja HASSEMER, Winfried. *Introdução...,* pp. 412 a 418.

[294] Como exemplo, cito WACQUANT, Loïc. *As prisões...,* p. 105: "'A nova organização das penas', observa o criminologista THIERRY GODEFROY, é estabelecida 'em relação com o controle de uma população crescente, jovens adultos em situação de espera entre escolaridade e trabalho', ao passo que se deixa disponível uma reserva de mão de obra desqualificada e pouco exigente 'útil para o desenvolvimento do setor dos serviços assim como para as novas formas de organização da produção, que se aproveitam em grande medida da precariedade e da mobilidade'. Essa reconfiguração da punição provoca o aumento da 'pressão penal não sobre as 'classes perigosas' *stricto sensu*, mas sobre os elementos marginalizados do mercado de trabalho (particularmente os jovens e os estrangeiros) aos quais são oferecidas como perspectiva apenas a aceitação de uma inserção no mercado dos empregos inseguros ou sanções carcerárias, sobretudo em caso de reincidência."

[295] Advertindo sobre ela, R. K. MERTON, citado por PEREIRA, José Carlos de M. *A explicação...,* p. 65: "Mas é nas ciências sociais, possivelmente, que ocorre a maioria dos casos de teorias proféticas que se autocumprem, validando conhecimentos

2.1 O embate entre o discurso médico oficial e o inoficial: alternância e miscelânea dominiais discursivas

Acima, ficou alinhavado que a medicina não oficial foi suplantada pela invulgar. É de crer-se que o tema agora merece um pouco mais de detença. Primeiro, vejamos como a medicina formal-oficial conseguiu adquirir a primazia do discurso médico, sabendo de antemão, por FREIRE COSTA, que "o médico, nessa corrida para o poder, tropeçava a todo instante na incômoda herança dos tempos coloniais", porquanto, "a medicina, mesmo quando já possuía um conhecimento de racionalidade bem superior à que orientava a prática curativa leiga, teve que enfrentar o descrédito da cultura."[296] Pois bem. Tanto a resistência a ele - *visto que os médicos, desde o século XIX, esforçaram-se para se livrar do passado combatendo, "desesperadamente, curandeiros, parteiras, homeopatas e tentavam, a todo custo, riscar da memória histórica a antiga submissão à burocracia e mesmo à religião*"[297] -, quanto a dominação por esse discurso obtida pela exclusividade de apresentar um saber médico, sobretudo formal-oficial, vendido ao paciente-consumidor com o rótulo da inabdicabilidade, encontram raízes mais fundas que o descobrimento do Brasil, estando fincadas em solo português e nacional - *nesse caso, também literalmente, em razão da participação intensa que a nossa flora desempenhou no nosso processo de medicinalização e medicalização* -, bem como em sociedades ou mesmo pessoas dirigidas por tradições - *folclórias, religiosas* etc. -, de natureza diversa e, ou, antagônica, numa disciplina cuja dualidade, ou mesmo trialidade de influências repercutiu sobremaneira na composição do discurso médico formal-oficial, a despeito deste, ao final, remanescer como dominante, mesmo que com pouco folga, porque amalgamado pelos constantes e poderosos influxos que ele sofreu, e sofre, projetados a partir da medicina não invulgar. Um pequeno percurso histórico pode indicar o porquê disso, é dizer, o porquê de o discurso médico formal-oficial haver se sobreposto aos demais, e nessa condição haver se mantido até hoje, quando não ampliou seu poderio. Se não, vejamos.

---

errôneos ou, inversamente, de profecias suicidas, por evitarem, uma vez vindas a público, o acontecimento previsto, dando, consequentemente, a impressão de serem errôneas, quando, na verdade, são corretas. ...É mais difícil a ocorrência de tais profecias diretamente no campo da saúde. No entanto, poderão ocorrer muitos casos de situações inversas, ou seja, de profecias suicidas. Elas se produzem em todos os campos de atividade social, uma vez que os homens, ao agirem para prevenir a ocorrência do fenômeno previsto, impedem-no efetivamente de se realizar. Estão nesse caso todas as epidemias previstas e não-acontecidas por terem sido tomadas as medidas convenientes, como vacinações em massa, por exemplo. ...Uma dificuldade acessória na análise científica dessas profecias suicidas está em que, se podiam ser corretas (só não se produzindo o evento previsto em razão da ação desencadeada em decorrência da própria previsão), também poderiam ser falsas, não sobrevindo o acontecimento previsto, não por causa das medidas tomadas, mas simplesmente porque, realmente, não ocorreria de maneira nenhuma. Seria o caso de uma epidemia que não se produziu não porque as pessoas foram vacinadas, mas porque não ocorreria de qualquer modo."

[296] COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...*, p. 76.

[297] COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...*, p. 76.

Desde seu descobrimento, o Brasil Colônia, porque sob a vigência de uma legislação lusa que proibia a manufatura fabril, a imprensa e as escolas, foi despido de ambiente confortável para qualquer expressão de ciência e inteligência[298, 299], bem ao conforto da modernidade que mais tarde adveio da Revolução Industrial e que, necessitada do uso da máquina, privilegiava a mecânica e a matemática aos fatores subjetivos[300], embora fosse, tão logo, modificada essa conjuntura pela influência dos positivistas que "chegaram a formar a aristocracia do pensamento brasileiro, a nossa *intelligentsia*."[301] Ainda em 1792, a intromissão dos avanços médicos do engenho francês incorria na tipagem do contrabando da literatura que, inacessível à maioria, abria espaço ao exercício do curandeirismo, notadamente rudimentar e primitivo, *mix* da tradição popular invasora com a magia e o empirismo do escravo e do autóctone, com uma aqui e outra ali práticas dos jesuítas e com a técnica de uns poucos licenciados.[302] O aumento do quadro de curandeiros[303] se acentuava na medida em que a quantidade de doentes aumentava em relação aos médicos existentes[304] que, por sua vez, diminuíam na proporção do afastamento que o clima e outras dificuldades realizavam nos esculápios alienígenas, pouco importados tanto quanto eram exportados os nacionais que quase nunca podiam custear seus estudos ultra-mar.[305]

Não se reduzindo somente à logomaquia, "além do mais", sustenta FREIRE COSTA,

> "o que denominamos hoje em dia médico não encontrava correspondência em nenhum outro grupo profissional da Colônia. A função de curar, mesmo entre aqueles que tinham o exercício da profissão legalmente reconhecido, era repartida em uma infinidade de categorias: 'os profissionais que praticaram a medicina no Brasil, nos três primeiros séculos até princípios do XIX, denominaram-se 'físicos'[306] ou 'licenciados', 'cirurgiões-barbeiros', ou 'cirurgiões-aprovados', ou 'cirurgiões-examinados'. Os primeiros, os médicos, propriamente ditos, formados em escolas européias, principalmente portuguesa e castelhana, ocuparam quase todos os cargos de físicos da Coroa, do Senado da Câmara, do 'partido', da tropa. Reduzidos em número e saber residiam eles nas principais cidades e vilas, e nas sedes das capitanias. Os segundos, os cirurgiões barbeiros, compuseram a maior parte dos profissionais da medicina, dada a escassez de físicos. Como estes, moravam nas cidades e vilas, ocupando muitos deles cargo na tropa, no Senado da Câmara e outros na administração. Ainda mais ignorantes da Arte do que os físicos, encontraram nos 'barbeiros' os seus maiores concorrentes. Estes últimos, que também se submetiam a exame para os atos de sangria, sarjação, aplicação de ventosas e arrancamento de dentes, distribuíram-se por

[298] HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. 30. reimpressão. São Paulo: Cia. das Letras, 2008, p. 83: "Nos seus *Estudos do bem comum*, publicados a partir de 1819, o futuro visconde de Cairu propõe-se mostrar aos seus compatriotas, brasileiros ou portugueses, como o fim da economia não é carregar a sociedade de trabalhos mecânicos, braçais e penosos. E pergunta, apoiando-se confusamente numa passagem de ADAM SMITH, se para a riqueza e prosperidade das nações contribui mais, e em que grau, a *quantidade de trabalho* ou a *quantidade de inteligência*."
[299] NAVA, Pedro. *Capítulos...*, pp. 151-152.
[300] HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes...*, p. 84.
[301] HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes...*, p. 159.
[302] NAVA, Pedro. *Capítulos...*, p. 152.
[303] Cuja relação, ainda que mínima, pode ser encontrada em NAVA, Pedro. *Capítulos...*, p. 153.
[304] NAVA, Pedro. *Capítulos...*, p. 152: "A ausência de médicos e de cirurgiões habilitados determinava fatalmente sua substituição pela chusma de curiosos que encheu a crônica dos tempos da colônia e mesmo de épocas mais recentes."
[305] NAVA, Pedro. *Capítulos...*, p. 152: "Repetindo o que afirma ALFREDO NASCIMENTO, podemos dizer que 'a carreira científica era quase vedada aos brasileiros'."
[306] SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo...*, p. 193: "Atente-se ao fato de que os novos centros proveriam a Colônia de cirurgiões, mas não de 'físicos', já que só Coimbra continuaria a diplomar em medicina, mantendo dessa forma o controle em todos os vastos domínios e reinos de Portugal."

> todos os outros povoados, freguesias, vilas e cidades. Sem qualquer instrução, de baixa condição social, entre os barbeiros contavam-se negros[307] escravos e mulatos libertos. Arvoravam-se também em médicos quando podiam. Sendo poucos os profissionais habilitados e muito vasta a extensão territorial, juntamente com esses praticavam a medicina ainda os boticários e seus aprendizes, os aprendizes de barbeiros e de cirurgiões barbeiros, os 'anatômicos', os 'algebristas', os 'curandeiros', os 'entendidos', os 'curiosos' e outros que tais."[308]

Uma lançada d'olhos nesse campo aberto vislumbra desde sangradores, aliciados junto aos escravos que do eventual lucro nada usufruíam, entregando-o aos seus senhores, barbeiros no lugar de cirurgiões, parteiras caboclas ou negras senis que cumulavam a habilidade de aparadeiras com a de ginecologistas, utilizando-se, para tanto, de terapêuticas primitivas que foram exemplificadas por NAVA como "rezas, esconjuros e invocações cabalísticas", e com a de "abortadoras e de enjeitadeiras, de feiticeiras e de bruxas, de alcoviteiras e de alcofas dos amores coloniais e menos confessáveis dos velhos cariocas."[309]

Quiçá devido à colonização pelo povo português[310] - *vocacionado à cristandade, à solidariedade e ao auxílio que o homem deve prestar ao homem*[311]*, mas, também não menos, advirta-se, mais à feitorização que à colonização*[312] -, os brasileiros colonizados, igualmente cultivando sentimentos mais nobres, sedimentaram um maior número de meios pelos quais eles se manifestariam, não ficando a eles infensa a medicina que, abastecida também com outros recursos, e até mesmo outras influências[313], ganhou em riqueza, seja na sua vertente douta, seja na popular.[314] Tudo isso, porém, perde em força quando, acompanhando NAVA, resta patente consignar que

> "o lastro que vai constituir a suma de sabedoria popular no tocante à medicina é formado pela prática intuitiva, analógica e empírica do diagnóstico, do prognóstico e dos tratamentos - lastro constantemente aumentado pelas informações fornecidas pelo médico[315] ao doente e aos que o cercam. Não há sábio que tenha mais curiosidade sobre o fenômeno que é a moléstia que o próprio paciente, máxime o que é observador e inteligente e, depois deste, as pessoas nas mesmas condições de sagacidade a ele vinculadas pelo interesse e pela afeição. Por isso, todo prático que

[307] No caso de citação, manter-se-á a expressão "negro" por fidelidade ao respectivo autor recorrido. Todavia, para outros casos, ela será substituída pela expressão "afro-descendente", mais correta e respeitosa, em todos os sentidos.
[308] COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...,* p. 75.
[309] NAVA, Pedro. *Capítulos...,* p. 153.
[310] NAVA, Pedro. *Capítulos...,* pp. 39-40 e 171: "A medicina em Portugal, nos séculos XII e XIII, era exercida pelos eclesiásticos, naturalmente influídos por sentimentos de solidariedade mística, útil decerto como caridade, mas de poucas resultantes no progresso verdadeiramente científico da medicina. ...A medicina que predomina... é, por parte dos cristãos, uma medicina mística, tendente a minorar os sofrimentos da alma mais que a socorrer decididamente os padecimentos do corpo."
[311] NAVA, Pedro. *Capítulos...,* p. 172: "Pode ser apresentado como exemplo dessa generalização o caso do povo português. À medida que se lhe firmava o pensamento cristão, ao influxo do apostalado exercido em sua terra, desde o século XIII, pelos monges e frades cistercienses, ominicanos e franciscanos, multiplicavam-se na mesma os lazaretos, as corporações de 'mesteres', as confrarias, os hospitais, e depois as Misericórdias - por intermédio das quais eram praticadas a caridade e a fraternidade no sentido evangélico."
[312] HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes...,* p. 107.
[313] NAVA, Pedro. *Capítulos...,* p. 172: "Cabe considerar aqui que a presença do mouro e do judeu e sua influência sobre o comportamento da gente lusitana não colidia com os princípios da sua solidariedade cristã, sentimento que era antes reforçado pelos que ditavam aos israelitas o seu hábito de visitação aos enfermos e sua tradição de hospitalidade e, aos árabes, o dever de proteger os pobres, as crianças e as viúvas, como está explícito na letra do Cortão (*sic*)."
[314] NAVA, Pedro. *Capítulos...,* p. 172.
[315] Porém, nem tanto assim, como aponta NAVA, Pedro. *Capítulos...,* p. 186: "Além do aspecto conservador, estável e pouco susceptível de acolher a novidade, apresentado pela medicina popular, referimo-nos antes à sua curiosa característica de resistência de classe, à sua fisionomia de surda revolta partida de baixo contra o que lhe parece vir de cima. Revolta e talvez inconsciente posição revolucionária."

> conversa com o enfermo ou com sua família sobre a causa dos seus males, sobre o modo por que eles se manifestam, sobre as suas consequências próximas ou remotas, sobre suas complicações e sobre o recurso para dominá-los, está espalhando ensinamentos aos que a necessidade torna mais receptivos e atentos para eles. Esses ensinamentos são captados pelo indivíduo principalmente no que diz respeito ao sintoma dominante, ao sinal prognóstico e ao agente curativo. Justamente a tríade que mais interessa a quem está doente ou teme por um doente. E esses preceitos é que vão ser transmitidos pelo seu detector leigo, sempre que uma analogia flagrante (entre a situação mórbida que está vendo com a situação mórbida que já viu) determinar que fale a experiência que vai sendo incorporada ao patrimônio da sabedoria coletiva pela repetição, na palavra veiculada pelos pais, pelos idosos, pela conversa das mulheres velhas."[316]

Pela repetição, ou mesmo pelo exemplo, como o de

> "deixar nas igrejas, com o ex-voto, a história do mal e do milagre que curou para que aqueles atingidos pelo mesmo possam apelar para a intervenção do santo que advogou a graça. Aliás, as primeiras observações de doenças que nos ficaram de eras remotas são justamente os relatos votivos deixados nos templos como reconhecimento aos deuses[317] e para a edificação dos que deles tomassem conhecimento."[318]

Conhecimento popular este, inclusive, influenciante ainda hoje[319], e *a fortiori* na época do colonialismo, na própria medicina dita douta.[320] De sorte que, com arrimo na sua mantença atual referida influência mostrou-se poderosa, chegando a determinar a confusão entre o que era, e é científico e o que era, e é popular[321], o que, em toda medida, outorga razão ao que disse NAVA, *i. e.*,

> "se a crendice, a superstição e a religiosidade agem tão poderosamente sobre a medicina douta, com mais razão terão de agir sobre os ensinamentos dessa medicina douta no momento em que eles passam a fazer parte da experiência coletiva como conteúdo médico-popular de sua cultura."[322]

De maneira que, o relativamente recente direcionamento dos olhares para fenômenos espetaculares como a epilepsia, alienação e histeria[323] robora referida influência na medida do influxo que a suscetibilidade - *pouco mitigada*[324] *no Brasil de hoje*[325] -, de uma determinada

---

[316] NAVA, Pedro. *Capítulos...,* p. 173.

[317] O elenco de santos para quem os católicos rogam a intercessão em cada doença, pode ser descortinado em NAVA, Pedro. *Capítulos...,* pp. 177-178: "Os povos católicos, se não admitem, como os grupos da Malásia, um demônio para cada doença, em sentido 'oposto mas justaposto', aceitam a ação curativa dos santos - e praticamente de um para cada moléstia."

[318] NAVA, Pedro. *Capítulos...,* pp. 173-174.

[319] Embora referindo-se à medicina popular, e não à douta, é inegável a influência daquela nesta, ainda hoje, pelo que diz NAVA, Pedro. *Capítulos...,* p. 186: "A medicina popular do português, transportada pelo navegador, pelo degredado, pelo soldado e pelo colono, aqui iria ser o elemento mais forte e dominante da nossa arte curativa popular. Essa influência sente-se até hoje - pura e quase livre de deformações na sua transmissão escrita e verificada nos livros de que tratamos e, interpolada de contribuições indígenas e negras, no espírito com que é ministrada pelos nossos curandeiros e recebida pelo grosso dos pacientes."

[320] NAVA, Pedro. *Capítulos...,* p. 174.

[321] NAVA, Pedro. *Capítulos...,* p. 174: "Realmente há um instante da evolução da Arte, em Portugal, em que é difícil traçar um limite entre o seu setor cultivado e o seu setor popular - entre a magia, a superstição, a feitiçaria e a religiosidade de um lado e a medicina científica do outro."

[322] NAVA, Pedro. *Capítulos...,* p. 175.

[323] SZASZ, Thomaz S. *O mito da doença mental*: fundamentos de uma teoria da conduta pessoal. São Paulo: Círculo do Livro, sem data, pp. 24 e seguintes.

[324] Historicamente, e, depois, em termos mais atuais, NAVA, Pedro. *Capítulos...,* p. 183: "Assim como aquele 'curão' de que fala LEITE DE VASCONCELLOS, os curandeiros e feiticeiros brasileiros são também uma autêntica revivescência da medicina antiga, principalmente da portuguesa dos século XVII e XVIII. Isto pode ser verificado pela leitura dos breviários de onde o nosso povo tira atualmente a maior parte dos seus conhecimentos médicos, explorados editorialmente e espalhados aos milhares pela Livraria Quaresma e que são: *O Grande e Verdadeiro Livro de S. Cypriano, O Livro da Bruxa e O Livro do Feiticeiro ou a Scientia do Juca Rosa Revelada.* Aos que estranharem a vulgaridade destas fontes de estudo, lembramos apenas a advertência de PROUST quando ele diz que '(...) *on peut faired'aussi précieuses découvertes que dans les 'Pensées'*

sociedade admite que a doença foi desafivelada por algo sobrenatural[326], dependente, portanto, de uma causa alheia à compreensão do doente e dos que o rodeiam[327], cuja eventual repulsa[328], advirta-se, não se contrapõe à difusão do *iter*[329], desde a morbidez até a cura ou a morte, passando pelo diagnóstico, pelo prognóstico e pela terapêutica, de uma geração para a posteridade.

Mas, continua NAVA, "a medicina de base natural... sempre lutou contra a idéia da origem diabólica ou divina das doenças. O meio-termo e um como que ecletismo tem sido procurado pelos que querem manter um aspecto místico-teúrgico no corpo das doutrinas médicas... contra os que se firmaram no etiologismo natural", tolerando "que se possa ser epiléptico ou lunático sem ser possesso, mas, raciocinando com um biotipologismo todo seu, acreditam que esses doentes, pelo fato de o serem, oferecem um terreno especial e propício à insinuação demoníaca."[330]

Acontece, porém, que "o etiologismo sobrenatural puro ou misturado ao que soma ao natural[331] e ao sobrenatural... traz sempre consigo a necessidade de tratamentos maravilhosos para males que são de essência supraterrena. E a partir deste ponto de vista o doente é presa inevitável do feiticeiro, do taumaturgo, do médico-sacerdote, do padre exorcista e do charlatão."[332]

A medicação desta medicina é ministrada mediante uma *mise-en-scène* de mistério e magia,

---

de Pascal, dans une réclame pour un savon." A leitura atenta destas brochuras (cuja influência, a julgar pelo número de suas tiragens, excede a de qualquer obra brasileira da medicina douta) mostra, ao lado do enunciado de princípios pueris de magia negra, de cartomancia, de *buena-dicha*, de litomancia, de astrologia e de informações primárias sobre o magnetismo, a catalepsia e o hipnotismo - toda uma série de ensinamentos popularizados na Arte erudita portuguesa."

[325] Mais atualizadamente, ainda, NAVA, Pedro. *Capítulos...*, p. 186: "E é essa a sabedoria consultada pelos curandeiros brasileiros para exercerem em pleno século XX!"

[326] NAVA, Pedro. *Capítulos...*, p. 178: "...a arte curativa popular, como expressão da cultura de um grupo, não pode deixar de ser influenciada poderosamente pela interpretação religiosa do universo adotada por essa coletividade."

[327] NAVA, Pedro. *Capítulos...*, p. 175.

[328] Um pouco despido de credulidade, diz NAVA, Pedro. *Capítulos...*, p. 176: "O nosso povo, sem muita consciência disso, parece admitir ainda hoje coisa semelhante a esses demônios ou então a uma individualização anímica equivalente das doenças, particularmente das de essência mais repugnante e mortífera ou temíveis pela incurabilidade, pelo seu caráter familial e hereditário - quando evita dar-lhes o nome que elas têm. Lepra, tuberculose, cancro - são vocábulos cuidadosamente evitados, contornados ou substituídos por expressões de menor poder verbal, por palavras que apenas *dão a entender* em vez de indicarem claramente a tara, a mácula, a desgraça, o 'demônio' que se procura espantar com a perífrase. Ao morfético dar-se-á o nome de miraculado irmão de MARTA ou de MARIA, ou, usando do modismo de Minas Gerais, dele se dirá que é *macuteno* (de 'mal cutâneo'); do tísico, que 'sofre do peito' ou apenas que 'está fraco'; do neoplásico, que tem um tumor, um processo, ou uma ferida de 'mau caráter'. E mais ainda, quando alguém indica sobre o próprio corpo o tamanho e a localização da lesão de outro, sempre neutraliza o gesto capaz de atrair, com a expressão exorcismadora 'lá nele' - como quem diz que lá continue e que para si não venha: 'Ele está com uma úlcera que vem daqui até aqui... lá nele...'."

[329] NAVA, Pedro. *Capítulos...*, pp. 178-179: "E tanto mais arraigado quanto convém ao intermediário entre o mundo e o desconhecido cultivar este estado de coisas pelo lucro e pelo prestígio que sempre auferiu o que cura, do paciente libertado de seus males."

[330] NAVA, Pedro. *Capítulos...*, p. 178.

[331] NAVA, Pedro. *Capítulos...*, p. 182: "A capacidade que tem a medicina popular de incorporar os ensinamentos da medicina erudita mostra que sua relutância em aceitar as novidades não pode ser considerada como uma regra geral. São repelidas as que chocam com a tradição, mas são recebidas aquelas cujo aspecto de inovaçao vem coberto pelo fundo de prática arraigada que não entra em conflito com as idéias habituais, nem com os costumes consagrados."

[332] NAVA, Pedro. *Capítulos...*, p. 178.

> "onde o gosto por essa mistura do humano com o divino está patenteado nas invocações, nas preces simples ou seguidas de imposições manuais e de gestos de esconjuro. ...No rudimento de atos sacrificiais praticados sobre animais vivos. No esboço de penitência e castigo buscados no remédio estercorário e imundo, que acompanham a administração corriqueira de suadouros. De purgas..., de infusos, cozimentos e tinturas. ...De fórmulas"[333]

tão ao sabor do positivismo jurídico - *que dá sinais de recrudescimento, se é que algum dia foi inumado*[334] *ao menos nas prateleiras* -, porquanto, a penitência e o castigo, os rituais de purificação e limpeza da medicina popular "onde a cura muitas vezes depende de que se purgue o indivíduo da sujeira da doença, que é o lote de suas contravenções morais, dos crimes de sua alma"[335], parecem ainda estar em certa voga.

Ipso facto, equivoca-se quem, prematuramente, entende por haver encontrado a diferença entre o médico formal e o praticante inoficial na nomenclatura que os rotula, ou mesmo na legitimação que o acesso social comunicativo, mediante as agências de adestramento reconhecidas, outorgam àquele e não a este. É que,

> "dentro do sem-número de charlatães e de curiosos que no nosso interior e nas nossas cidades concorrem com o médico, é preciso distinguir o espertalhão, o contraventor, o explorador da ingenuidade e da crendice do povo, da figura mais complexa do curandeiro que exerce por uma espécie de gosto inato, de tendência e de vocação. Se o primeiro só cuida de aguçar a sua capacidade para o engano e o dolo, o segundo consegue muitas vezes uma prática que não é para desprezar numa terra onde vastas zonas do interior não contam com qualquer assistência médica governamental ou civil. O gosto do povo concorre também para o aparecimento destes tipos que lhe são muito mais próximos e acessíveis que o profissional, cujos serviços têm preços que os transformam em mercadoria proibida para o grosso de nossa população. Além do mais, a medicina dos curiosos com todo o seu lastro de superstições, de rezas, de amuletos, de ervas e o seu lado antigo e humano fala muito mais ao espírito popular que uma medicina oficial pouco acessível, exercida por tantos técnicos com indiferença e de modo mecânico, através de um sistema de assistência hospitalar geralmente obsoleto e de ambulatórios na sua imensa maioria completamente inoperantes. A escassez de médicos ou, quando existe o médico, a inacessibilidade dos seus preços são os elementos principais a favorecer o exercício curativo dos nossos farmacêuticos no interior e nas cidades. Do mesmo modo que a do curioso, a terapêutica sintomática do boticário não deixa de ter a sua utilidade para aqueles que não podem dispor de socorro mais adequado para suas doenças."[336]

E isso, como é evidente, arrefece parte do discurso simbólico médico oficial, como oficial, mas não como discurso médico pragmático, haja vista sua operatividade exigir ainda uma certa técnica.

Daí, tanto a resistência pelo discurso médico oficial quanto, *pari passu,* o aumento das idéias hahnemannianas da homeopatia e dos cerimoniais religiosos de ascendência negra sendo, na lição de NAVA, a "medicina dos candomblés... a mais conservadora possível", nela

---

[333] NAVA, Pedro. *Capítulos...,* p. 179.
[334] Sobretudo em razão da sua associação, indissociável, à cultura dos povos, conforme NAVA, Pedro. *Capítulos...,* p. 180: "Se os processos curativos do povo, de acordo com a tese que sustentamos, fazem parte do seu complexo cultural, da mesma forma que seus sentimentos religiosos, seus hábitos de preparação alimentar, suas manifestações artísticas, sua posição de espírito em face dos antepassados, da morte, da sucessão paterna ou materna, da fraternidade associativa ou de sangue, seus preconceitos e proibições, é natural que esses processos curativos matenham o mesmo caráter de imutabilidade com que são transmitidos através da via sucessiva das gerações."
[335] NAVA, Pedro. *Capítulos...,* p. 179.
[336] NAVA, Pedro. *Capítulos...,* pp. 207-208.

se podendo "encontrar todas as crenças e superstições amalgamadas pelas raças que se misturam no Brasil", cujo realismo marginal, sobretudo penal, desencadeia e acentua uma

> "insurreição surda e latente introduzida profundamente pelas desigualdades sociais na essência de início apenas religiosa das macumbas e que agora é uma componente entranhada e inseparável delas (a brutalidade com que a ordem estabelecida combate policialmente as manifestações da religião negra e do baixo espiritismo servem de contraprova à hipótese que estamos aventando)",

aditada a um "estado psicológico de insubordinação contra o que está de cima", concorrendo "provavelmente na resistência oferecida à medicina oficial e, *mutatis mutandis*, na manutenção e na preferência pelas formas de curar incorporadas à cultura do povo", recebida, *ad instar* do medicamento, pela sua "representação de maravilhoso."[337]

Inobstante resultar dessa pseudomedicina uma "prática menos nociva e um exercício mais aproveitável"[338], porque, diluindo a formalização da técnica médica aproxima-a dos seus destinatários, sua análise no contexto das instituições[339] destinadas aos doentes, instituições totais de confinamento[340] - *das quais são aquelas desprovidas* -, demonstra que foi graças a essas que aconteceu a difusão - *perseguida, advirta-se*[341] -, "de uma medicina superior à arte curativa popular"[342] e, outrossim, o controle, a disciplina e a neutralização da massa trabalhadora desinteressante ao mercado, pois, segundo DEBORD, infelizmente, "...a mercadoria que a burocracia controla é o trabalho social total, e o que ela revende à sociedade é a sobrevivência como um todo."[343] Daí, poder-se dizer, junto com WACQUANT - *que se escora em ROBERTO DA MATTA e PAULO SÉRGIO PINHEIRO* -, em última medida e *tout court,* que

> "ela apóia-se numa concepção hierárquica e paternalista da cidadania, fundada na oposição cultural entre *feras e doutores*, os 'selvagens' e os 'cultos', que tende a assimilar *marginais*, trabalhadores e criminosos, de modo que a manutenção da ordem de classe e a manutenção da ordem pública se confundem."[344]

Indetenível a curiosidade, por outro lado pode-se perceber que foi também graças ao surgimento destas instituições de sequestro que, sob o véu da medicina, muitos crimes foram cometidos, sonegados ou camuflados, como no caso da instituição "Recolhimento de Nossa Senhora do Parto, vulgarmente chamada Recolhimento do Desterro"[345], datada de 1742, que,

---

[337] NAVA, Pedro. *Capítulos...*, p. 210.
[338] NAVA, Pedro. *Capítulos...*, p. 154.
[339] Sua relação pode ser surpreendida em NAVA, Pedro. *Capítulos...*, p. 154.
[340] Analisadas em FOUCAULT, Paul-Michel. *História da loucura*: na idade clássica. *In* coleção Estudos. São Paulo: Perspectiva, 2008, n. 61, pp. 45 e seguintes.
[341] Ancorando-se em JOAQUIM JOSÉ DOS REMÉDIOS MONTEIRO, COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...*, pp. 213-214: "Julga-se que o vulgarizar a medicina pelo povo poderia induzi-lo a praticá-la e fiar-se de si mesmo em vez de recorrer aos profissionais; o contrário porém é o que sucede. As pessoas mais instruídas nesta matéria são ordinariamente as mais dóceis e as que buscam os conselhos dos médicos, enquanto os ignorantes são os mais ousados em exercitar a arte e mais prontos a desconfiar dos médicos."
[342] NAVA, Pedro. *Capítulos...*, p. 154.
[343] DEBORD, Guy. *A sociedade...*, p. 43.
[344] WACQUANT, Loïc. *As prisões...*, p. 9.
[345] NAVA, Pedro. *Capítulos...*, p. 155: "A 24 de agosto de 1789 esse imóvel, cujas paredes deviam ocultar muita violência, muita arbitrariedade e muita injustiça, ardeu. Diz a tradição que o incêndio fora ateado por uma recolhida, revoltada contra o

em verdade, "tratava-se de um asilo para pecadoras e servia também para nele serem internadas senhoras e moças pela autoridade dos maridos descontentes e dos pais desgregados"[346], representada como instituição de controle neonatal daqueles inocentes que, carregando os vícios de que eram acusadas as mães, portanto, já contaminadas, tinham destino certo, qual sendo, o estoque de corpos indesejados, depósito de incógnitos cuja alternativa, sempre imposta, seria mudar-se da instituição de confinamento fechada para a aberta, o que não era muita coisa, pois em ambas haveria exclusão por inclusão – *regra básica, da exceçãoT*[347]*, porquanto esta é "uma* exclusão inclusiva *(que serve, isto é, para incluir o que é expulso)"*[348] -, inclusive do ser em sua fase ainda intrauterina, configurando um sequestro *bis in idem*.

Outro exemplo infeliz do poder médico formal-oficial seletivo, colhido em NAVA, advém da aglomeração em asilo, superintendida pela Irmandade do Sacramento da Freguesia da Candelária, cuja incapacidade recepcionadora, limitada a 52 vagas, nunca desocupadas, inadmitia, paradoxalmente - *o que não deixa de ser uma estratégia dos sistemas de poder* -, a entrada de outros "morféticos que continuavam a pulular na cidade", levando o Conde da CUNHA a pedir fossem eles abrigados em "um casarão abandonado do mesmo bairro de SÃO CRISTÓVÃO, antiga propriedade dos Jesuítas", cuja concessão, em 1765, albergou a transferência dos "doentes de suas velhas choças para o novo lazareto", e onde o "serviço era feito por condenados tirados da cadeia e por mendigos vindos do asilo."[349] Eram os não aceitos no mercado de trabalho cuidando dos menos aceitos ainda, e às escondidas. Com isso, evitava-se a divulgação dos subterfúgios usados pelo poder médico, bem como inexigia-se deslocar mão de obra servível da disciplina agrícola e fabril para aquela de nenhuma importância. "Por mais revoltante que isso pareça", continua NAVA,

> "é preciso que nos lembremos que várias instituições do Governo exploram ainda hoje outros desajustados provenientes de um albergue, *v. g.,* fazendo-os trabalhar em troca de comida e da promessa de uma colocação efetiva - promessa que nem sempre é cumprida com a presteza que seria a única justificativa dessa inqualificável maneira de recrutar trabalhadores para o serviço hospitalar. Essa prática pode ser admitida se colocada, exclusivamente, dentro da intenção de dar trabalho reajustador e imediato a quem não tem profissão. Fora daí, quando tarda a remuneração desse trabalho ou quando ele é pago apenas com a manutenção de quem o faz, o que passa a existir é uma prática abusiva e uma especulação inqualificável contra a qual todos os protestos são poucos."[350]

Então,

> "se a resistência oferecida pelo nosso povo à medicina oficial dependia e depende de fatores psicológicos que lhe são próprios, por outro lado concorriam e concorrem para mantê-lo nessa

---

tratamento desumano ali dispensado. Mas logo o Vice-Rei fez reparar os traços do fogo e a 8 de dezembro do mesmo ano suas portas tornaram-se a fechar sobre as reclusas que, em procissão que se fez solene, voltaram à sua prisão do Desterro."

[346] NAVA, Pedro. *Capítulos...,* p. 155.

[347] O trocadilho entre exceção e regra não é adrede.

[348] AGAMBEN, Giorgio. *Homo*..., p. 29.

[349] NAVA, Pedro. *Capítulos...,* p. 156.

[350] NAVA, Pedro. *Capítulos...,* p. 156.

> situação primitiva de mentalidade a incúria dos poderes pela sua educação e a escassez do socorro médico-hospitalar com que pode contar. A forma de educação que ele conhece mais de perto é a orbiliana - representada pelo *casse-tète* e pelo cano de borracha. E dos nossos hospitais, insuficientes na quantidade e quase sempre na qualidade, o que se vê não basta como propaganda e como determinante à preferência pela medicina oficial. É por isso que ele apela, desesperadamente, para a de sua classe, para a medicina maravilhosa dos curandeiros, dos rezadores, dos médiuns, dos macumbeiros e que arrasta a sua carne furada pelas úlceras, chumbada pelas paralisias, escurecida pela cegueira, roída pela lepra, minguada pela fome crônica, deformada pelo trabalho e dessorada pela sífilis, pelo verme, pela malária e pela tuberculose à única possibilidade que se lhe apresenta como solução: o milagre."[351]

Quiçá, por isso, conclui NAVA, estejamos sempre à procura de "compensações vivas" para nossa constante "falta de uma retaguarda de médicos e de enfermeiras."[352]

Portanto,

> "a luta contra as moléstias, nos albores da vida coletiva dos cariocas, teria sido uma luta individual e sem o auxílio dos médicos. Esses eram inexistentes como parte da sociedade ou tão escassos que sua ação perde em importância. No Rio incipiente, como no resto do Brasil e em toda a América colonial - e isto foi um fenômeno inevitável e característico -, o curandeiro, o entendido, o expediente teriam sido uma necessidade. E sua presença, certamente salutar, era melhor que nada[353]. Medicina popular portuguesa, medicina indígena[354], medicina dos religiosos e feitiçaria devem ter entrado em sincretismo e começado a amalgamar o que ficou até hoje como nossa medicina popular. Esta constituía-se tanto da experiência coletiva, como de ensinamentos advindos de livros destinados a fazer os leigos suprirem bem ou mal a escassez ou a ausência dos médicos."[355]

Em verdade, realmente entraram - *mas, readvirta-se, não com força suficiente para desbancar o discurso médico formal-oficial* -, e graças, segundo BUARQUE DE HOLANDA, à incapacidade dos portugueses de "não terem sabido ou podido manter a própria distinção com o mundo que vinham povoar", de sorte que "sua fraqueza foi sua força", porquanto

> "mais do que nenhum outro povo da Europa, cedia com docilidade ao prestígio comunicativo dos costumes, da linguagem e das seitas dos indígenas e negros. Americanizava-se ou africanizava-se, conforme fosse preciso. *Tornava-se negro*, segundo expressão consagrada da costa da África."[356]

Agora, a situação parece um pouco menos pior.

> "Quem contempla no esplendor de hoje e compara a modéstia de sua origem com a atualidade de sua grandeza, quem quer investigar as razões dessa progressão e compreendê-la, tem de atentar aos elementos que se juntaram historicamente para favorecer o advento dessa medicina carioca, a um tempo original e receptiva, autóctone e eclética, local e universal. Não é difícil apontá-los. Foram a legislação, quase sempre favorável. O espírito reformista e dialético do nosso ensino médico. A tendência à criação de faculdade depois de faculdade. O aparecimento e a ampliação de nossa literatura técnica. A compreensão da necessidade de se multiplicarem os hospitais e se abrirem sempre mais associações científicas para o debate e a controvérsia. E coloquemos ainda como razão paradoxal de avanço o estímulo de nossas pestilências, o desafio do nosso gênio endemoepidêmico - de que resultaram a pesquisa científica no Brasil e no Rio. O sentimento ético coletivo do português, introduzido nas *Ordenações do Reino*, uma legislação extremamente

---

[351] NAVA, Pedro. *Capítulos...*, p. 211.
[352] Encontrando a compensação, NAVA, Pedro. *Capítulos...*, p. 211.
[353] SILVA, Manoel Vieira da; PEIXOTO, Domingos Ribeiro dos Guimarães. *A saúde pública no Rio de Dom João*. Rio de Janeiro: Senac, 2008, p. 13: "Os colonizadores não endossavam tal conduta. Seu objetivo era cristianizar os índios e, para isso, tinham de eliminar a influência dos pajés. Assim, os jesuítas assumiram o cuidado dos doentes."
[354] Que por si só já misturava magia e religião, segundo MOACYR SCLIAR em introdução à reedição de dois opúsculos da época em que D. João esteve no Rio de Janeiro, *in* SILVA, Manoel Vieira da; PEIXOTO, Domingos Ribeiro dos Guimarães. *A saúde...*, p. 13: "Quando adoeciam, o que provavelmente era raro, recorriam - dentro de uma concepção mágico-religiosa da doença, comum às culturas ditas primitivas - aos curandeiros tribais, os pajés que tratavam as enfermidades não só mediante procedimentos ritualísticos, mas também fazendo uso de produtos vegetais e animais."
[355] NAVA, Pedro. *Capítulos...*, pp. 225 e 227.
[356] HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes...*, p. 64.

> complexa sobre médicos e boticários, eriçada de imposições e endurecida de penalidades góticas mas cujo espírito foi historicamente favorável, uma vez que refletia a necessidade de proteger o doente contra os abusos e a concorrência do charlatão desautorizado.[357] Esses dois postulados nos vieram de Portugal e do seu regime ultramarino através das imposições, cerceamentos e franquias ditados pelas juntas do Protomedicato, da Fisicatura e da Cirurgicatura Mores, pelos Senados das Câmaras, pelos editos de Polícia. Foram se formalizando, codificando melhor e perdendo a brutalidade das suas sanções, com as legislações imperial e republicana, mas seu espírito propício permaneceu e deixou-se configurar uma profissão liberal capaz de permitir o desenvolvimento e a eclosão individual em toda sua pujança. ...Tampouco sejamos pessimistas com a evolução que vai conduzindo a uma estabilização cada vez mais sensível da profissão entre nós. As leis que regulam são um tanto opressivas para o médico mas, verdade das verdades, protege melhor a saúde coletiva. A regulamentação da chamada 'livre escolha' melhorará a situação do médico carioca. Com uma condição: que seja realmente livre escolha e não liberdade cerceada e condicional, igual à do *pater familias* que deixava o filho casar com quem quisesse *contanto que fosse com a Maria*... Essa, não!"[358]

Então, embora parcialmente correto, entende NAVA que, "do ponto de vista de sua civilização e cultura o Brasil é um país de dupla personalidade,"[359] conquanto pareça mais certo entendê-lo como de tripla personalidade, concentradas, todas, no início da nossa colonização original, na portuguesa, na brasileira - *indígena* -, e na africana. Todavia, como visto, engana-se quem acredita que Portugal conseguiu decalcar, fielmente, aqui, a medicina da metrópole. Aliada àquela miscelânia personalista quando da época colonial, "a incorporação precoce de nossa flora às possibilidades das duas medicinas exercidas no Brasil - a erudita e a vulgar -, é a maior influência desempenhada sobre as mesmas ou pelo jesuíta, ou pelo índio[360], ou pela ação conjunta de ambos"[361], nunca desapegada da portuguesa, por nós herdada[362], dificultando sobremaneira - *o que não necessariamente significa uma desvantagem* -,

---

[357] SILVA, Manoel Vieira da. Reflexões sobre alguns dos meios propostos por mais conducentes para melhorar o clima da cidade do Rio de Janeiro, *in* SILVA, Manoel Vieira da; PEIXOTO, Domingos Ribeiro dos Guimarães. *A saúde pública no Rio de Dom João*. Rio de Janeiro: SENAC. 2008, p. 69: "A causa da saúde pública em todos os tempos tem merecido as primeiras atenções dos grandes legisladores; quando o número dos indivíduos sociais tem diminuído, impossibilita-se a execução da lei, muda o seu objecto e, em conseqüência, a sua natureza, que deve ser relativa ao estado da população; e se o descuido chega a permitir a reunião de todas as causas capazes de atacar rapidamente o princípio vital, a sociedade em muito pouco tempo é quase toda vítima do seu fatal estrago. De que oxalá existissem tantos exemplos. Os nossos soberanos amantes sempre de promover, quanto lhes fosse possível, a felicidade dos seus vassalos, tinham promulgado na capital, e em todo o reino, as mais providentes leis a esse respeito; mas a distância imensa entre a sede do trono português e os seus vassalos do Brasil impossibilitou até agora a execução da sua vontade. Chegou, contudo, a feliz época, que os faz sair da desgraça, que os rodeava, e entrar na história das nações policiadas."

[358] NAVA, Pedro. *Capítulos...*, pp. 234-235.

[359] NAVA, Pedro. *Capítulos...*, p. 23.

[360] Sobre os índios, disse MOACYR SCLIAR em introdução à reedição de dois opúsculos da época em que D. João esteve no Rio de Janeiro, *in* SILVA, Manoel Vieira da; PEIXOTO, Domingos Ribeiro dos Guimarães. *A saúde pública no Rio de Dom João*. Rio de Janeiro: SENAC. 2008, pp. 7 a 9: "Os índios... quando adoeciam... recorriam... aos curandeiros tribais... fazendo uso de produtos vegetais e animais."

[361] NAVA, Pedro. *Capítulos...*, p. 21.

[362] NAVA, Pedro. *Capítulos...*, pp. 219-220: "Para traçar a história da medicina de qualquer coletividade, é necessário um conhecimento acurado das fontes classicamente admitidas como indispensáveis àquela interpretação. Essa verdade de Monsieur de la Palisse vem aqui, à guisa de preâmbulo, para uma afirmação de caráter negativo; é impossível dizer como começou a medicina, na cidade de São Sebastião do Rio de Janeiro - por falta de documentos indicativos. ...E disso, o que poderia existir, quando as primeiras naus portuguesas tocaram águas de nossa baía? Praticamente nada. A medicina do tempo seria a Medicina Portuguesa do século XVI, isto é, tudo fora adquirido dos árabes, dos judeus, da tradição greco-latina e que estava refletido nos ensinamentos. ...Esse conhecimento, entretanto, é inútil no estudo da história médica do Rio de Janeiro, porque essa medicina portuguesa, assim acabada e completa, não se transferiu para cá com os portugueses. E não se transferiu, porque a presença de um ou de outro médico é impotente para transplantar o edifício complexo de um sistema médico. Ainda a medicina do tempo a seria dos índios. Mas o que falar das pobres práticas rituais e das tristes pajelanças de um selvagem, nos primeiros degraus da evolução humana?"

ao menos no início do nosso processo dito civilizatório, o estabelecimento de um homogêneo discurso médico impositivamente vitorioso - *ao menos nos moldes de uma medicina formal-oficial como a que conhecemos hoje* -, em detrimento de outro dominado - *no caso, o prosaico-inoficial*. Por outro lado, misticamente falando, se "nossa organização jurídica e nossa religião aparentes são de origem genuinamente européia e portuguesa"[363, 364], "por baixo disto, há uma outra concepção do direito pessoal, da reivindicação e da crença sobrenatural, comprimidas pela força e que explodem às vezes, dramaticamente, na criminalidade individual e particularíssima do mestiço e do negro, na delinquência coletiva"[365], embora não a ponto de sobrepujar o famigerado discurso da medicina metropolitana que abafou, mas não sem muito esforço, qualquer tentativa de desprestígio. Não é menos verdade, porém, como ensina NAVA, embora com um certo exagero e parcialidade, que

> "o negro... criou também no Brasil uma religiosidade compósita... e este o ponto a que queríamos chegar, que influi de um modo poderoso sobre a nossa curandeiragem e sobre a nossa medicina popular... as quais, nas suas componentes etiológicas e terapêuticas, são uma autêntica revivescência de medicina mágica e místico-teúrgica. Resulta disso uma maneira particular do nosso povo encarar as coisas, manifestada num duplo aspecto. Primeiro, o da sua relutância em aceitar as soluções individuais ou coletivas da terapêutica e da higiene oficiais - vistas na resistência oferecida às medidas e aos ensinamentos partidos dos médicos clínicos e dos médicos sanitaristas, no horror que só recentemente tem diminuído em aceitar a hospitalização, na desconfiança mostrada especificamente a certos tratamentos e que a análise psicológica demonstra radicada num estado mental que estacionou nas categorias primitivas do pensamento. Em segundo lugar, o da resultante fatal desta situação que é a responsável provável da agravação de nossos problemas nosológicos e de um sem-número de mortes e que reside no gosto popular pela medicina de aspecto sobrenatural ministrada pelos 'pais de santo', feiticeiros, curiosos, médiuns, herboristas e homeopatas. Tudo isto vem do espírito coincidente à deformação religiosa, de que o negro é um dos fatores principais, e vem das nossas sessões de baixo espiritismo e de macumba onde permanece e vive um descomunal e antiquíssimo lastro primitivo de práticas e crenças de origem caldaica, semita, mediterrânea, cristã, indígena e africana."[366]

"Daí, talvez", conclui NAVA, "o modo de ver do nosso vulgo que encara de um ponto de vista místico-teúrgico análogo ao da medicina pré-hipocrática, tanto a moléstia quase sempre tida como castigo divino, como o tratamento quase sempre dominado pelas dominações do sacrifício e da purificação."[367]

Contudo, dizer que a visão mística do afro-descendente, do mestiço ou do índio está integralmente incorreta é compactuar com a mantença do discurso médico formal-oficial opressor e de fabricada hegemonia, pois, como visto, ainda hoje, nem todos com ele

---

[363] NAVA, Pedro. *Capítulos...*, p. 23.

[364] Já insufladas com exagerada seletividade extraída do folclore. Sobre isso, veja NAVA, Pedro. *Capítulos...*, p. 26: "Os contos de fadas, os dos irmãos GRIMM, os de ANDERSEN e de PERRAULT que na sua maioria foram apenas coligidos pelos que passam por seus autores, mas que na realidade são lendas, alegorias e mitos velhíssimos transmitidos de geração a geração da tradição oral, estão cheios de monstros, de ogres, de gigantes e de anões, onde se pode achar a individualização de muito tipo de degenerado e de doente cujo aspecto fere ao vivo a imaginação popular. Para não multiplicar exemplos basta que chamemos a atenção para dois tipos: um, tirado dos contos de PERRAULT, o do príncipe Riquete da Crista - que giboso, pequeno, contrafeito e retorcido de pernas é bem uma observação característica de raquítico; outro, da farsa italiana, o do Polichinelo - onde não é difícil descobrir os traços de um acromegálico."

[365] NAVA, Pedro. *Capítulos...*, p. 23.

[366] NAVA, Pedro. *Capítulos...*, pp. 23-24.

[367] NAVA, Pedro. *Capítulos...*, p. 24.

concordam, e outros tantos a ele não se submetem, estando correto - *encaixando a exceção quando entende cabível a supressão gradual pelo esclarecimento e educação, porquanto não há garantias de que os métodos levados a efeito por aqueles sejam menos acertados e eficazes* -, NAVA quando diz que

> "este problema que, pelas suas decorrências, merece a maior atenção do poder público, tem sido tratado no Brasil da maneira mais inepta. Nenhuma atenção se dá a suas causas profundas, raros têm sido os inquéritos procedidos no sentido de sua elucidação e, em vez de se cuidar de sua supressão gradual pelo esclarecimento e pela educação, o que se vê é a sua repressão pela boçalidade policial - como se se tratasse de um delito. O crime praticado em grande escala, no caso de Canudos, é repetido cada dia em atentados praticados pelas autoridades, de modo diluído ou, para usar uma expressão da homeopatia, 'dinamizado' ao centésimo, ao milésimo, ao décimo de milésimo."[368]

Mas, todo misticismo que interferiu - *repito, nem sempre negativamente* -, na construção da medicina colonial, advirta-se, não pode ser creditado aos afro-descendentes e, ou, aos aborígenes. De fato, na época do descobrimento oficial do Brasil, por Portugal, neste país e em toda a Europa, ensina NAVA,

> "a cirurgia era o que poderia ser uma arte sem base anatômica, pois o preconceito contra as dissecções só cessaria no fim do século XV quando começam a funcionar, autorizadamente, os cursos com demonstração sobre o cadáver. A clínica era uma sutilização em torno dos caracteres do pulso e do aspecto da urina e todos os diagnósticos e prognósticos eram buscados na ciência da esfigmologia e da uroscopia. A terapêutica ficava na 'derivação', na 'revulsão' e na medicação chamada 'alterante'."[369]

Além disso, continua ele, "os autores dessa fase levavam muito em conta os preceitos astrológicos determinantes dos dias fastos e nefastos à evolução das doenças"[370], sendo que, por outro lado, a caridade do povo português, derivada da sua cristandade[371], muita vez levada ao extremo "pôde transformar o desejo de ser útil no exercício da medicina empírica"[372], apresentando-se este como um

> "fenômeno da máxima importância para nós, porque o influxo médico inaugural da Metrópole sobre o Brasil em formação não se deu por via da erudição qualificada de seus físicos[373, 374] e cirurgiões, mas por intermédio dos conhecimentos e da experiência de medicina popular possuídos pelos navegadores, pelos imigrantes, pelos degredados e pelos padres que aqui aportaram nos primeiros anos de nossa vida."[375, 376]

Via de mão dupla foi, então, a partir do século XVIII, a construção da medicina que, *pari passu,* de invulgar passou a informal - *sob a batuta de uma legislação, bem como do aproveitamento dos médicos formados lá fora* -, e de formal tornou-se prosaica, democratizando-se, *i.*

---

[368] NAVA, Pedro. *Capítulos...*, p. 24.
[369] NAVA, Pedro. *Capítulos...*, p. 38.
[370] NAVA, Pedro. *Capítulos...*, p. 40.
[371] NAVA, Pedro. *Capítulos...*, p. 40: "A medicina que predomina... é, por parte dos cristãos, uma medicina mística, tendente a minorar os sofrimentos da alma mais que a socorrer decididamente os padecimentos do corpo."
[372] NAVA, Pedro. *Capítulos...*, p. 40.
[373] SILVA, Manoel Vieira da; PEIXOTO, Domingos Ribeiro dos Guimarães. *A saúde pública no Rio de Dom João*. Rio de Janeiro: SENAC. 2008, pp. 13-14: "...existiam os físicos, termo então usado para designar os médicos."
[374] A confusão entre físicos e médicos pode ser encontrada em GORDON, Noah. *O físico*: a epopéia de um médico medieval. Rio de Janeiro: Rocco, 1988, *passim*.
[375] NAVA, Pedro. *Capítulos...*, p. 40.
[376] NAVA, Pedro. *Capítulos...*, p. 45: "É natural que o povo português incorporasse dos ensinamentos médicos aqueles mais fáceis de serem assemelhados pelo seu temperamento supersticioso, fantasista e crédulo."

e.,"a medicina inicialmente ministrada no Brasil, salvo no caso e nos lugares onde esporadicamente existia um médico ou cirurgião formado ou licenciado[377] - *o que era raro durante o período colonial* -, foi e tinha de ser um simples auxílio do homem ao seu semelhante, com a aplicação de conhecimentos de uma arte empírica de curioso"[378] que, ainda que adviesse ou copiasse ensinamentos recentes dos médicos, era transformada em conhecimento vulgar com a mesma rapidez com que se aproximava da tradição todo-poderosa[379]. Antes disso, porém, o trânsito medicinal trafegou por via de mão única porquanto a Medicina Portuguesa oficial - *quase sempre em nada diferente da paralela "popular"*[380] -, só foi nos influenciar, quiçá porque imposta por uma legislação, a partir, requente-se, do século XVIII, com a vinda para cá dos médicos e cirurgiões cuja formação estava disposta a favor da tropa[381], não deixando de compreender, segundo NAVA, "a influência portuguesa sobre a medicina praticada no Brasil"[382], a intervenção "direta do povo por intermédio da sua medicina empírica e vulgar; da ciência oficial por intermédio dos médicos portugueses para aqui trasladados, ao lado dos quais devemos colocar os basileiros que iam estudar no Reino e que voltaram para clinicar em sua terra; e, por intermédio dos instrumentos de legislação e fiscalização sanitárias."[383]

2.2 A medicina e as instituições nacionais impressionantes de sequestro e adestramento contínuo

Assim, se antes, como veículo para a viabilização da expansão da Colônia mediante o tratamento das tropas[384], ou agora, ela serve - *quando deveria desservir* -, ao manter a mão de obra produtiva em termos economicamente úteis, de favor para poucos beneficiados pela

---

[377] SILVA, Manoel Vieira da; PEIXOTO, Domingos Ribeiro dos Guimarães. *A saúde pública no Rio de Dom João*. Rio de Janeiro: SENAC. 2008, pp. 13-14: "Além dos padres, existiam os físicos, termo então usado para designar os médicos. Os físicos eram licenciados, ou seja, possuíam diploma, fornecido por uma das universidades da Península Ibérica, como Coimbra ou Salamanca."
[378] NAVA, Pedro. *Capítulos...*, p. 45.
[379] NAVA, Pedro. *Capítulos...*, p. 46.
[380] NAVA, Pedro. *Capítulos...*, p. 56: "Apesar destes exemplos que servem para a reabilitação do espetáculo melancólico oferecido pela prática no século XVIII - o que domina na paisagem da sua Medicina é mesmo uma terapêutica oficial molieresca que valia tanto quanto a sua rival popular - oferecida por toda sorte de charlatães, de profetizadores, de mesmeristas, de convulsionários, de eletroterapeutas, de ocultistas e de escamoteadores, cujo grande sucesso eram as curas milagrosas obtidas sobre as mil maneiras por que se apresenta o proteu histérico."
[381] NAVA, Pedro. *Capítulos...*, p. 46.
[382] NAVA, Pedro. *Capítulos...*, p. 49.
[383] NAVA, Pedro. *Capítulos...*, p. 49.
[384] SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo...*, p. 198: "...com a guerra do Paraguai, afluíam em massa doentes e aleijados que demandavam a atuação imediata de um corpo de cirurgiões."; além disso, veja NAVA, Pedro. *Capítulos...*, p. 47: "Os corpos de tropa contavam com profissionais soldados pelo Reino para atender as praças."

política neoliberal[385], no Brasil, especialmente, entendeu ela em assumir função ainda superior e mais ambiciosa, muita vez, que aquela que lhe cabe, como quando levou a termo projetos higiênicos travestidos de higienizadores, quando não, racistas[386], de que se falará em breve. Função essa propiciada, ao início, pela "imigração da Família Real para a grande colônia americana"[387], fugindo das tropas comandadas por JUNOT, quando da invasão de Portugal por NAPOLEÃO e, mais tarde, pela "criação das Escolas Médico-Cirúrgicas de São Salvador e de São Sebastião... de onde sairiam depois as nossas duas Faculdades mais antigas"[388], instituições de sequestro temporário que, utilizando-se do sistema de inclusão, mediante inclusão na comunicação social, ensinavam, por meio do adestramento, a como manter o discurso de superioridade da medicina, e dos médicos, bem como a continuar a incluir, agora por exclusão, todos aqueles inservíveis e inempregáveis[389] que depreciavam a valorização da mais-valia, aumentando a oferta, ainda que desqualificada, ou melhor, desinteressante, de mão de obra, barateando-a. E isso, justamente pelo fato de que ao discurso médico não bastava uma propaganda espetacular, ele precisava, também, de um lugar impressionante[390] para divulgá-la, e esse lugar era o nosocômio, essa "grande instituição branca, antecâmara da morte"[391, 392], com toda aquela apropriada arquitetura panóptica aproveitada dos mosteiros, sede incipiente da instalação dos primeiros hospitais. Ajustadas as folgas, sobre o assunto vem a calhar a advertência de DEBORD que, conquanto referindo-se a outra edificação e época, ensina que,

> "pela primeira vez uma arquitetura nova, que em cada época anterior era reservada à satisfação das classes dominantes, acha-se diretamente destinada *aos pobres.* A miséria formal e a extensão gigantesca dessa nova experiência de hábitat provêm ambas de seu caráter *de massa*, implícito

[385] Transformando essa exceção em regra, equivocadamente, e ratificando o discurso médico-político até então em voga, NAVA, Pedro. *Capítulos...,* p. 47: "A assistência ao doente é um dever indeclinável do Estado, cuja única razão de ser é servir à coletividade que representa. E esse dever deve ser encarado utilitária e materialmente porque restituir à saúde um indivíduo é restituir à sociedade um membro produtivo, cuja inatividade só representa ônus e diminuição."

[386] SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo...,* p. 186: "Afinal, ante o problema agudo da mão de obra, como entender esse tipo de limitação [importação de certos trabalhadores] senão em função de um projeto de cunho racista que visava 'depurar a raça limpando a nação da interferência de sangues estranhos ao do branco ariano'? A medida revela uma visão ainda mais complexa acerca da imigração."

[387] NAVA, Pedro. *Capítulos...,* p. 49.

[388] NAVA, Pedro. *Capítulos...,* p. 49.

[389] Usando esse termo distinto de desempregáveis, WACQUANT, Loïc. *As prisões...,* p. 143; e BATISTA, Nilo. Entrevista à Unirio, por TUTTMAN, Malvina; SCHREIBER, Simone. *In Nilo Batista*: a luta pelo Direito. Rio de Janeiro: Chronos, publicação da Unirio, 2007, ano 2, n. 4, p. 138.

[390] PEREIRA, José Carlos de M. *A explicação...,* p. 140: "...por causa das possibilidades, dessas instituições, de explicação científica e de atuação aparentemente apenas técnica sobre unidades relevantes do sistema social."

[391] GONÇALVES, R. B. M. *Medicina e história*: raízes sociais do trabalho médico. São Paulo, 1979, dissertação de mestrado, Faculdade de Medicina – USP -, p. 199 *apud* PEREIRA, José Carlos de M. *A explicação...,* p. 242.

[392] PEREIRA, José Carlos de M. *A explicação...,* p. 247: "A transformação dos hospitais, de 'morredouros' em agências terapêuticas eficazes, foi magnificamente analisada por FOUCAULT na conferência 'O nascimento do hospital'. Ele associa a mudança de seu caráter 'às políticas de expansão comercial e de fortificação do poderio militar, peculiares ao Estado absolutista e ao mercantilismo'. Sua absorção pela organização social da medicina fez do hospital um 'elemento de corrosão de sua ordem corporativa'. É que, 'na medida em que visava atender a necessidades novas, impostas pelo Estado e pela sociedade em transformação, teve força para destituir o saber abstrato de seu posto de autoridade; e substituiu a velha hierarquia social das profissões médicas pela cooperação dentro de uma divisão técnica do trabalho."

> tanto por sua destinação quanto pelas condições modernas de construção. A *decisão autoritária*, que planeja abstratamente o território como território da abstração, está bem evidente no centro dessas condições modernas de construção. Nos lugares onde se inicia a industrialização dos países atrasados, aparece a mesma arquitetura, terreno adequado ao novo gênero de existência social que se deseja aí implantar."[393]

Muito bem. Enquanto ainda Colônia, recebia o Brasil os soldados que, à procura de terras americanas, aqui desembarcavam sempre doentes em virtude das más condições ocasionadas pela viagem, cuja hospitalidade em casa de famílias abastadas do Rio de Janeiro logo se mitigou à míngua de procedimentos menos incômodos daqueles, nunca indenizados.[394] A vultosidade das reclamações despejou-os no hospital construído pela Irmandade da Misericórdia[395], esboço inconcluso[396], ao menos inicialmente[397], no Rio de Janeiro, da "primeira instituição nosocomial de caráter militar"[398] e, indiretamente, de sequestro fático que logo se transformaria em pedagógico quando, transferida a Família Real Portuguesa para terras de cá, passou ele a ser a sede do ensino médico-cirúrgico regular no Rio de Janeiro, então capital, mediante anexação da Escola Cirúrgica.[399] A partir daí, essa instituição total pôde espraiar seu discurso colimando, sobretudo, suplantar definitivamente a medicina vulgar que insistia em esgueirar-se pelos cantos ditos pobres, fétidos, escuros e criminosos da cidade, ameaçando tomar-lhe o lugar de destaque, medo esse que não era debalde, porquanto se a maioria da população era assim considerada, e por assim o ser, via-se excluída da parcela dos que podiam ser favorecidos pela medicina formal-oficial - *seja custeando-a, seja merecendo-a por outros motivos, dentre eles, o de não ser descartável à economia, primeiro agrícola, depois fabril, motes controladores do* quantum *de mão de obra interessante, financeiramente, para o mercado* -, ela precisava se socorrer da medicina prosaica. Aproveitando todas as brechas e todas as oportunidades, bem à laia de sociedades dominadas por classes que pautam seus discursos, ainda que dissimuladamente, pela economia e pelo lucro[400, 401] - *no nosso caso, a*

---

[393] DEBORD, Guy. *A sociedade...*, p. 114.
[394] NAVA, Pedro. *Capítulos...*, pp. 78-79.
[395] NAVA, Pedro. *Capítulos...*, p. 79.
[396] NAVA, Pedro. *Capítulos...*, p. 81: "Como não quisesse concordar com elas, reportou-se então às ordens emanadas da Metrópole, em 1702, e instituiu em caráter provisório, no Quartel das Naus, na vizinhança do Morro de São Bento, o primeiro hospital autônomo para militares que funcionou na cidade fluminense."
[397] NAVA, Pedro. *Capítulos...*, pp. 81-82: "Os inconvenientes do local onde estava o hospital provisório, o fato de ser ele o foco de pestilência apontado pelos historiadores, as condições execráveis de sua instalação que obrigavam, pela exigüidade do espaço, a colocar, muitas vezes, dois doentes num mesmo leito, indicavam a necessidade de sua substituição por construção mais adequada. Sua mudança foi indicada para o prédio construído pelos Jesuítas em 1567, no Morro do Castelo. Este edifício fora ocupado pelos padres da Cia., dessa data até o ano de sua expulsão, em 1760. Serviu depois como albergue de famílias necessitadas por resolução do Governador GOMES FREIRE DE ANDRADA. O Conde da Cunha pensou utilizá-lo como residência dos Vice-Reis, mas finalmente teve o destino de ser a sede do que foi chamado Hospital Real Militar e Ultramar, ao mesmo tempo um hospital de Marinha e hospital do Exército, pois nele eram recolhidas praças de uma e de outra força."
[398] NAVA, Pedro. *Capítulos...*, p. 80.
[399] NAVA, Pedro. *Capítulos...*, pp. 83-84.
[400] A realidade disso pode ser desafivelada em PEREIRA, José Carlos de M. *A explicação...*, pp. 147-148: "Por exemplo, se se trata de ações médicas, podemos compreender o sentido das ações que estão sendo realizadas em termos de sua congruência com as regras dos procedimentos técnica e cientificamente recomendados pela medicina. No entanto, a compreensão

médica -, aquela instituição total impressionante de adestramento para o adestramento[402], com efeito, podia servir tanto como microamostra para o treinamento do exercício de poder[403] por parte dos alunos, adestrando docentes, discentes e cobaias para a manutenção de um discurso que, fora dali, obedeceria aos papéis para que foram treinados, quanto como instituição de sequestro neutralizante, porque tornava inofensivos, ao excluí-los por inclusão, aqueles inaproveitáveis à equação lucrativa do mercado de trabalho.

No Brasil, as duas primeiras grandes instituições totais de sequestro - *invejosas da "famosa personagem" de MACHADO DE ASSIS, "SIMÃO BACAMARTE, médico alienista que asilou uma cidade inteira*"[404] -, foram o Hospital da Santa Casa de Misericórdia do Rio de Janeiro, que no dizer parcial de NAVA "não pode ser considerado apenas no valor representado pelas suas paredes: senão que é a casa matriz da Medicina, da Cirurgia e da Obstetrícia brasileiras; a casa onde aprenderam e ensinaram os maiores práticos e mestres[405] de que se honra, no Brasil, a tradição e a história de nossa Arte"[406], e, parelhas à importância dessa instituição no "estudo da história do exercício e do ensino da medicina no Brasil, devemos colocar uma instituição que data de época mais recente. É a Policlínica Geral do Rio de Janeiro"[407], cuja sacramentalização e descortino, com a presença do Imperador D. Pedro II, ocorreu em 28 de junho de 1882.[408]

Dando início aos projetos domésticos higienizadores totais, que do corpo do indivíduo, bem como da cura da sua doença, passavam ao corpo social, menos, porém, para a prevenção geral daquela do que para a manutenção de um discurso de poder mediante o qual os médicos, por meio da medicina, e espalhando espetacularmente não o mal em si, mas o desespero da sua adveniência - *mediante a propaganda dos seus efeitos escatológicos* -, entendiam que eles eram os únicos capazes de livrar o país dos seus males - *e que, arrogantemente, sequer se limitavam às morbidades* -, essas duas instituições, precipuamente voltadas ao tratamento massivo e, como

---

verdadeiramente explicativa do motivo, dada pela descoberta da *conexão de sentido*, depende da integração de tais ações num processo em que se pode estar buscando obter salários, honorários, lucros, prestígio, poder *etc*. Em suma, a conexão de sentido implica compreender o desenvolvimento real da ação em termos de um processo, e não de uma ação isolada. ...Entendemos, assim, a segunda afirmação de WEBER: 'explicar' significa... para a ciência que se ocupa do sentido da ação, algo assim como: captação da conexão de sentido em que se inclui uma ação, já compreendida de modo atual, em termos de seu sentido 'subjetivamente visado'."

[401] COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...,* p. 211: "Os higienistas procuravam intrometer-se nas famílias de elite pelos motivos mais prosaicos que se possa imaginar: ganhar clientes."

[402] Sobre os lugares impressionantes de pedagogia do adestramento, ou agências de adestramento científico, veja SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo...*, pp. 141 e seguintes, e 189 e seguintes.

[403] Em torno do assunto, veja FOUCAULT, Paul-Michel. *Microfísica do poder*. 26. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2008, *passim.*

[404] SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo...,* p. 28; para o quantitativo correto, veja no original ASSIS, Machado de. *O alienista...,* pp. 61-62: "De fato o alienista oficiara à câmara expondo: 1° que verificara das estatístics da vila e da Casa Verde que quatro quintos da população estavam aposentados naquele estabelecimento."

[405] NAVA, Pedro. *Capítulos...,* p. 90: "Ali se hospedou a nossa errante Faculdade...."

[406] NAVA, Pedro. *Capítulos...,* pp. 89-90.

[407] NAVA, Pedro. *Capítulos...,* p. 90.

[408] NAVA, Pedro. *Capítulos...,* p. 95.

pressuposto, ao adestramento coletivo, permitiram ao Brasil finalmente e, diretamente, desbancar praticamente duas epidemias que o afligiam, uma, a varíola, quase desde o descobrimento[409, 410] - *e que, felizmente, não foi mais detectada desde 1977* -, a outra, a febre amarela, irrompida entre 1849 e 1850[411], e, indiretamente, além de atualizar o discurso médico formal-oficial como panacéia[412] para os anseios da sociedade, fixando-o e estabilizando-o como dominante, encobrir, mediante as práticas médicas, é dizer, de forma legitimada aos olhos da maioria apedeutista, todos os objetivos mercadológicos da sociedade brasileira que descobriu como a medicina podia ser útil como avalizadora de depósitos e controladora de estoques de mão de obra, ao excluir, mediante inclusão, todos aqueles inempregáveis, ainda que temporariamente, ou mesmo declarar empregáveis – *mesmo não o sendo* -, aqueles impossibilitados de participar da disciplina agrícola e, ou, fabril, seja por um etiquetado defeito físico ou mental.

2.3 O programa seletivo-higienizador da medicina e o médico execut(or)ivo

Até aqui tentou-se demonstrar, além de outras coisas, como o discurso médico formal-oficial, escondido atrás do véu do mister, fixou-se e estabilizou-se como dominante, bem como, *en passant,* os reflexos negativos desse domínio no mercado de trabalho, poucas vezes incontestado. Agora, é hora de tentar demonstrar como uma das modalidades desse discurso, a higienizadora, cuja boa intenção também contribuiu para lotar o inferno, indiretamente ajudou na restauração dos marcos do discurso dominial médico ou, quando muito, na ampliação da sua geografia.

Abandonados o olfato como detector, até então *in these* infalível, das áreas perigosas à (re)ordenação da *urbe* e, de corolário, as teses dos miasmas, mormente por que vieram as descobertas pasteurianas, começaram a ser questionadas as estratégias até então implementadas, passando os médicos, agora sob o influxo da usual nomenclatura microbiana,

---

[409] Confusamente, NAVA, Pedro. *Capítulos...,* p. 101: "Só no século XV ela estende-se à Alemanha e no século XVI invade a Dinamarca e a Suécia, enquanto os espanhóis a transportam para a terra americana."; e, em outra oportunidade (*idem,* p. 102): "O continente negro estava praticamente contaminado de leste a oeste e de norte a sul... quando se estabeleceram entre ele e a América Portuguesa as comunicações tão freqüentes durante o período de nossa colonização. Daquelas terras e por intermédio desse intercâmbio marítimo veio a varíola para o Brasil."

[410] NAVA, Pedro. *Capítulos...,* p. 101: "Em 1563 a varíola aparece na Ilha de Itaparica, ganha São Salvador, dilata-se por toda a Bahia, mata 30.000 índios e devasta seis colônias jesuíticas."

[411] Os dados sobre essa epidemia podem ser encontrados em CHALHOUB, Sidney. *Cidade febril*: cortiços e epidemias na corte imperial. 4. reimpressão. São Paulo: Cia. das Letras, 2006, p. 61; sobre o assunto, veja, também, NAVA, Pedro. *Capítulos...,* pp. 99-100.

[412] *Verbi gratia,* COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...,* p. 114: "...os médicos ganhavam terreno, ocupavam espaços vazios, tentavam apresentar-se como úteis, necessários, indispensáveis à sanidade de todos os locais físicos e sociais do universo urbano."

a indicar a doença como advinda de fontes não mais impessoais e a transportar o indivíduo de vítima a suspeito em potencial[413] - *e que suspeito nas mãos dos positivistas!* -, bem como a acusá-lo de carregar o micróbio *vade mecum*. Nessa fase de doença a tiracolo, "autorizada por seu caráter científico, a medicina higiênica - como a medicina mental -, vai constituir um discurso sobre todas as instâncias da vida, invadindo a esfera das relações pessoais para moldá-las segundo os propósitos da ordem e da disciplina urbanas."[414] Em uma petição de princípio que, na medicina equivale ao tratamento pela sintomatologia, "a *cidade doente* surge como objeto construído pelo saber da medicina e privilegiado na prática do médico."[415] Para sustentar esse aparato, convocou-se a função policial da medicina[416] ou, quando menos, aliás, quando muito, tão só a própria polícia[417] - *talvez por lembrança de que "JOSEPH FOUCHÉ, ministro da polícia do populismo bonapartista, ...era temido pelo próprio NAPOLEÃO"*[418] -, sem a qual a implementação conduzida pelos médicos perderia em imposição ou, agora quando menos, verteria o convencimento advindo da sua qualidade científica em mera abordagem parcial de um grupo seleto de intelectuais que, olhando do seu viés, interpretavam a desordem simplesmente como algo fácil e, convenientemente, conversível à nomenclatura médica ora em voga, ratificando, assim, a mantença do seu poder e da sua evidência sem qualquer lastro plausível. Com efeito, diz ENGEL, ancorando-se mais tarde em FOUCAULT, que

> "a partir do século XIX, a medicina passaria a assumir um caráter político; deixando de ser apenas 'o *corpus* de técnicas de cura e do saber que elas requerem', a medicina passaria a compreender também 'um conhecimento do *homem saudável*, isto é, ao mesmo tempo uma experiência do *homem não-doente* e uma definição do *homem-modelo*. Na gestão da existência humana, toma uma postura normativa que não a autoriza apenas a distribuir conselhos de vida equilibrada, mas a reger as relações físicas e morais do indivíduo e da sociedade em que vive'."[419]

Na esteira dessa intervenção médico-administrativa, a medicina brasileira do século XIX não só agiu sobre o corpo doente, muita vez curando-o, senão que, em um ambiente[420] e

---

[413] ENGEL, Magali. *Meretrizes e doutores*: saber médico e prostituição no Rio de Janeiro (1840-1890). 1. reimpressão. São Paulo: Brasiliense, 2004, p. 137: "Desde a primeira metade do século passado, o *perigo* representado pela 'cidade-esconderijo', onde se tornava cada vez mais difícil distinguir escravos, libertos e pretos livres, determinou a adoção e a disseminação da estratégia da 'suspeição generalizada' pelos administradores da cidade do Rio de Janeiro."

[414] CUNHA, M. C. P. *O espelho do mundo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986, p. 35 *apud,* ENGEL, Magali. *Meretrizes...,* p. 48, nt. 68.

[415] ENGEL, Magali. *Meretrizes...,* p. 48.

[416] ENGEL, Magali. *Meretrizes...,* p. 49: "O conceito de *polícia médica* surgiu na Alemanha, onde foi utilizado pela primeira vez por WOLFGANG THOMAS RAU, em 1764. A obra de JOHANN PETER FRANK, *System einer vollständigen medizinischen Polizei* – cujos seis primeiros volumes foram publicados entre 1779 e 1817 e os três últimos, postumamente, entre 1822 e 1827 -, foi fundamental para a cristalização do referido conceito e sua difusão para outros países – Hungria, Itália, Dinamarca e Rússia. Em fins do século XVIII e princípios do XIX, a idéia de *polícia médica* apareceria também na França, Grã-Bretanha e Estados Unidos, onde, em condições sociais e políticas distintas, sofreu modificações."

[417] ENGEL, Magali. *Meretrizes...,* p. 62: "De acordo com a posição assumida pela Comissão de Saúde da Câmara, a repressão e o controle da prostituição no Rio de Janeiro *não* se configurava como um problema pertinente à área de saúde pública – como muitos médicos vinham defendendo -, mas sim como uma questão exclusivamente da alçada policial."

[418] ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias...,* p. 212.

[419] ENGEL, Magali. *Meretrizes...,* p. 50.

[420] ENGEL, Magali. *Meretrizes...,* p. 51: "Foi preciso, ainda, excluir da tarefa o *curandeiro* e o *charlatão*, já que somente ao saber *científico*, único *legítimo*, caberia cumpri-la."

mediante um cotejo que lhe era convinhável, também considerando mórbida[421], ou melhor, desordenada a cidade, pretendeu curá-la consoante uma *ordenação* prática pautada pela definição prévia da saúde e da higiene até então não vigentes[422], revelando-se no exagero detectado por ROBERTO MACHADO *et alii*, vazado em que "todos os componentes urbanos, todos os lugares, objetos e elementos devem estar sob controle e sob seu (do médico) [e da medicina] controle"[423], de que serve como exemplo, como se verá, a prostituição, considerada doença[424] - i. e., *associada às moléstias venéreas*[425] -, e, *ipso facto – razão da invocação e dita legitimação da "atuação saneadora do médico"*[426] -, motivo de desordem[427], extraindo daí sua periculosidade social a aliciar, a final, a atividade do médico, então também protetor e ordenador urbano, ainda que em sentido bifurcado, ora em favor da sua regulamentação sanitária, ora, ou mesmo *pari passu*, em desfavor da sua não proibição[428], cabendo como outro exemplo a negação do vínculo entre escravidão e falta de emprego para os livres e sem posses, onde os médicos, numa visão romântica e minimalista da miséria nacional, atribuíam a pobreza dos escravos à indolência, enquanto na europa industrializada esta caberia à ausência de trabalho e aos salários diminutos.[429] Só em 1890 houve uma mudança dessa ótica passando a falta de emprego e os baixos salários pagos às mulheres a ser a pedra de toque da motivação da prostituição, porquanto aqueles fatores sociais condicionavam aquelas a optar, segundo um médico coevo, entre "a miséria ou a desonra."[430]

De sorte que, qualquer diagnóstico que, fundamentado cientificamente, atribuísse um caráter perigoso a uma atividade ou a alguém[431] serviria como credencial a justificar o mister da intervenção e do controle médicos.[432] Mesmo porque, conforme advertiu ZAFFARONI, "trata-

---

[421] ENGEL, Magali. *Meretrizes...*, p. 53: "A perspectiva adotada na abordagem médica destas questões se orienta no sentido de definir o Rio de Janeiro como uma *cidade doente,* ou seja, como um espaço infectado que deve ser conhecido e tratado."
[422] ENGEL, Magali. *Meretrizes...*, p. 51.
[423] MACHADO, Roberto *et alii*. *Danação...*, p. 260 *apud* ENGEL, Magali. *Meretrizes...*, p. 54.
[424] ENGEL, Magali. *Meretrizes...*, p. 66: "A concepção da prostituição como principal meio de produção e difusão das moléstias venéreas definia-a, antes de tudo, como *doença*, inserida seguramente no campo dos estudos de higiene médica e saúde pública."
[425] ENGEL, Magali. *Meretrizes...*, p. 64.
[426] ENGEL, Magali. *Meretrizes...*, p. 64.
[427] ENGEL, Magali. *Meretrizes...*, p. 58: "...o Dr. JOÃO MACEDO JÚNIOR defendia, na Faculdade de Medicina do Rio de Janeiro, a tese *Da prostituição no Rio de Janeiro e da sua influência sobre a saúde pública,* onde mesmo caracterizando a prostituição como um 'cancro hediondo, que salientemente se destaca no quadro das misérias sociais', situava o seu estudo, antes de tudo, como um 'importante ponto de higiene pública'."
[428] ENGEL, Magali. *Meretrizes...*, p. 104: "Quanto às formas de tratamento prescritas, o discurso médico sobre a prostituição apresenta, portanto, uma certa heterogeneidade marcada pela presença de duas tendências: a *defesa* e a *oposição* à regulamentação sanitária da prostituição pública."
[429] ENGEL, Magali. *Meretrizes...*, p. 96.
[430] Dr. COSTA FERRAZ, citado por ENGEL, Magali. *Meretrizes...*, p. 97.
[431] ENGEL, Magali. *Meretrizes...*, p. 138: "Assumindo uma perspectiva no sentido de *civilizar* a cidade para convertê-la em espaço *higienizado,* os médicos incorporam como objetos de investigação todas as situações e pessoas que, consideradas geradoras e/ou disseminadoras da *desordem*, são colocadas sob suspeição."
[432] ENGEL, Magali. *Meretrizes...*, p. 102.

se de uma lei que se repete: quando se transfere um problema social, segue-se a transferência da ideologia de controle."[433]

Fragilidade política, desorganização e desprestígio das instâncias ordinárias de acompanhamento, impuseram ao governo colonial uma dificuldade no controle da população citadina que só foi possível, então, graças à disciplina que a medicina higiênica impôs aos indivíduos.[434] Separada, mas ainda tentando divorciar-se do regime colonial desde o início do século XIX, pôde a medicina, arrimando-se no novel sistema governamental, implementar seu discurso higiênico que, leciona FREIRE COSTA, "administrando antigas técnicas de submissão, formulando novos conceitos científicos, transformando uns e outros em táticas de intervenção"[435], viabilizou a integração da população à cidade, mediante um discurso que ao mesmo tempo em que assustava e ameaçava com a contaminação de pragas e doenças aqueles que o desafiassem, prometia a defesa daqueles que a ele aderissem *verbo ad verbum.*

Historicamente, a manutenção pela força da tradição de um ruralismo, de um patriarcalismo e de uma hierarquia, mesmo após o avanço da modernização depois de 1870[436], como afirma MURILO DE CARVALHO, deve ser encarada *cum grano salis*, porquanto, de acordo com o próprio escritor, a partir dali, "novas correntes foram importadas também da Europa, como o evolucionismo, o materialismo, o positivismo."[437] Enquanto isso, continua o historiador,

> "a nova versão da idéia de progresso dá ainda maior ênfase à ciência e à técnica como fatores de transformação social. A ênfase era reforçada pelo próprio avanço da ciência, pelas novas descobertas na física, na biologia, na engenharia mecânica. Mas no caso brasileiro talvez se devesse mais ainda ao surgimento de um grupo social urbano e educado que se sentia sufocado na sociedade escravista e rural.[438] Sua única credencial para ascender socialmente era a competência técnica. Estes grupos cresceram a partir da criação da Escola Politécnica, no Rio de Janeiro, de Minas em Ouro Preto, e, já no século XX, do Instituto de Manguinhos no Rio e Instituto Butantã em São Paulo, dedicados às investigações médicas e biológicas. Em Manguinhos impera OSWALDO CRUZ, o saneador do Rio de Janeiro, dirigindo brilhante equipe reconhecida internacionalmente. Cresce o número de engenheiros civis, geólogos, médicos sanitaristas, higienistas, legistas e criminólogos que acreditavam na possibilidade de usar a moderna fisiologia na análise e tratamento dos delinquentes."[439]

De toda sorte, ressalta evidente que o projeto higienizador não se limitava à mantença do discurso médico dominante, pretendendo, em verdade, ainda que de lambuja, espraiá-lo para uma clientela muito maior - *que de individual passava a coletiva* -, mediante a aglutinação da remediação com a prevenção, não necessariamente nessa ordem. Ocorre, porém, que esse era

---

[433] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Crime organizado: uma categorização frustrada. *In Discursos Sediciosos, Crime, Direito e Sociedade*, 1° semestre 1996, ano 1, n. 1, p. 56.
[434] COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...*, p. 28.
[435] COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...*, p. 28.
[436] CARVALHO, José Murilo de. Brasil 1870-1914: a força da tradição. *In Pontos e bordados*: escritos de história e política. 2. reimpressão. Belo Horizonte: UFMG, 2005, p. 107.
[437] CARVALHO, José Murilo de. Brasil..., p. 108.
[438] Sobre isso, veja COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...*, pp. 52-53.
[439] CARVALHO, José Murilo de. Brasil..., p. 109.

só o motivo do programa higienizador primário. O escopo do programa higienizador secundário era outro, qual sendo, o de viabilizar o controle censitário da população pobre - *que, no entender de* FRANCO*, historicamente, tinha menos direitos que os próprios escravos*[440] -, e, por esse motivo, reputada criminosa e, assim, poder aferir aqueles que deveriam permanecer disponíveis ao mercado de trabalho e aqueles que dele deveriam ser alijados. E isso foi feito mediante um programa modernizador que se manifestou, segundo MURILO DE CARVALHO, em "várias campanhas civilizadoras, verdadeiras missões" por meio das quais

> "grupos de técnicos e cientistas procuravam civilizar as populações da periferia urbana ainda presas ao que consideravam superstição e atraso. Os novos missionários saíam das escolas de Medicina, da Politécnica, da Escola de Minas, da Escola Militar. Usavam métodos distintos de catequese, mas o evangelho era o mesmo: o progresso, a civilização, a modernidade."[441]

Civilização, todavia, com seletividade suficiente para demonstrar que certo escritor não tinha razão quando disse que "perante os homens doentes, o aparelho médico representaria 'o lugar privilegiado, onde, diante da objetividade do saber, as diferenças devidas à origem familiar, profissional *etc*.', desapareceriam."[442] Ou seja, segundo MEDEIROS PEREIRA,

> "nas condições concretas de atuação do médico, a decisão quanto a quem será atendido, e como se dará essa atenção, será tomada em níveis alheios à própria medicina. Em outras palavras, em termos societários, econômicos e políticos, algumas vidas têm mais significado que outras. Ou porque os homens que as vivem têm mais condições de pagar a assistência que recebem. Ou porque podem exigi-la, dado o poder de que estão investidos. Ou, ainda, porque são considerados economicamente mais produtivos que outros, em vista dos investimentos sociais neles feitos. Decorre, daí, em grande parte, a diversidade da assistência médica. Consequentemente, há conflitos com objetivos situados em esferas sociais diversas, mas que se refletem na médica, embora esta pareça ser o nível onde se dão as decisões. Segundo os pressupostos da ordem médica, o objetivo é, de fato, diminuir o sofrimento e manter a vida, independentemente de que pessoa se trate, mas diante, por exemplo, da escassez de recursos, faz-se necessário decidir a quais homens serão destinados esses recursos tidos como escassos (de acordo com um determinado ponto de vista), de modo a mantê-los vivos e sadios. E essa decisão, como qualquer outra assemelhada, é fundamentalmente política, mas também calcada em valores de esferas socioeconômicas, culturais e outras."[443]

Daí, a inevitável pergunta.

> "Por qual valor o médico se orientará voluntariamente ou será ele compelido a optar prioritariamente? Nas sociedades capitalistas, em que há um quase completo domínio dos interesses econômicos (entre outros) das pessoas pertencentes a umas classes sociais sobre outras, os valores alheios à ordem médica, de modo geral, orientarão a decisão no sentido de beneficiar o mais rico, o de *status* mais elevado, e aquele que possua mais poder. Portanto, se a medicina, em virtude do modelo de conduta pelo qual devem pautar os que a exercem, 'não se propõe a questão de saber se aquela vida merece ser vivida e em que condições', outros modelos de orientação decidem por ela, e até contra seus ideais. Assim, porque as condições de existência de alguns pais são precárias, é possível que eles e o médico sejam obrigados a aceitar que a vida de seu filho não

---

[440] FRANCO, Maria Sylvia de Carvalho. *Homens livres na ordem escravocrata*. 4. ed. 1. reimpressão. São Paulo: Unesp, 1997, p. 104: "Parece claro que para inocentar seus escravos, que têm valor como mercadoria e não convém paralisar com uma condenação, o fazendeiro faz recair a culpa sobre o homem livre, que nenhuma relevância tem para os seus interesses.... Essa completa ausência do reconhecimento social do homem pobre vai mesmo à afirmação de sua insuficiência para o exercício dos mais elementares direitos do cidadão, como o recurso à Justiça."

[441] CARVALHO, José Murilo de. Brasil..., p. 110.

[442] Interpolando SILVA, M. G. R. da. *Prática médica*: dominação e submissão. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1976, p. 49 *apud* PEREIRA, José Carlos de M. *A explicação...*, p. 175.

[443] PEREIRA, José Carlos de M. *A explicação...*, p. 176.

> merece ser vivida, enquanto a uma outra criança, concebida num '*útero privilegiado*', se reserva o direito à vida."[444]

Enfim, "ao agir medicamente... ele pode estar, igualmente, atrelado à necessidade de obedecer às normas da ordem econômica, no caso de ser funcionário de uma empresa. Dependendo da situação na qual se veja envolvido, a orientação que acaba prevalecendo nem sempre será a médica."[445]

Pois bem. A continuar, em razão da pobreza e morbidade nacionais, a devassa detectora, seletiva, censitária, disciplinadora e confinante, mas quase sempre sanitária, malgrado menos violenta[446] - *ao menos fisicamente* -, invadiu a intimidade do povo com a escusa do saneamento - *limitado à porta de entrada* -, que encontrou em MONTEIRO LOBATO "um eficiente divulgador da idéia de que o País era um grande hospital."[447] Com isso, acreditava-se que - *ou melhor, foi imposta a verdade de* -, ensina MURILO DE CARVALHO, "a salvação nacional vinha da ciência e dos cientistas de Manguinhos", que detinham autoridade suficiente para transformar - *tanto a personagem da literatura como a vida das pessoas, ambos marionetes cujo destino é conduzido pela luxúria e vaidade dos dominantes* -, "o matuto doente e abúlico... uma vez tratado... em um empresário de estilo ianque", convencendo-o, e a nós também, até hoje, "do valor da ciência: o que disser 'nhá Ciência", ele [nós] obedece."[448, 449]

Um pouco antes, a extinção da escravatura, de *per se,* não poderia pasteurizar a população, pois ela confundiu, indistintamente, brancos e afro-descendentes, ricos e pobres, a despeito de ter havido uma homogeneização do discurso simbólico[450] dominante contra os últimos e os afro-descendentes, incapazes de esquivar-se dele, mormente por ele lhes ser imperceptível, como entende FRANCO.[451] Em uma sociedade de classes que pretende, por seus dominantes, manter nítidas suas camadas sociais, era preciso resgatar e manter a heterogeneidade, aviventando os apanágios daquelas divisões apagadas pela abolição, o que

---

[444] PEREIRA, José Carlos de M. *A explicação...,* p. 177.
[445] PEREIRA, José Carlos de M. *A explicação...,* p. 179.
[446] CARVALHO, José Murilo de. Brasil..., p. 110.
[447] CARVALHO, José Murilo de. Brasil..., p. 111.
[448] O erro na concordância deste verbo com o pronome pessoal "nós" é adrede.
[449] CARVALHO, José Murilo de. Brasil..., p. 111.
[450] Sobre discurso e poder simbólicos, veja FOUCAULT, Paul-Michel. *A ordem..., passim;* e BOURDIEU. *O poder..., passim*.
[451] FRANCO, Maria Sylvia de Carvalho. *Homens...,* pp. 111-112: "O outro caminho trilhado pelo homem pobre teve seu ponto de partida no caráter prescindível desse sujeito na estrutura socioeconômica. Essa existência dispensável levou-o, em última medida, a conceber sua própria situação como imutável e fechada, na medida em que as suas necessidades mais elementares dependeram sempre das dádivas de seus superiores. Assim, em sua vida de favor, a dominação foi experimentada como uma graça e ele próprio reafirmou, ininterruptamente, a cadeia de lealdades que o prendia aos mais poderosos. Desprovida de marcas exteriores, sua sujeição foi suportada como benefício recebido com gratidão e como autoridade voluntariamente aceita, fechando-se a possibilidade de ele nem sequer perceber o contexto de domínio a que esteve circunscrito. ...Fechando esse caminho, está, novamente, a existência dispensável vivida pelo homem pobre do século XIX. As condições de sua sujeição advieram justamente por ser quase nada na sociedade e exatamente esse vazio não poderia fornecer-lhe uma referência a partir da qual se organizasse para romper as travas que o prendiam e para constituir um mundo seu."

só foi em parte possível graças à parafernália científica da engenharia e da medicina[452], ambas sob a batuta do positivismo, "que via a história da humanidade como marcha contínua em direção ao progresso sob o impulso da ciência."[453] Ocorre que, como aquela referida confusão se dava em ambiente *non domino* - *qual sendo, a cidade do Rio de Janeiro* -, era mister, ainda, que aquele discurso alcançasse todo o lugar[454], impressionando. Aquele lugar impressionante outrora composto pelo hospital, agora passa a assumir uma dimensão espacial total - *toda a cidade do Rio de Janeiro* -, compatível com a espetacularização do discurso médico, também agora eloquente a todos, mesmo aqueles de ouvidos moucos.

Alhures, já se disse que o lugar originalmente impressionante - *o nosocômio* -, passou para o ambiente aberto - *a cidade* -, onde todo ele era objeto de observação, fiscalização e atuação dos higienizadores. Em que pese isso, é bem verdade que algumas áreas eram mais hospitaleiras ao discurso espetacular que outras, porquanto umas, ao contrário das demais, aglutinavam o pobre, o criminoso e o doente, repita-se, aglutinavam, ou seja, concentravam numa só pessoa que, coincidentemente, era, ou passaria a ser, aos olhos médicos, inservível à disciplina econômica do trabalho. Sobre esse assunto, voltar-se-á em breve. Antes, é preciso avançar um pouco mais para entendermos os motivos, muita vez inventados, e os efeitos, quase sempre evitáveis, respectivamente, para e do discurso médico, aqui, sanitário.

Debruçando-se sobre o assunto, ensinam ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA e SLOKAR que,

> "na metade do século XIX, constituíra-se a medicina social: 'o médico torna-se planejador urbano'.[455, 456] 'Além de diagnosticar a doença presente no espaço insalubre, propõe-se um

[452] Mais ou menos neste sentido, e citando FREYRE, Gilberto. *Ordem e progresso*. 3. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1977 *apud* CARVALHO, José Murilo de. Brasil..., p. 121.
[453] CARVALHO, José Murilo de. Brasil..., p. 122.
[454] Discutindo a obra de DONNANGELO, diz PEREIRA, José Carlos de M. *A explicação...,* pp. 252-253: "No segundo item do capítulo, 'Raízes da medicalização', MARIA C. F. DONNANGELO examina o modo como, a partir do século XVIII, a medicina se vincula ao poder político e econômico, reorientando suas práticas. Com os governos absolutistas surge uma 'medicina de Estado', que se preocupa não exatamente em medicar a população, mas o ambiente. O domínio da burguesia, já no século XIX, produz, no bojo da reforma geral das instituições, a reforma da medicina. No período revolucionário haviam-se sucedido os projetos de tal reforma, visando à reestruturação dos hospitais, à instauração da assistência obrigatória e gratuita aos enfermos. Esses projetos sugerem 'não apenas a intensificação do combate à enfermidade, mas também o engajamento da medicina em uma tarefa política de correção dos males sociais, a opressão e a pobreza, entre outros."
[455] ENGEL, Magali. *Meretrizes...,* p. 12: "Lembre-se, ainda, que a perspectiva médica de *ordenar* a desordem urbana, viabilizando as mudanças que anunciavam a construção de uma ordem burguesa na sociedade brasileira, se fez presente de um modo particularmente significativo nas reformas que marcaram a administração do prefeito PEREIRA PASSOS, entre 1902 e 1906."
[456] Quiçá por entender que o ambiente influenciava sobremodo a saúde ou a doença. Parecendo transitar por essa direção, sem a dedução acima, porém, MOACYR SCLIAR, em introdução à reedição de opúsculos sobre medicina publicados na época em que D. João este no Rio de Janeiro, *in* SILVA, Manoel Vieira da; PEIXOTO, Domingos Ribeiro dos Guimarães. *A saúde...,* pp. 21-22: "Como resultado dessas circunstâncias desfavoráveis, os habitantes do Rio de Janeiro apresentam várias doenças: 'O aparelho gastrico apresenta pouca energia, o appetite he pouco desenvolvido (...); há precisao de associar-lhe a pimenta, ou outros condimentos.' E há mais: 'A respiração he mais laboriosa e fatigante'; 'o processo de sanguificação, ou transmutação do chylo [o alimento digerido] a sangue faz-se lentamente'. As pessoas são fracas, têm pouca energia, mostram-se doentias. É verdade, diz o autor, que 'depois da Feliz Chegada de nosso Augusto Soberano e de sua Real Familia, o Rio de Janeiro tem adquirido um melhoramento indizível', mas é preciso eliminar as 'causas morbificas', e Guimarães Peixoto cita várias, algumas curiosas. Por exemplo, 'as numerosas officinas de ferraria no interior da Cidade, as quaes desenvolvem, pela combustão, grande quantidade de gaz acido carboico, augmentão consideravelmente a temperatura athmosferica'. Uma precoce identificação do efeito estufa? O autor também denuncia 'o abuso de liquores espirituosos, de

novo tipo de prática, organiza-se como poder político, torna-se um braço a serviço da prosperidade e segurança do Estado'.[457] Podemos ter uma idéia de como este poder médico-policial se exerce, 'devassando corpos, casas e quintais', mirando apenas dois espisódios: a demolição[458] do cortiço Cabeça de Porco[459], em 1893[460], sob os auspícios da Inspetoria[461]

---

bebidas fermentadas e dos prazeres de Venus', o café, o mate, o chá, e, surpresa, 'os banhos (...) tomados todos os dias'. Ou seja, uma mistura de equívocos com medidas acertadas. ... É muito significativo que as duas obras tenham em vista primariamente a saúde pública, e não a Medicina individual."; *verbo ad verbum*, PEIXOTO, Domingos Ribeiro dos Guimarães. *Aos sereníssimos Príncipes Reais do Reino Unido de Portugal e do Brasil, e Algarves, os senhores D. Pedro de Alcântara e D. Carolina Josefa Leopoldina oferece, em sinal de gratidão, amor, respeito, e reconhecimento estes prolegômenos, ditados pela obediência, que servirão às observações, que for dando das moléstias cirúrgicas do país, em cada trimestre, in* SILVA, Manoel Vieira da; PEIXOTO, Domingos Ribeiro dos Guimarães. *A saúde...*, pp. 87 a 91, 104 e 107-108: "O homem, desde o momento de sua fecundação até o seu nascimento, desde essa época até o termo fatal de sua existência, vive indubitavelmente debaixo da influência dos agentes que o rodeiam. ...Um sem-número de causas morbíficas e muito diversas nos podem afetar com maior ou menor prontidão, imprimindo em nossa organização um modo de existir muito diferente e análogo à sua ação... É fora de dúvida que ar atmosférico pelas qualidades físicas, as diversas estações do ano, a situação dos países em que se vive, os alimentos de que se faz uso, as paixões, as profissões, os hábitos *etc.* imprimem em nós uma disposição tão variável quanto diferentes são as impressões que eles nos fazem. ...Que série de afecções mórbidas mais ou menos determinadas, não explicam a condição do nosso corpo, que se dispõe a tal ou tal moléstia, sob a influência de tal ou tal causa? ...Que vantagens incalculáveis não recebemos nós, quando fazemos a justa aplicação desses agentes tão numerosos à nossa natureza, às nossas precisões e às moléstias que nos atacam. ...por isso que estamos sujeitos às impressões de inumeráveis objetos, que nos cercam, e quando o poder de vida que nos anima é inferior à extraordinária ação com que eles nos tocam, forçosamente sucumbimos. ...Assim, o aparelho gástrico apresenta pouca energia, o apetite é pouco desenvolvido, a quantidade de massa alimentar necessária para reparar as perdas diárias é pequena relativamente; há precisão de associar-lhe a pimenta, ou outros condimentos, que desafiem o apetite; as matérias alimentares são elaboradas muito lentamente; a digestão é incômoda e penosa; a absorvência dos elementos nutritivos faz-se com escassez, em conseqüência do que é maior a abundância de seus resíduos. ...Todos sabem que, depois da Feliz Chegada do Nosso Augusto Soberano e de Sua Real Família, o Rio de Janeiro tem adquirido um melhoramento indizível e nunca esperado; de um país malfazejo e inabitável, por assim dizer, se tem tornado um país mais saudável...."

[457] A ponto de, arrolando as causas morbíficas, interferir na administração, no comércio, na economia *etc.*, conforme PEIXOTO, Domingos Ribeiro dos Guimarães. *Aos sereníssimos Príncipes Reais do Reino Unido de Portugal e do Brasil, e Algarves, os senhores D. Pedro de Alcântara e D. Carolina Josefa Leopoldina oferece, em sinal de gratidão, amor, respeito, e reconhecimento estes prolegômenos, ditados pela obediência, que servirão às observações, que for dando das moléstias cirúrgicas do país, em cada trimestre, in* SILVA, Manoel Vieira da; PEIXOTO, Domingos Ribeiro dos Guimarães. *A saúde...*, pp. 108 a 111.

[458] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados*: o Rio de Janeiro e a república que não foi. 3. ed. 17. reimpressão. São Paulo: Cia. das Letras, 2008, p. 18: "A 'absoluta falta' de casas, especialmente para os pobres, foi salientada em 1892 pela Sociedade União dos Proprietários e Arrendatários de Prédios, que a atribuía à imigração. A sociedade solicitava à Inspetoria de Higiene que fosse mais cautelosa ao mandar fechar habitações, pelas consequências que a medida poderia acarretar."

[459] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 15: "Era o dia 26 de janeiro de 1893, por volta das seis horas da tarde, quando muita gente começou a se aglomerar diante da estalagem da rua Barão de São Félix, n° 154. Tratava-se da entrada principal do Cabeça de Porco, o mais célebre cortiço carioca do período: um grande portal, em arcada, ornamentado com a figura de uma cabeça de porco, tinha atrás de si um corredor central e duas longas alas com mais de uma centena de casinhas. Além dessa principal, havia algumas ramificações com mais moradias e várias cocheiras. Há controvérsia quanto ao número de habitantes da estalagem: dizia-se que, em tempos áureos, o conjunto havia sido ocupado por cerca de 4 mil pessoas; ...Seja como for, o que se anunciava na ocasião era um verdadeiro combate. Três dias antes os proprietários do cortiço haviam recebido uma intimação da Intendência Municipal para que providenciassem o despejo dos moradores, seguido da demolição imediata de todas as casinhas. A intimação não fora obedecida, e o prefeito BARATA RIBEIRO prometia dar cabo do cortiço à força. Às sete horas e trinta minutos da noite, uma tropa do primeiro batalhão de infantaria, comandada pelo tenente SANTIAGO, invadiu a estalagem, proibindo o ingresso e a saída de qualquer pessoa. ...Consumado o cerco policial à estalagem, e posicionados os técnicos e autoridades, surgiram mais de cem trabalhadores da Intendência Municipal, adequadamente armados com picaretas e machados. ...Os esforços se concentraram primeiramente na ala esquerda da estalagem, a que estaria supostamente desabitada havia cerca de um ano. ...Terminada a demolição da ala esquerda, os trabalhadores passaram a se ocupar da ala direita. ...Os trabalhos de demolição prosseguiram pela madrugada, sempre acompanhados pelo prefeito BARATA. Na manhã seguinte, já não mais existia a célebre estalagem Cabeça de Porco."; por sua vez, CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados*: o Rio de Janeiro e a república que não foi.3. ed. 17. reimpressão. São Paulo: Cia. das Letras, 2008, pp. 30-31 e p. 39, respectivamente: "Em termos concretos, a prevenção republicana contra pobres e negros manifestou-se na perseguição movida por SAMPAIO FERRAZ contra os capoeiras, na luta contra os bicheiros, na destruição, pelo prefeito florianista BARATA RIBEIRO, do mais famoso cortiço do Rio, a Cabeça de Porco, em 1892."; "...o cortiço Cabeça de Porco seria destruído em autêntica operação militar por ordem do republicano histórico BARATA RIBEIRO."

[460] Há um conflito desta data com 1892. Para tanto, veja nota acima. Contudo, quer parecer que no texto de MURILO DE CARVALHO, há apenas um equívoco, pois a data correta é 26 de janeiro de 1893.

[461] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 55: "...antiga Junta - de Higiene."

> Geral de Higiene[462] (dos destroços do cortiço nascerão os casebres da primeira 'favela'[463] no vizinho morro de Santo Antônio;[464, 465] a palavra 'favela' só estará disponível, nesta acepção, quatro anos mais tarde, quando tropas vindas de Canudos estacionarem no morro da Providência)."[466]

- *ou seja, indiretamente, colimando o desmonte de mais um*[467] *"esconderijo"*[468] *para os grupos que, recentemente, haviam lutado contra a escravidão, bem como a desarticulação dos mesmos*[469]*, também perigosos ao novo regime, com a comutação da petição de liberdade pela, agora, aquisição de cidadania, ou mais cidadania*[470] *e, diretamente, para atender aos interesses de empresários do ramo imobiliário*[471] -, em cujo evento os absurdamente nominados "sujeira"[472], teriam sido varridos para debaixo do tapete, pois "nem bem se anunciava o fim da era dos cortiços, e a cidade do Rio já entrava no século das favelas"[473]; enquanto o outro episódio seria, continuam ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA

---

[462] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, pp. 50-51: "Foi nesse contexto, em abril de 1892, que um higienista ascendeu à presidência da Intendência Municipal, e posteriormente, em dezembro do mesmo ano, foi nomeado para a prefeitura da Capital Federal. CÂNDIDO BARATA RIBEIRO, médico baiano, 49 anos, professor da Faculdade de Medicina do Rio de Janeiro, havia obtido o título de doutor, em 1877, com uma tese intitulada *Quais as medidas sanitárias que devem ser aconselhadas para impedir o desenvolvimento e propagação da febre amarela na cidade do Rio de Janeiro?* ...Torna-se evidente, portanto, que ao ordenar a demolição do Cabeça de Porco, entre outros cortiços, BARATA RIBEIRO estava apenas colocando em prática a sua opinião histórica a respeito desse tipo de habitação popular."

[463] CUNHA, Euclides da. *Os sertões*: campanha de Canudos. 3. ed. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 74, nt. 395: "*Favela*: fava pequena, planta leguminosa, abundante em canudos; deu nome a um morro local. O morro da Favela, no Rio de Janeiro, recebeu esse nome por assemelhar-se ao morro do sertão baiano."

[464] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 15: "O destinos dos moradores despejados é ignorado, mas LILIAN FESSLER VAZ, autora do melhor e mais completo estudo sobre a história dos cortiços do Rio, levantou recentemente uma hipótese bastante plausível. O prefeito BARATA, num magnânimo rompante de generosidade, mandou 'facultar à gente pobre que habitava aquele recinto a tirada das madeiras que podiam ser aproveitadas' em outras construções. De posse do material para erguer pelo menos casinhas precárias, alguns moradores devem ter subido o morro que existia lá mesmo por detrás da estalagem. Um trecho do dito morro já parecia até ocupado por casebres, e pelo menos uma das proprietárias do Cabeça de Porco possuía lotes naquelas encostas, podendo assim até manter alguns de seus inquilinos."

[465] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...*, p. 40: "As reformas tiveram como um dos efeitos a redução da promiscuidade social em que vivia a população da cidade, especialmente no centro. A população que se comprimia nas áreas afetadas pelo bota-abaixo de PEREIRA PASSOS teve ou de apertar-se mais no que ficou intocado, ou de subir os morros adjacentes, ou de deslocar-se para a Cidade Nova e para os subúrbios da Central."

[466] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...*, v. I, p. 443; ainda sobre parte do assunto, CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 15: "Poucos anos mais tarde, em 1897, foi justamente nesse local que se foram estabelecer, com a devida autorização dos chefes militares, os soldados egressos da campanha de Canudos. O lugar passou então a ser chamado de 'morro da Favela'."; também, CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...*, p. 18: "Anote-se ainda o impacto do crescimento populacional acelerado sobre as condições de vida, com as consequentes pressões sobre a administração municipal. Agravaram-se muito os problemas de habitação, tanto em termos de quantidade quanto de qualidade."

[467] Sobre a não novidade dessa questão, veja CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 30: "Em setembro de 1853, a comissão de posturas da Câmara analisou um projeto de 'Regulamento de Estalajadeiros', que lhe fora encaminhado pela Secretaria de Polícia. É lógico que a preocupação das autoridades policiais era 'prevenir que pessoas suspeitas achem fácil abrigo nas casas a que ele [o regulamento] se refere, mais ainda a evitar desordens, e outros crimes que por ventura possam ser cometidos."

[468] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, pp. 28-29: "...misturar-se à população variada de um cortiço pode ser um ótimo esconderijo, caso houvesse a opção pela fuga."

[469] Mais ou menos nesse sentido, CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 26.

[470] Abusando, em proveito próprio, das palavras de CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 29: "...o que estou querendo sugerir é que o tempo dos cortiços no Rio foi também o tempo da intensificação das lutas dos negros pela liberdade, e isto provavelmente teve a ver com a histeria do poder público contra tais habitações e seus moradores."

[471] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, pp. 54, 55 e 88: "Em 1891, o Conselho de Intendência Municipal havia fechado um contrato com o engenheiro CARLOS SAMPAIO, que ficava encarregado de prolongar a rua dos Cajueiros, a rua do Dr. João Ricardo e ainda abrir um túnel no morro do Livramento. É desnecessário dizer que a realização da obra dependia da destruição completa do Cabeça de Porco. ...Acabaram descobrindo que o mal infestava toda a área central da cidade, e passaram a defender planos de tranformação radical do espaço urbano - para o bem da saúde pública e, como se revelou, para o prazer de certos investidores."

[472] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, pp. 17 e 55, *in verbis*: "...imundície supostamente característica do cortiço...."

[473] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 17.

e SLOKAR, "a revolta da Vacina[474], em 1904"[475], ano que acomodou, também, as reformas urbanas que no dizer de BRETAS, acompanhado por SEVCENKO[476],

> "reduziram drasticamente o número de casas disponíveis no centro da cidade[477], deixando como opções as favelas que começavam a se desenvolver nas encostas dos morros da cidade, as moradias no subúrbio, que exigiam tempo e dinheiro para chegar ao trabalho, ou as casas de cômodos que ocuparam as antigas residências da elite colonial, abandonadas por melhores moradias fora do centro da cidade",

casas essas que "eram divididas em muitos quartos, acomodando grande quantidade de pessoas, gerando os problemas de compartilhar as áreas comuns e experimentando uma total ausência de privacidade."[478]

Foi nesse entorno temporal, também, que o autoritarismo tecnocrático republicano[479], valendo-se da recuperação financeira advinda da política deflacionista de CAMPOS SALES, mas, sobretudo, conforme MURILO DE CARVALHO, de "um médico sanitarista" que "foi encarregado das medidas de higiene pública" - *relegando ao passado o desleixo arquitetônico comum ao povo português*[480] -, e de "Pereira Passos, na ânsia de fazer da cidade suja, pobre e caótica réplica tropical da Paris[481] reformada por HAUSSMANN"[482, 483] - *ambos com o mesmo mote de ampliação da*

---

[474] BATISTA, Vera Malaguti. Cuidado: os higienistas estão voltando! *In Discursos Sediciosos, Crime, Direito e Sociedade*, 2 semestre 1996, ano 1, n. 2, p. 307: "Um dos maiores motins populares, a revolta da vacina de 1904, trazia no seu bojo a manutenção das concepções africanas e afro-brasileiras personalizadas em Omulu. Dentro da idéia de controle dual, Omulu tinha o poder de provocar e também de obstaculizar a doença. Assim, a população do Rio aceitava a 'variolização" e as técnicas de combate à doença por curandeiros e 'curiosos', mas se rebelava contra os métodos violentos e autoritários que o serviço de vacinação empregava contra as 'classes perigosas'. É montado um cerco aos 'vacinophobos', implantado um sistema de vacinação domiciliar compulsória, em geral acompanhado de autoridade policial. Para compreender as metáforas daquele tempo, CHALHOUB recorre à publicação de ELYSIO DE CARVALHO, de 1912, 'Giria dos gatunos cariocas'. Neste vocabulário, vacinar aparece como esfaquear ou golpear, e 'sabido' (malandro) que se preza não se deixa vacinar."

[475] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...*, v. I, p. 443.

[476] SEVCENKO, Nicolau. *A revolta da vacina*: mentes insanas em corpos rebeldes. *In* história em aberto. 3. impressão. São Paulo: Scipione, 2001, pp. 62, e, especialmente, 63: "Para essa espécie de periferia insalubre é que iriam se transferir as doenças e endemias expulsas, junto com os humildes, do centro da cidade, destinado a tornar-se sadio, ordeiro, asseado e exclusivamente burguês."

[477] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...*, p. 18: "Anote-se ainda o impacto do crescimento populacional acelerado sobre as condições de vida, com as consequentes pressões sobre a administração municipal. Agravaram-se muito os problemas de habitação, tanto em termos de quantidade quanto de qualidade."

[478] BRETAS, Marcos Luiz. O informal no formal: a justiça nas delegacias cariocas da República Velha. *In Discursos Sediciosos, Crime, Direito e Sociedade*, 2 semestre 1996, ano 1, n. 2, p. 218.

[479] CARVALHO, José Murilo de. Entre a liberdade dos antigos e a dos modernos: a República no Brasil. *In Pontos e bordados*: escritos de história e política, 2ª reimpressão. Belo Horizonte: UFMG, 2005, p. 84: "Os temas do interesse do indivíduo e de grupos, da nação, da cidadania, encarnados na idéia de república, estavam no centro das preocupações dos construtores da República brasileira. Como país exportador de matérias-primas e importador de idéias e instituições, os modelos de república existentes na Europa e na América, sobretudo nos Estados Unidos e na França, serviram de referência constante aos brasileiros."

[480] HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes...*, pp. 109-110: "A rotina e não a razão abstrata foi o princípio que norteou os portugueses, nesta como em tantas outras expressões de sua atividade colonizadora. ...A cidade que os portugueses construíram na América não é produto mental, não chega a contradizer o quadro da natureza, e sua silhueta se enlaça na linha da paisagem. Nenhum rigor, nenhum método, nenhuma previdência, sempre esse significativo abandono que exprime a palavra 'desleixo' - palavra que o escritor AUBREY BELL considerou tão tipicamente portuguesa como 'saudade' e que, no seu entender, implica menos falta de energia do que uma íntima convicção de que 'não vale a pena...'."

[481] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 35.

[482] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...*, p. 95.

[483] Atribuindo essa empreitada ao espírito aventureiro dos portugueses, HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes...*, pp. 46-47: "Procurando recriar aqui o meio de sua origem, fizeram-no com uma facilidade que ainda não encontrou, talvez, segundo exemplo na história."; embora, continuando (*idem*, p. 47), admita, que: "Habituaram-se também a dormir em redes, à maneira dos índios. Alguns, como VASCO COUTINHO, o donatário do Espírito Santo, iam ao ponto de beber e mascar fumo. ...Aos

segurança contra amotináveis, facilitada pela indisciplinada geografia citadina de então[484] -, que foi saneada e embelezada a cidade do Rio de Janeiro, *décalque* xenomaníaco de itinerário transatlântico que, embora ambiciosa, ainda tinha muito a dever à invejada região da galícia[485] haussmannianamente reurbanizada, cuja cópia, quiçá rococó, atendendo a uma aspirada "aprovação dos *outros*"[486], aqui remarcou uma decupagem mal feita, explicável pelo que disse BUARQUE DE HOLANDA, ou seja, a

> "tentativa de implantação da cultura européia em extenso território, dotado de condições naturais, se não adversas, largamente estranhas à sua tradição milenar, é, nas origens da sociedade brasileira, o fato dominante e mais rico em consequências. Trazendo de países distantes nossas formas de convívio, nossas instituições, nossas idéias, e timbrando em manter tudo isso em ambiente muitas vezes desfavorável e hostil, somos ainda hoje uns desterrados em nossa terra."[487]

Com efeito, a fim de arrefecer a "febril agitação" [488] em que se encontrava a capital fluminense na primeira década após os eventos de 1888 e 1889, e amenizar o paradoxo consistente na disparidade de tratamento entre contratantes que, em tese, deveriam ser reputados iguais, vieram os intelectuais-médicos, amparados por um messianismo desafivelado pelos ortodoxos[489], e ufanando-se de uma autoconfirmadora[490] e autopredicada[491] experiência técnica inalcançável a terceiros - *pois isso também facilita a proteção do monopólio do discurso* -, no que diz respeito à "prevenção e tratamento"[492] - *para eufemizar uma arrogância*[493] *mesmo, pois "estavam sempre, inabalavelmente, convencidos de que só a sua receita poderia salvar o paciente"*[494, 495]*, quiçá embalados pela vaidade de que, enclausurados em seus lugares não só físicos*

índios tomaram ainda instrumentos de caça e pesca, embarcações de casca ou tronco escavado, que singravam os rios e águas do litoral, o modo de cultivar a terra ateando primeiramente fogo aos matos."

[484] SEVCENKO, Nicolau. *A revolta...*, pp. 57-58.

[485] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...*, pp. 39-40: "Entrou-se de cheio no espírito francês da *belle époque*, que teve seu auge na primeira década do século."

[486] A expressão, e seu grifo, são de HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes...*, p. 166.

[487] HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes...*, p. 31.

[488] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...*, p. 15.

[489] CARVALHO, José Murilo de. A ortodoxia positivista no Brasil: um bolchevismo de classe média. *In Pontos e bordados*: escritos de história e política, 2ª reimpressão. Belo Horizonte: UFMG, 2005, p. 200.

[490] O vocábulo não é nosso, senão, de CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 44.

[491] COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...*, p. 106: "Estes predicados visam a intimidar ou seduzir estranhos, incapazes de avaliar a verdadeira força social de quem os aparenta."

[492] ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias...*, p. 248.

[493] Na época, e ainda que velada, era ela generalizada, podendo a prova dos nove ser tirada em CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, pp. 45-46: "Em suma, os higienistas imaginavam que sua Ciência pairasse acima dos homens e para além da moral e da política...."; mal do qual, é mister ser convinhável, também não escaparam os juristas, conforme se depreende de SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo...*, pp. 187 e 232: "Confiante em sua posição de 'missionários', buscavam os juristas brasileiros cunhar para si próprios uma representação que os distinguisse dos demais cientistas nacionais. Eram eles os 'eleitos' para dirigir os destinos da nação e lidar com os dados levantados pelos demais profissionais de ciência. Na sua visão, encontravam-se distanciados do trabalho empírico dos médicos, das pesquisas teóricas dos naturalistas dos museus, da visão eclética e oficial dos intelectuais dos institutos históricos e geográficos. Entendiam-se como mestres nesse processo de civilização, guardiões do caminho certo. ...Não é com leis que se corrigirá o povo... Só o médico pelo conhecimento que tem do homem, pode influenciar na decisão... (BM, 1912:24-5)".

[494] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 29.

[495] SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo...*, p. 150: "...esses intelectuais compartilhavam da sensação de que a 'sciencia tudo pode' (RAFDR, 1894:195) e de que existiria uma verdadeira tarefa, uma missão a ser cumprida."

impressionantes[496], doctores certant[497] -, facilitada pela noção de que "os pobres ofereciam também perigo de contágio"[498], pela "noção de que os pobres são, por definição, perigosos"[499], sanitariamente falando - *termo cuja imprecisão no trato "aumenta, infinitamente, a possibilidade da suspeição e de uma intervenção*[500] *arbitrária*[501]*, mediante o acasalamento prepotente entre medicina e executivo municipal, cujo retumbante, conquanto efêmero sucesso higienista em 1904, arrimado no acossamento, muita vez estando de atalaia, dos vacinophobos às suas casas e comunidades, à laia de uma velada vacinação obrigatória, como vimos, pode ter potencializado o deslanche da revolta da vacina, só para usar esse exemplo*[502] -, e pela noção de que a cidade poderia ser gerida "tecnicamente ou cientificamente"[503] - *porquanto a nomeação de prefeitos, embora buscados em outros Estados pelos Presidentes da República, se dava, ordinariamente, em pessoas presumida ou realmente competentes, num caminho sem volta para um autoritarismo que, de ilustrado, ao menos no começo, não tinha só o nome*[504] -, é que vieram os intelectuais-médicos, dizia-se, impor o seu discurso definitivamente salvador!

A medicina social - *após ter sido convidada pela política de então*[505] *que, incompetente em questões higiênicas*[506]*, nela encontrava a única maneira capaz de enveredar a população e a urbanidade pelo "caminho da civilização", e que também a reputava neutra o suficiente para estar "acima dos interesses particulares e dos conflitos sociais"*[507] -, que, usufruindo esse modelo, valeu-se da nomeação, não sem adrede, de médicos para ocuparem aquele famigerado cargo[508], e que, muito provavelmente, confundiram o munus administrativo com o profissional, e sob a desculpa -

---

[496] SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo...*, p. 37: "...esses intelectuais guardavam, porém, certa identidade que os unia: a representação comum de que os espaços científicos dos quais participavam lhes davam legitimidade para discutir e apontar os impasses e perspectivas que se apresentavam para o país."

[497] PEREIRA, José Carlos de M. *A explicação...*, p. 85: "...a validade objetiva do trabalho científico é assegurada, simplesmente, pelo acordo dos próprios cientistas a respeito de como ver a realidade...."; sob outro prisma, CARVALHO, José Murilo de. Brasil..., p. 121: "Os reformadores se viam como messias, salvadores de um povo doente, analfabeto, incapaz de ação própria, bestializado, se não definitivamente incapacitado para o progresso."

[498] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 29.

[499] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, pp. 19 e 22.

[500] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, pp. 39-40.

[501] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, pp. 48-49: "...os funcionários da Higiene estavam agindo de forma intempestiva, exigindo a interdição em casos onde os melhoramentos eram possíveis, e desrespeitando assim o direito de propriedade. ...feita a vistoria, o proprietário recebia uma lista dos reparos que precisava fazer em seu cortiço; acontece, todavia, que a Intendência Municipal resolvia indeferir o pedido de licença para a realização das obras. Nesse caso, o dono do cortiço ficava sem saída, à mercê da Inspetoria da Higiene."

[502] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 162.

[503] BATISTA, Vera Malaguti. Cuidado..., p. 306; bem como CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, pp. 19-20: "...surgimento da idéia de que uma cidade pode ser apenas 'administrada', isto é, gerida de acordo com critérios unicamente técnicos ou científicos."

[504] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...*, p. 35.

[505] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 47: "O fato, prém, é que o regulamento sanitário concentrava poderes demais nas mãos dos doutores da Inspetoria de Higiene, e estes, devidamente incentivados pelo ministro, não se fariam de rogados."

[506] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 44: "O problema aqui são as implicações políticas claras - e inevitáveis? - dessa crença na possibilidade de gestão científica da sociedade: nenhum 'outro' político tinha as qualificações necessárias para interferir na condução dos negócios públicos porque não detinha o saber técnico-científico pertinente."

[507] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 35.

[508] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...*, p. 35: "Não por acaso, muitos dos chefes do governo municipal no período em foco foram médicos ou engenheiros. Dos seis primeiros, quatro foram médicos, um engenheiro militar e apenas um tinha a formação tradicional da elite política brasileira, a jurídica."

muita vez inocente[509] *e sincera*[510] -, de porem a sociedade sob égide contra o que fosse perigoso e, portanto, instabilizador da normalidade - *aqui, sob a indumentária das higidezes física e mental, é dizer, da capacidade de "autocontrole"* -, possibilitou a medicina social, requente-se, mediante os auspícios de repor a ordem perdida, ou instaurar uma nova[511], a exclusão dos indesejados sem o pressuposto de haverem praticado qualquer crime[512], mas, repita-se, com um atestado médico inconteste, mormente em uma conjuntura como essa em que, saturando um ambiente já carregado, engenheiros e médicos acumularam um imenso e deletério poder na "administração pública, especialmente após o golpe militar republicano de 1889."[513] Com isso, e aos poucos, "o pessoal da Inspetoria de Higiene adquiria um certo ar triunfalista."[514]

Diante da condição da ausência de participação popular na administração citadina, os médicos governantes, dizendo-se preocupados com o bem público - *melhor seria dizer que exerciam poder mediante o poder punitivo penal*[515]*, porquanto o famigerado Código de Posturas, que abaixo será evidenciado, "era uma lei que ou não se aplicava*[516]*, ou se aplicava pela violência"*[517]*, inclusive, e sem prévia autorização do Ministério, convocando a polícia, sempre pronta para lhe atender*[518] -, e ancorados em um positivismo ajustado aos interesses republicanos que, segundo MURILO DE CARVALHO, "enfatizava, de um lado, a idéia do progresso pela ciência e, de outro, o conceito de ditadura republicana...", contribuindo "...poderosamente, para o reforço da postura tecnocrática e autoritária", sendo "o primeiro exemplo de tal mentalidade", "o Código de Posturas Municipais de 1890" que, revisitando um "esboço... legado pela Monarquia", foi colocado em vigor para o fim de regular "em pormenores várias atividades, especialmente as referentes a casas de aluguel e de pasto", quase todas incumpríveis pela população às quais se dirigiam[519],

---

[509] COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...*, p. 28: "É quase supérfluo notar que não houve intencionalidade finalista no manuseio recíproco desses interesses."
[510] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...*, p. 36: "Não há dúvida de que grande parte das medidas era bem-intencionada e buscava beneficiar a população em termos de maior conforto e maior higiene...."
[511] ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias...*, p. 253.
[512] ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias...*, p. 238.
[513] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 35.
[514] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 50.
[515] Porquanto o descumprimento do Código de Posturas ensejava sanções penais. Assim, CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...*, p. 36: "As penalidades pelo descumprimento dos dispositivos iam desde multas até prisão por 30 dias."
[516] *Ad instar* de outros documentos higienistas como, *e. g.*, narra CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 33: "O Ministério do Império encaminhou o documento em questão [ofício enviado pela Secretaria de Polícia da Corte ao Ministério dos Negócios do Império] à Câmara Municipal, e parece que lá ele não suscitou nenhum efeito prático. ...A mudança já se anunciava em outro projeto bastante detalhado para a adoção de posturas referentes a cortiços, apresentado à Câmara Municipal da Corte pelo Dr. JOSÉ PEREIRA REGO, em fevereiro de 1866. ...A Câmara não adotou de imediato as sugestões do vereador e higienista...."
[517] Avisos no mesmo tom davam conta, segundo CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, pp. 46-47: "...o governo estava disposto a lançar mão 'de meios coercitivos mais enérgicos' para cumprimento das determinações do inspetor...."; nessa esteira, CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...*, p. 36.
[518] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, pp. 47-48.
[519] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...*, p. 36: "Mas as medidas eram inteiramente irrealistas para a época. Muitas delas, como a exigência de caiar as paredes duas vezes por ano, azulejar cozinhas e banheiros, arejar quartos com aparelhos de ventilação, limitar o número de hóspedes, envolviam melhoramentos até hoje inexistentes em muitas residências. ...Para

deixaram, eles, médicos governantes, repita-se, "transparecer a preocupação republicana com o controle da população marginal da cidade", podendo-se "imaginar o impacto dessas medidas, especialmente no velho centro", pois "o Rio possuía, em 1888, 1.331 estalagens e 18.866 quartos de aluguel, em que moravam 46.680 pessoas, incluindo todo o vasto contingente do mundo da desordem", aliciando, estes mesmos médicos governantes, não só um controle administrativo total, senão, principalmente, o controle sobre o corpo do indivíduo, gerindo-o cientificamente, e com o auxílio de sanções penais para eventuais desrespeitos, sendo que, com isso, "de uma hora para outra, todos teriam registro na polícia, ou ficariam sem onde morar, caso os proprietários cumprissem rigorosamente a lei."[520] Enfim, "era inegável o crescente poder de sedução da ideologia da Higiene sobre alguns setores da sociedade da época"[521], e justamente porque "os higienistas imaginavam que sua Ciência pairasse acima dos homens e para além da moral e da política"[522], e a ponto de a cientificidade e a alegada neutralidade dessas posturas advindas trazerem "sempre em seu cerne a violência contra a cidadania"[523], cujas consequências deletérias podem ser explicadas pelo que disse DEBORD, *i. e,* "a ideologia é a *base* do pensamento de uma sociedade de classes, no curso conflitante da história. Os fatos ideológicos nunca foram simples quimeras, mas a consciência deformada das realidades, e, como tais, fatores reais que exercem uma real ação deformante."[524]

E o higienismo sanitário, urbano e administrador burocrático continuava precisando de novas desculpas para a sua intervenção. *Exempli gratia,* a febre amarela, importada "por intermédio do brigue norte-ameriano *Brazil*[525] e, inicialmente inadmitida[526], malgrado já

---

justificar a afirmativa, basta dizer que incluía a proibição de que hotéis, hospedarias e estalagens recebessem pessoas suspeitas, ébrios, vagabundos, capoeiras, desordeiros em geral. Exigia-se ainda o registro de todos os hóspedes, com anotação de nomes, empregos e outras características. As listas deviam ser entregues à polícia no dia seguinte até as nove horas da manhã."

[520] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...,* pp. 35-36.
[521] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...,* p. 45.
[522] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...,* pp. 45-46.
[523] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...,* p. 58.
[524] DEBORD, Guy. *A sociedade...,* p. 137.
[525] NAVA, Pedro. *Capítulos...,* p. 107.
[526] NAVA, Pedro. *Capítulos...,* p. 108: "A Academia, consultada pelo Governo sobre a natureza das febres em questão, ou seja, a que estava lavrando na Bahia e a que irrompera no Rio de Janeiro, respondeu dizendo não ter elementos para 'formar um juízo seguro sobre a identidade dos seus symptomas e os indicados pelos autores como representando a febre amarella ou tipho icteroide. Como se vê, nossa mais alta corporação médica assumia uma posição cautelosa, não se comprometendo em admitir tacitamente que as epidemias reinantes tivessem o significado alarmante de que alguns desconfiavam. Aliás, os próprios fatos foram a princípio mais ou menos tranqüilizadores. A doença progredia com uma lentidão e com uma benignidade que não deixavam augurar nada da tragédia que se desenrolaria logo depois. Porque a situação agravou-se subitamente, numa verdadeira progressão geométrica - tanto no número quanto na gravidade dos casos."

epidêmica desde 18 de novembro de 1849, teve sua admissão oficial designada para 19 de janeiro de 1850."[527, 528]

> "O Rio de Janeiro dessa época, a Rua da Misericórdia, o beco dos Ferreiros, o beco do Guindaste e o beco da Fidalga formavam uma espécie de centro de hospedarias, albergues e valhacoutos[529], onde procuravam pousada mendigos, embarcadiços, rebombeiras e vagabundos. Foi numa destas casas de dormida - o *Public-House Frank* -, situado no primeiro logradouro citado, que enfermaram os dois marinheiros norte-americanos recolhidos a 27 de dezembro de 1849 à Santa Casa da Misericórdia. Eram ambos tripulantes da barca estadunidense *Navarre*, chegada recentemente na Bahia. À internação desses dois doentes segue-se, no referido hospital, a de mais quatro pessoas que com eles tinham convivido."[530]

Incipiente, se o contra-ataque médico prestado pela assistência clínica era improdutivo, quando, muita vez, não agravava a condição mórbida apresentada[531], mais tarde, arrimado no apanágio etiológico da morbidade - *e no embate contra o agente infectante*[532] -, acabou encontrando vitória na dedicação de OSWALDO GONÇALVES CRUZ[533], não antecipada em décadas graças ao infeliz desprezo às conclusões tiradas já no início do século XIX por MANOEL VIEIRA DA SILVA[534], que sugeria um mero aterramento das regiões pantanosas. E, embora visasse com isso melhorar o ar e, de efeito, eliminar aquilo que entendia a origem das doenças, por via transversa[535] "atacou a doença por dois lados, pela extinção dos mosquitos e pelo isolamento dos doentes nos hospitais"[536], acabando com os verdadeiros vetores.

Muito bem. Eleitos currais expiatórios, consoante CHALHOUB, de "uma epidemia[537] de febre amarela, em 1850, e outra de cólera[538], em 1855", altamente mortais[539] - *em que pese ser*

---

[527] NAVA, Pedro. *Capítulos...*, p. 108: "A 10 de janeiro de 1850, o Dr. LALLEMAND, médico da Enfermaria de Estrangeiros da Santa Casa de Misericórdia, apresentava à Academia Imperial de Medicina, convocada em sessão extraordinária, uma comunicação que abrangia oito casos e dava notícia do 'desenvolvimento de uma febre grave em marinheiros vindos da Bahia, e sua transmissão a outros indivíduos que com eles moravam."

[528] Citando JOSÉ PEREIRA REGO, porque elogioso aos médicos e ao governo no trato da febre amarela que grassou o Rio de Janeiro, veja NAVA, Pedro. *Capítulos...*, pp. 107 e 109.

[529] Conquanto o mais importante deles, o Cabeça de Porco, situa-se na Rua Barão de São Félix, n° 154.

[530] NAVA, Pedro. *Capítulos...*, pp. 107-108.

[531] O porquê disso pode ser consultado em NAVA, Pedro. *Capítulos...*, pp. 111-112.

[532] Como disse OSWALDO GONÇALVES CRUZ, repetido por NAVA, Pedro. *Capítulos...*, p. 118: "O mosquito é o único transmissor provado da febre amarela."

[533] NAVA, Pedro. *Capítulos...*, pp. 111 e 118.

[534] SILVA, Manoel Vieira da; PEIXOTO, Domingos Ribeiro dos Guimarães. *A saúde...*, p. 17: "Dentro desse enfoque, VIEIRA DA SILVA dá-se conta do risco representado à saúde pelas regiões pantanosas; é um seguidor da antiga teoria do miasma, segundo a qual o ar de regiões insalubres poderia causar doenças, entre elas a malária (a constatação estava certa, mas por motivos equivocados: à época não se conhecia a transmissão da enfermidade por meio do mosquito), e sugere que essas áreas sejam aterradas."

[535] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 69: "Como os doutores não sabiam quais eram exatamente essas causas, eles podiam estar acidentalmente próximos do perigo - mas, na verdade, ainda longe de desvendar o problema -, quando reclamavam de pântanos e águas estagnadas."

[536] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...*, p. 94; além de, CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, pp. 65-67.

[537] Que não tardou em ascender ao cargo de "endemia", segundo CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 69.

[538] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 93: "A cólera foi descrita como um flagelo que escolhia suas numerosas vítimas entre os escravos e 'indivíduos de ordem inferior' - uma clara referência a libertos e homens livres de cor. A doença não respeitava 'condições de aclimação, antes ferindo com mais força os aclimados', particularmente 'as classes inferiores da sociedade', que viviam em piores condições higiênicas."

[539] Chegando a ser chamada de "epidemia reinante", conta-nos CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, pp. 61-66: "As estimativas indicam que mais de um terço dos 266 mil habitantes do Rio contraíram febre amarela no verão de 1849-50. O número oficial de mortos nesta primeira epidemia chegou a 4.160 pessoas, mas tudo indica que o total indicado foi consideralvelmente subestimado. Houve quem falasse em 10 mil, 12 mil, 15 mil vítimas fatais."

"a 'tísica', isto é, a tuberculose, a que ameaçava 'tornar-se moléstia endêmica do país'"[540] *e que, de certo modo, mormente pela classe médica, já se encontrava vinculada diretamente à miserabilidade da população*[541] -, porque se entendia acumularem condições insatisfatórias de higiene, foram os cortiços alvo visível e próximo da "Junta Central de Higiene, órgão do governo imperial encarregado de zelar pelas questões de sáude pública", passando a Câmara Municipal da Corte "a discutir medidas destinadas a regularmentar a existência das habitações coletivas", e, de sobra, possibilitar o controle social e a vigília policial dos pobres, e o controle e a vigília policial-médica sobre os suspeitos e perigosos, representados pelos hóspedes ou moradores, ao obrigar o proprietário a "possuir um livro de controle de entrada e saída", no qual aqueles "estariam cuidadosamente identificados", e sequestrados mediante uma exclusão por inclusão que ia e vinha mediante o vai e vem de "um portão de ferro, que se fecharia ao toque de recolher", sendo que, "a partir dessa hora, um dos habitantes passaria a servir de porteiro, ficando com a obrigação de abrir a porta para os outros moradores e de comunicar as eventuais irregularidades ao inspetor de quarteirão."[542]

Menos votada, até um período, a questões de higidez que de melhoramento da vida dos pobres mediante "a formulação de uma política destinada a promover o conserto, ou 'a edificação de habitações cômodas para o povo'"[543], qualificando-as com benfeitorias úteis, necessárias e nada voluptuosas, até um tom aceitável de habitabilidade - *sob pena de reabertura vinculada, exclusivamente, aos melhoramentos necessários*[544] -, passou-se da preocupação - *que em certos casos não foi aquém de um arbitrário exercício de poder médico-policial*[545] -, com a forma da moradia para com o espaço, mas não em termos geométricos[546], que por ela era ocupado.[547] É dizer, havia uma "estratégia que se resumia cada vez mais numa condenação *tout court* da própria presença de habitações populares e, obviamente, de seus moradores nas áreas centrais da cidade"[548], e isso independente da alcunha que aquelas recebessem, seja quartos, pequenas

---

[540] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 57: "Durante todos esses anos de crise aguda de saúde pública na cidade do Rio (entre aproximadamente 1850 e 1920), a tuberculose matou muito mais do que quaisquer das outras doenças epidêmicas."
[541] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, pp. 32 e 56-57.
[542] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, pp. 29 a 31.
[543] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 33.
[544] Aviso à Inspetoria Geral de Higiene, referindo-se ao art. 83, do regulamento sanitário de 1890, citado por CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 46.
[545] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 49: "...feita a vistoria, o proprietário recebia uma lista dos reparos que precisava fazer em seu cortiço; acontece, todavia, que a Intendência Municipal resolvia indeferir o pedido de licença para a realização das obras."
[546] Para estes, mas não em medidas, consulte CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, pp. 38-39.
[547] Citando projeto da época, CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 33: "...'é absolutamente vedado construir novos cortiços' em toda uma extensa área compreendendo boa parte das freguesias centrais da cidade, 'ainda mesmo dentro dos quintais ou chácaras....'."
[548] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 42.

casas ou casinhas, ou mesmo outros nomes quejandos.[549] De sorte que, a higiene como ideologia métrica da definição de civilização, primeiramente se preocupou com "civilizar" o espaço público urbano, fazendo-o mediante a "submissão da política à técnica", arquitetônica e médica, advirta-se, únicas capazes de alcançarem aquele escopo.[550]

Tal atitude, porém, desaguou no embate, inaugurado pelo pacto liberal, entre os higienistas que, arrimados em Aviso do Ministério do Império de 1879, estavam decididos a fechar todos os cortiços e equivalentes "quer os que ameacem ruína, quer os que, pela permanência têm-se tornado nocivos à saúde pública"[551], e os proprietários daqueles, cujos direitos, muita vez escorados em decisões judiciais - *de maior fartura ao tempo do Império*[552] -, restringiam a atuação dos agentes da higiene[553], embora fossem "as decisões da Inspetoria a respeito dos cortiços... irrecorríveis"[554], tornando "uma ordem de fechamento de estalagem determinada pelos esculápios", imodificável ou intangível - *"talvez por descuido", sustenta malogradamente*[555] *um parecer da época tentando contrabalançar o absurdo mediante também uma técnica diferenciada de interpretação teleológica de artigo constante em regulamento sanitário imperial de 1886, entendia pela sua mantença perante a vigência do regulamento republicano de 1890*[556] -, inclusive perante o próprio Ministro do Interior, malgrado hierarquicamente superior à Inspetoria de Higiene.[557] Nesse sistema inquisitório, os agentes da higiene acusavam e julgavam, e a condenação, quase sempre certa, mas, certamente sempre a seu cargo, era *res iudicata*.

2.4 Vacinophobos sediciosos e a sublevação contra a vacina

Como antes ficou sustentado, muita vez, os dominados, ainda que em menor número, ou ainda que desprovidos da técnica de comunicação social, tentam inverter a ordem do discurso a seu favor, valendo-se, para tanto, da retórica, da violência ou, muito improvavelmente, do acordo. Também é preciso dizer que, como é comum em disputas pelo poder hegemônico os dominados pelo discurso, outra ou vez, percebendo a dominação em si,

---

[549] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 44.
[550] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 35.
[551] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 45.
[552] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 45: "Pelo menos durante a vigência da monarquia, permaneceu sempre difícil adotar medidas mais duras contra os cortiços. No caso do Cabeça de Porco, por exemplo, segundo o relato da *Gazeta de Notícias* por ocasião da demolição, tentativas anteriores de destruí-lo haviam esbarrado exatamente em medidas judiciais."
[553] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 45.
[554] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 47.
[555] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 50: "Aquilo que o burocrata do ministério do Interior considerava um absurdo era exatamente o que valia; naquele momento, a Inspetoria de Higiene parecia o quarto poder da República."
[556] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, pp. 49-50.
[557] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, pp. 47-49.

bem como as vantagens dela advinda, animam-se em, invejando a nova esquerda[558] punitiva - *de que os camponeses argelinos de que nos fala FANON*[559] *são o exemplo inevitável* -, e invertendo os pólos do discurso, passar de oprimidos a opressores. Das inúmeras tentativas de tomada do poder por outros discursantes - *no caso, os políticos oposicionistas ou militares insatisfeitos* -, ou de sua reestruturação pelos dominadores da ocasião, ambas frustradas - *conquanto sempre manipulantes da massa popular de manobra, pois eram outros os pretendentes daquele*[560] -, a mais contundente investida e parcialmente mais útil e exitosa, embora menos quanto a alterações políticas[561] imediatas que a interrupção da vacinação propriamente dita[562], adveio como ricochete da obrigatoriedade dessa, apesar do fato de que esse procedimento já vinha sendo realizado no "Brasil há cem anos e de se terem vacinado no Rio mais de 150 mil pessoas ente 1846 e 1889."[563] Mas, insista-se, teria esse sido o motivo real, ou o putativo?[564] Quais interesses velados esconderia, se é que escondia, a revolta contra a vacina? Bem. Alguns afirmam que seus motivos eram econômicos, servindo ela como mero pano de frente, o que parece pouco provável.[565]

Tempestivamente, em 1904, época em que o discurso médico já havia se aperfeiçoado sobremaneira, e em que, conforme MURILO DE CARVALHO, os "militares e setores populares não representavam interesses compatíveis com os do grande comércio e da grande agricultura[566]", malgrado não terem "condições de impor um governo que extrapolasse os limites do Distrito Federal"[567], e exigindo uma descentralização da administração com vantagens para ambas as partes[568], aqueles militares e setores populares, dizia-se acompanhando o escritor mineiro, em

---

[558] Chamando a atenção para, vez em quando, inexistir limites entre esquerda e direita, BOURDIEU, Pierre. *Sobre...,* pp. 43, e 48, *in verbis*: "Direita e esquerda, isso é relativo por definição."; entendendo-as, ambas, aproveitadoras da situação, a esquerda e a direita, WACQUANT, Loïc. *As prisões...,* p. 13, sobretudo, nota 1, pp. 18, 32, 40, 75, 86, 133, 135 e 138.

[559] ARENDT, Hannah. *Sobre la violencia*. Madrid: Alianza, 2005, pp. 21 a 25.

[560] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...,* p. 156: "Mas na política a cidade não se reconhecia, o citadino não era cidadão, inexistia a comunidade política. Diante desta situação, não era de estranhar a apatia e mesmo o cinismo da população em relação ao poder."

[561] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...,* p. 145: "Revelou antes convicções sobre o que o Estado não podia fazer do que sobre suas obrigações. De modo geral, não eram colocadas demandas mas estabelecidos limites." Mais tarde, *idem,* p. 146: "Mas as queixas não revelavam oposição ao Estado. Eram antes reclamações contra o que se considerava ação inadequada, arbitrária, por parte dos agentes do governo. Ou então contra a falta de ação do poder público. Revelavam que havia entre a população certa concepção do que deveria constituir o domínio legítimo da ação do Estado."

[562] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...,* p. 139.

[563] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...,* pp. 128-129.

[564] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...,* p. 138: "Independentemente da intenção real de seus promotores, a revolta começou em nome da legítima defesa dos direitos civis."

[565] Informando e, depois duvidando dessa teoria, CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...,* p. 129.

[566] HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes...,* p. 49: "Em realidade, só com alguma reserva se pode aplicar a palavra 'agricultura' aos processos de exploração da terra que se introduziram amplamente no país com os engenhos de cana."; e, em outra oportunidade (*idem,* p. 53): "Ou, como já dizia o mais antigo dos nossos historiadores, queriam servir-se da terra, não como senhores, mas como usufrutuários, 'só para a desfrutarem e a deixarem destruída."

[567] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...,* p. 32.

[568] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...,* v. I, pp. 423 e 426: "A compreensão da programação criminalizante que teve seu núcleo no Código Criminal do Império do Brasil, de 1830, bem como do sistema penal montado a partir dela, pode ser facilitada pela análise de dois grandes eixos, no primeiro dos quais

uma tentativa governamental "desencadeada pela própria presidência da República"[569] de - *à laia de um "despotismo ilustrado"*[570]*, e sob os auspícios de que ela "era de inegável e imprescindível interesse para a saúde pública"*[571] -, compelir à vacinação e, paradoxalmente, no momento em que "os esculápios conseguiram o seu melhor resultado em um século de serviço de vacinação"[572], uma reação - *ou melhor, uma guerra*[573]*, ou melhor ainda, "uma ação política exemplar, no sentido político e moral, da população: a Revolta da Vacina"*[574] *que, durando uma semana, foi deflagrada em novembro de 1904*[575]*, "num momento decisivo de transformação da sociedade brasileira"*[576]*, e que teve como "pretexto imediato... a campanha de vacinação em massa contra a varíola"*[577] -, desencadeada, na visão de OLAVO BILAC, pela "matula desenfreada" e pelos "ignorantes explorados pelos astutos" [578], e que na interpretação de SEVCENKO "não foi contra a vacina, mas contra a história"[579], ou melhor, "contra as condições da sua aplicação e acima de tudo contra o caráter compulsório da lei"[580], "se constituiu numa das mais pungentes demonstrações de resistência dos grupos populares

---

encontramos a *contradição entre o liberalismo e a escravidão,* e no segundo o movimento político de *descentralização e centralização,* que se valeu intensamente do processo penal. ...Quando a reforma da Guarda Nacional (Lei n° 602, de 19.set.850) deslocar também para o ministro da Justiça seu comando, a obra de centralização estará concluída. O pacto político que a presidiu foi assim sintetizado: 'longe de terem sido destruídos pelo governo central, os chefes locais teriam se aliado a ele, com benefícios para os dois lados: o governo ganhava sustentação nas bases rurais, os senhores territoriais legitimavam seu domínio político em nível local'."; sobre o assunto, leia, também, CARVALHO, José Murilo de. Brasil..., p. 116: "O resto do mundo era o reino dos coronéis que dominavam os partidos republicanos estaduais e davam sustentação ao governo federal e estabilidade à república oligárquica."; ainda, BOURDIEU, Pierre. *Sobre...,* pp. 131, 132, *in verbis,* e 138: "...o coronelismo é, então, um sistema político nacional, baseado em barganhas entre o governo e os coronéis. O governo estadual garante, para baixo, o poder do coronel sobre seus dependentes e seus rivais, sobretudo cedendo-lhe o controle dos cargos públicos, desde o delegado de polícia até a professora primária. O coronel hipoteca seu apoio ao governo, sobretudo na forma de votos. Para cima, os governadores dão seu apoio ao presidente da República em troca de reconhecimento por parte deste de seu domínio no Estado."; e, CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...,* pp. 32-33: "A maneira indireta de neutralizar a capital e as forças que nela se agitavam era fortalecer os estados, pacificando e cooptando suas oligarquias. Era reunir as oligarquias em torno de um arranjo que garantisse seu domínio local e sua participação no poder nacional de acordo com o cacife político de cada uma. ...O próprio presidente resumiu claramente seu objetivo: 'É de lá [dos Estados] que se governa a República, por cima das multidões que tumultuam, agitadas, nas ruas da capital da União'. E prosseguindo: '*A política dos Estados* ...é a *política nacional*' (grifo de CAMPOS SALES)."; bem como, SEVCENKO, Nicolau. *A revolta...,* pp. 38-39.

[569] SEVCENKO, Nicolau. *A revolta...,* p. 10.

[570] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...,* p. 36.

[571] SEVCENKO, Nicolau. *A revolta...,* p. 14.

[572] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...,* pp. 161 e 162, *verbo ad verbum*: "Ou seja, o motim ocorreu quando o serviço estava vacinando pessoas como nunca conseguira antes."

[573] Na visão de CHALHOUB, Sidney. *Cidade...,* p. 97.

[574] SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo...*, pp. 227 e 230; além de, CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...,* p. 13; e, também, CARVALHO, José Murilo de. Brasil..., p. 117.

[575] Genérico, CHALHOUB, Sidney. *Cidade...,* p. 97: "Rio de Janeiro, novembro de 1904."; mais preciso, ainda que tomando como referência o episódio de violência mais emblemática, CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...,* p. 103: "No dia 13, domingo, o conflito generalizou-se e assumiu caráter mais violento."; precisamente temporal, SEVCENKO, Nicolau. *A revolta...,* pp. 10 e 13: "A inssurreição... ocorreu na cidade do Rio de Janeiro, então Capital Federal, no ano de 1904... O fator imediatamente deflagrador da revolta da vacina foi a publicação, no dia 9 de novembro de 1904, do plano de regulamentação da aplicação da vacina obrigatória contra a varíola."; já com um referencial temporal desvinculado do ápice da violência, veja *idem,* p. 120: "No dia 11 de novembro, já iniciadas as manifestações...."; por outro lado, com uma referência episódica, veja *idem,* p. 131: "De acordo com uma versão dos acontecimentos, a revolta teria começado com uma vaia dirigida contra OSWALDO CRUZ."

[576] SEVCENKO, Nicolau. *A revolta...,* p. 9.

[577] SEVCENKO, Nicolau. *A revolta...,* p. 10.

[578] *Apud* CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...,* p. 115.

[579] SEVCENKO, Nicolau. *A revolta...,* p. 88.

[580] SEVCENKO, Nicolau. *A revolta...,* p. 14.

do país[581] contra a exploração, a discriminação e o tratamento espúrio a que eram submetidos pela administração pública nessa fase da nossa história"[582], caracterizando-se, segundo MURILO DE CARVALHO, por uma "revolta fragmentada de uma sociedade fragmentada"[583], realizando, antecipadamente, a previsão pessimista de DEBORD, *i. e.*, de que "o espetáculo reúne o separado, mas o reúne como separado"[584] - *mas que contou com aproveitamento do grosso da população que a apoiou abertamente ou, no mínimo, foi simpático a ela*[585]*, recebendo aderência, atesta MURILO DE CARVALHO, "mesmo de setores que poderiam ser considerados modernos, como os operários das fábricas de tecidos", bem como de "setores chamados marginais, como ambulantes, capoeiras, malandros, prostitutas, [que] formaram a linha de frente da luta"*[586] -, e, na visão de SEVCENKO, por "reações indignadas da população", e por "setores da oposição política, que desde um longo tempo vinham articulando um golpe contra o governo"[587], e que, em razão daquilo, no sentir de RUI BARBOSA, era justa[588], principalmente porque aqueles seus contemporâneos comungavam do mesmo temor que ele para com a vacina.[589]

Justamente porque, no dizer de OSWALDO GONÇALVES CRUZ, "só tem varíola quem quer"[590, 591], é que se escancararam as portas - porque imposta a terapêutica em ambiente exagerado de medicina popular[592], é dizer, usando palavras da época, de "despotismo sanitário", que tentava, desesperadamente, manter a fantasia absolutista de controle absoluto, seja por meio de um monopólio médico, seja reeditando, ou melhor, renormatizando uma legislação, acusada de inconstitucionalidade[593], que "reintroduzisse a obrigatoriedade"[594] da vacinação -, à "revolta da vacina"[595, 596], episódio tristemente

---

[581] Aproveitável, *mutatis mutandis*, FRANCO, Maria Sylvia de Carvalho. *Homens...*, p. 108: "Postos à margem do arranjo estrutural e dos processos essenciais à vida social e econômica, agregados e camaradas foram os mais desvalidos dos homens livres e os mais qualificados para enfrentar a ordem estabelecida."
[582] SEVCENKO, Nicolau. *A revolta...*, pp. 10-11.
[583] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...*, p. 138; nesse sentido, historicamente, FRANCO, Maria Sylvia de Carvalho. *Homens...*, p. 113: "Sua inexistência como ser social permitiu uma única escapatória nos momentos em que as forças constritivas se faziam sentir mais duramente: a revolta de cada indivíduo, solitário em seu desafio à ordem estabelecida, entregue às suas próprias forças para afirmar-se."
[584] DEBORD, Guy. *A sociedade...*, p. 23.
[585] CARVALHO, José Murilo de. Brasil..., p. 117.
[586] CARVALHO, José Murilo de. Brasil..., p. 117.
[587] SEVCENKO, Nicolau. *A revolta...*, p. 10.
[588] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...*, p. 115.
[589] A incompreensível insegurança de RUI BARBOSA pode ser visitada em SEVCENKO, Nicolau. *A revolta...*, p. 15.
[590] NAVA, Pedro. *Capítulos...*, p. 106.
[591] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...*, p. 95: "Neste ambiente, teve início a luta pela implantação da vacina obrigatória contra a varíola, a terceira epidemia no alvo de OSWALDO CRUZ."
[592] NAVA, Pedro. *Capítulos...*, p. 182: "...a injeção de um simples é mal tolerada até hoje, justamente porque sugere a penetração na economia da coisa heteromorfa, daquele mesmo 'corpo estranho'. O vulgo prefere sempre o remédio a ser introduzido pelas vias naturais. O que acontece com a vacina antivariólica é outro exemplo muito elucidativo do que estamos afirmando: sua imposição às coletividades civilizadas ou meio civilizadas foi feita quase que à força, enquanto certos grupos selvagens rejubilavam-se com a prática e procuravam-na com açodamento, porque o mecanismo da introdução da linfa sugeria o das escarificações rituais, o da leitura dos adornos cicatriciais e das tatuagens - integrados nas suas culturas."
[593] Artigo de primeira página do jornal *O Commercio do Brazil*, intitulado *Direito à resistência*, conforme noticia CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...*, p. 97.
[594] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...*, p. 96.
[595] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...*, v. I, pp. 442 a 444.
[596] NAVA, Pedro. *Capítulos...*, p. 106.

indelével do nosso passado em que triunfou, mas não sem resistência e alguma desforra contra a dor, o sofrimento, o desprezo, a subordinação, a exploração, a segregação e a humilhação, a "exploração da política desalmada sobre a boa-fé de uma minoria e sobre a ignorância da massa popular"[597] - ignorância, até certo ponto, tendenciosa[598], ou mesmo, pouco inocente[599] ou, até mesmo, envolvida pelo discurso implícito nas programações higienizadoras primária e secundária -, ou, na versão governista moderada da época, "como exploração inescrupulosa da população ignorante por parte de políticos e militares ambiciosos"[600], aqueles, opositores dos governos civis paulistas ou, ainda, sob um ângulo de visada mais radical, "como obra de uns dois mil vagabundos[601] recalcitrantes[602], presos e condenados várias vezes que fingiam de povo... obra do 'rebotalho ou das fezes sociais, do facínora, do ladrão, do desordeiro de profissão, do ébrio habitual, da meretriz, do cáften, do jogador, do vagabundo e do vadio"[603], mas que, de todo modo, não estava completamente desamparada de aliados intelectuais[604], conquanto mais

---

[597] Citando LIMA BARRETO, oferece SEVCENKO, Nicolau. *A revolta...,* p. 67: "O motim não tem fisionomia, não tem forma, é improvisado. Propaga-se, espalha-se, mas não se liga. O grupo que opera aqui não tem ligação alguma com o que tiroteia acolá. São independentes; não há um chefe geral nem um plano estabelecido. Numa esquina, numa travessa, forma-se um grupo, seis, dez, vinte pessoas diferentes, de profissão, inteligência e moralidade. Começa-se a discutir, ataca-se o Governo; passa o bonde e alguém lembra: vamos queimá-lo. Os outros não refletem, nada objetam e correm incendiar o bonde."; quanto às origens históricas do afirmado, veja HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes...,* p. 61: "O peculiar da vida brasileira parece ter sido, por essa época, uma acentuação singularmente enérgica do afetivo, do irracional, do passional, e uma estagnação ou antes uma atrofia correspondente das qualidades ordenadoras, disciplinadoras, racionalizadoras."; enquanto, NAVA, Pedro. *Capítulos...,* p. 106; implicitamente, concordando com o texto, SEVCENKO, Nicolau. *A revolta...,* p. 57: "As várias facções políticas em que se dividia essa oposição deram-se conta do enorme grau de dificuldades e transtornos que causavam ao governo, incitando a turbulência dessa massa instável e dirigindo todo o rancor oriundo do seu mal-estar contra as representações concretas e simbólicas do poder vigente."

[598] Contra essa tendência, HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes...,* p. 61: "...a grande massa do povo recebeu-as com disciplicência, ou hostilidade." A favor dela, CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...,* p. 116: "Com exceção, portanto, dos participantes e simpatizantes, que viam o povo em geral envolvido conscientemente na revolta, os outros depoentes ou não viam entre os rebeldes o que consideravam povo, ou definiam o povo envolvido como ignorante e manipulado. A primeira visão, não fosse interessada, tenderia para a abstração e o romantismo; a segunda trai a incapacidade de representantes do governo e de elementos da elite educada em ver legitimidade e poder de discernimento no comportamento político da massa."

[599] Porquanto incluiu seus incitadores, as facções políticas, como alvos, conforme se vê em SEVCENKO, Nicolau. *A revolta...,* p. 57: "...o ódio popular, nos limites de sua extensão, se voltaria contra eles mesmos, que na realidade representavam também uma das dimensões da elite governante."

[600] Veja próxima nota. No mais, consulte CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...,* p. 115.

[601] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...,* p. 98: "JOSÉ MURILO DE CARVALHO, por exemplo, se declara interessado em desvendar 'aspectos da mente popular' em seu texto sobre a revolta, exprimindo talvez uma atitude mais geral entre os historiadores do tema nos últimos tempos. Tal perspectiva visa certamente corrigir visões anteriores que interpretavam as ações dos revoltosos de 1904 simplesmente como coisa de desordeiros e vagabundos, ou como objeto de manobras ou manipulações de políticos oportunistas, ou ainda como sintoma de ignorância de uma população que não podia entender os benefícios da 'civilização' - com o seu cortejo de verdades científicas e procedimentos técnicos correspondentes."

[602] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...,* p. 117: "O próprio chefe de polícia confessou, e os jornais o atestam, que no final da revolta foi feita uma limpeza na cidade para prender os que a polícia considerava vagabundos. Quando este agente do governo fala, por exemplo, nos dois mil vagabundos recalcirantes, ele está sem dúvida se baseando nas estatísticas criminais de 1904, que indicam a prisão de 2.128 pessoas por vadiagem e 73 por capoeiragem. Mas, essas pessoas foram presas principalmente após a revolta, e não há indicação de que prova ou suspeita de participação tivessem sido o motivo da prisão. Mesmo admitindo-se que muitas delas tivessem participado, e tudo faz crer que o fizeram...."

[603] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...,* p. 115.

[604] HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes...,* p. 160: "É curioso notar-se que os movimentos aparentemente reformadores, no Brasil, partiram quase sempre de cima para baixo: foram de inspiração intelectual, se assim se pode dizer, tanto quanto sentimental. Nossa independência, as conquistas liberais que fizemos durante o decurso de nossa evolução política vieram quase de surpresa; ...Os campeões das novas idéias esqueceram-se, com frequência, de que as formas de vida nem sempre são expressões do arbítrio pessoal, não se 'fazem' ou 'desfazem' por decreto."

moderados[605] - *justamente por, jazendo no leito do romantismo, importado platonicamente da metrópole, "ainda quando se punham a legiferar ou a cuidar de organização e coisas práticas, os nossos homens de idéias eram, em geral, puros homens de palavras e livros; não saíam de si mesmos, de seus sonhos e imaginações"*[606] -, e que, como diz MURILO DE CARVALHO, arrimando-se "em dois pontos, um científico, outro filosófico... interpretavam o pensamento de COMTE[607] como tendo sido contrário à teoria microbiana das doenças..." e "...não aceitavam qualquer intromissão do governo[608] ...no domínio da saúde pública, reservado ao poder espiritual"[609]; além de outros, um mais técnico, vazado na "falta de competência do poder público para invadir o recesso dos lares, seja para inspeção, seja para desinfecção, seja para remoção de doentes, ou sequestro"[610], e outro menos louvável, amparado por improvadas reações colaterais como "convulsões, diarréias, gangrenas, otites, difteria, sífilis, epilepsia, meningite, tuberculose."[611]

Entrementes, o mote maior do rebuliço, sustenta MURILO DE CARVALHO, se ancorava na "obrigatoriedade da vacina" que, se por um lado, recalcava, remarcando especificamente os maus exemplos que vieram da campanha anterior pela extinção da febre amarela[612] - *desmentindo o que disse um certo naturalista norte-americano sobre os pobres, i. e., de que "a pobreza defende-os, de algum modo, contra os maus costumes"*[613] -, por outro, evidenciava a "grande irritação popular com a atuação do governo na área da saúde pública[614], de modo especial no que se refere à vistoria e desinfecção das casas", pois estas ocasionavam "a invasão das casas, a exigência de saída dos moradores para desinfecção, o dano causado aos utensílios domésticos", além do "medo desenvolvido em relação à vacina propriamente dita"[615], de que comungava RUI BARBOSA, como visto acima. De qualquer forma, a revolta também ficou pontuada pela dúvida

---

[605] Mormente em um dos incidentes violentos que representaram a revolta. Para isso, veja CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...,* pp. 102-103: "Em ambiente tumultuado por provocadores da polícia, falou LAURO SODRÉ... e pediu ao povo que se retirasse em paz. BARBOSA LIMA falou no mesmo sentido. VICENTE DE SOUZA... seguindo LAURO SODRÉ e BARBOSA LIMA, pediu prudência. ...VARELA falou da janela de sua casa aconselhando o povo a dissolver-se...."; sobre a atuação de ambos, veja SEVCENKO, Nicolau. *A revolta...,* p. 20.

[606] HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes...,* p. 163.

[607] HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes...,* p. 158: "É certo que, em suas construções políticas, os positivistas imaginavam candidamente respeitar nosso 'estado preexistente', nossa feição própria, nossos antecedentes especiais."

[608] CARVALHO, José Murilo de. Brasil..., p. 118: "O avanço do Estado na regulamentação da vida das pessoas foi uma das causas mais frequentes de revoltas populares, sobretudo porque ele se dava sem a contrapartida do aumento da participação política."

[609] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...,* pp. 97-98.

[610] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...,* p. 98.

[611] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...,* pp. 98 e 131: "De início, os líderes da oposição apelavam principalmente para os perigos reais ou imaginários que cercavam a vacinação. BARBOSA LIMA e outros faziam verdadeiro terorrismo sobre tais perigos."

[612] SEVCENKO, Nicolau. *A revolta...,* p. 14.

[613] Referindo-se a HERBERT SMITH, HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes...,* p. 181.

[614] CARVALHO, José Murilo de. Brasil..., p. 118: "Não há dúvida de que a reação popular se deveu à prevalência entre a população de valores incompatíveis com os que presidiam à ação do governo."

[615] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...,* pp. 130-131.

quanto ao aplicador - de per se *de atuação "bastante agressiva, especialmente em relação aos cortiços"*[616] -, reforçada por uma interessada oposição moralista[617] que explorava a teoria da invasão, dita degenerescente, dos corpos, acentuada em um regime governamental inicialmente de representação feminina[618], pois logo cuidaram de prostituir essa figura edênica.[619] Estava, então, o médico do governo, personificador da devassidão moral das mulheres, sob o jugo de uma sociedade altamente, e por tradição[620], machista[621] - *embora o machismo tenha sido enfraquecido, justamente, pela medicina higiênica que fragilizou o poder paternal e auxiliou a esposa a dirigir-se contra o marido*[622] -, representada pela proibição do marido, de CAPITU expor, publicamente, os braços nus[623] - *manipulável e manipulada pelos líderes oposicionistas que apelavam para uma moralidade e um efeito colateral advenientes da vacinação, e que lhe davam o tom*[624]*, mais agudo e grave naquela*[625]*, do que nesse.* Sociedade patriarcal essa que, segundo MURILO DE CARVALHO, sob a batuta de Vicente de Souza em reunião no Centro das Classes Operárias visando a fundação da Liga contra a Vacina Obrigatória[626], sentiu-se irresignada quando ele disse que "ao voltar do trabalho... o chefe fica 'sem poder afirmar que a honra de sua família esteja ilesa, por haver

---

[616] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...,* p. 158; e, SEVCENKO, Nicolau. *A revolta...,* p. 14: "Os interlocutores da oposição, enraivecidos, respondiam ao governo que, no caso da lei brasileira, os métodos de aplicação do decreto de vacinação eram truculentos, os soros e sobretudo os aplicadores pouco confiáveis e os funcionários, enfermeiros, fiscais e policiais encarregados da campanha manifestavam instintos brutais e moralidade discutível."

[617] Sobre os argumentos oposicionistas, moralistas ou não, veja SEVCENKO, Nicolau. *A revolta...,* pp. 14-15; outrossim, CARVALHO, José Murilo de. Brasil..., p. 118: "Havia, para começar, fortes e rígidos padrões de moralidade familiar, aplicados especialmente às mulheres."

[618] CARVALHO, José Murilo de. Brasil: nações imaginadas. *In Pontos e bordados*: escritos de história e política. 2. reimpressão. Belo Horizonte: UFMG, 2005, p. 244: "A república não teve dúvida em adotar a representação feminina seguindo a inspiração francesa. ...talvez a explicação esteja... no fato de que a figura feminina também servisse para representar a liberdade, como no famoso quadro de RUDÉ, *A Liberdade Guiando os Povos*."

[619] CARVALHO, José Murilo de. Res-pública*. In Pontos e bordados*: escritos de história e política. 2. reimpressão. Belo Horizonte: UFMG, 2005, pp. 313-314: "A República brasileira tem longa e atribulada relação com a mulher. Ao ser proclamada, ela quis representar-se na figura solene de deusas gregas e romanas, símbolos grandiosos da guerra, da paz, da sabedoria. A República queria ver-se no espelho de Atena, ou na alegoria feminina da liberdade inspirada na Revolução Francesa. Mas a prática do regime logo esvaziou a alegoria. Passado o carnaval financeiro do Encilhamento, a festa instalou-se em palácio: um ministro da Fazenda da segunda presidência civil, às voltas com o combate à especulação e à inflação herdadas do Encilhamento, mandou colocar nas cédulas do tesouro o retrato de uma beldade, sua amante. O episódio determinou a troca de alegorias. Os caricaturistas não tiveram dúvidas: o símbolo da República não era Atena, não era Marianne, não era a Liberdade de Delacroix. Era a cocote, a mulher da vida, a prostituta. A República não era a virtude pública, era a mulher pública."

[620] FRANCO, Maria Sylvia de Carvalho. *Homens...,* p. 45: "Não obstante, a organização familiar nessas camadas inferiores inclui vários caracteres do tipo patriarcal, transferidos do modelo oferecido pelas camadas altas."

[621] Sobre o porquê do machismo no Brasil, veja COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...,* pp. 251 a 253 e 260-261; ainda, comentando a entrevista de um "preto" ao repórter do jornal *A Tribuna*, logo após a revolta, diz CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...,* p. 139: "Para ele, a vacinação em si não era importante - embora não admitisse de modo algum deixar os homens da higiene meter o tal ferro em suas virilhas."

[622] COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...,* pp. 115 e 120.

[623] ASSIS, Machado de. *Dom Casmurro*. São Paulo: Martin Claret, 2002; bem como SEVCENKO, Nicolau. *A revolta...,* p. 15.

[624] Nesse sentido, CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...,* p. 131.

[625] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...,* p. 131: "Mas o que talvez mais tenha atingido a população foi o tom moralista emprestado à campanha...."

[626] SEVCENKO, Nicolau. *A revolta...,* p. 18: "Ela fora fundada... a 5 de novembro, sob a presidência de LAURO SODRÉ, no Centro das Classes Operárias."

aí penetrado desconhecido amparado pela proclamação da lei da violação do lar e da brutalização aos corpos de suas filhas e de sua esposa'."[627]

Retórica acentuada quando, ao continuar seu discurso, pondera dizendo que, "'a messalina[628]...entrega-se a quem quer, mas a virgem, a esposa e a filha terão que desnudar braços e colos para os agentes da vacina'."[629] O que, em toda medida, explorando bem a ausência do chefe de família propagandeou[630], de forma devastadora[631], uma nudez diante de estranhos bem à eroticidade-anatômica brasileira.[632]

Como disse BOURDIEU, "é preciso palavras extraordinárias; de fato, paradoxalmente, o mundo da imagem é dominado pelas palavras."[633] Então, a invasão, praticada seja pelo médico oficial, seja pelo *ad nutum*, e *delivery*, ou mesmo em praça pública, dava azo ao temor da indelével ofensa à honra, temor esse muito maior do que aquele difundido pela eloquência médica ao tentar impor a manutenção do seu discurso, mediante a necessidade da vacinação.[634] Então, ainda que por pouquíssimo tempo, na disputa pelo poder, o discurso hegemônico médico formal-oficial foi derrotado e dominado.

Embora, sejamos convinháveis, tudo isso poderia tentar ser contestado pelo argumento de incredulidade de CHALHOUB que não acha "crível que a maioria da população engajada no quebra-quebra que se seguiu tivesse sido motivada por tal tipo de 'justificativa moral'"[635] – *mesmo que ele aceite o pressuposto de uma "modernização sem mudança"*[636] -, pois, citando MARTHA ESTEVES, noticia - *ao comentar o estudo dela sobre "os populares e o cotidiano do amor no Rio de Janeiro na* Belle Époque" -, que "o mapa da 'mente popular' sobre tais assuntos era muito mais tortuoso e incerto, e certamente bem diverso da moralidade burguesa de plantão[637] na mente dos

---

[627] CARVALHO, José Murilo de. Brasil..., p. 1118: "A visita de médicos na possível ausência do chefe da famíla e, principalmente, a hipótese de um estranho tocar fisicamente mulher e filhas ou simplesmente ver partes de seus corpos soava como uma violação do lar, como agressão à honra do marido, como desmoralização insuportável."
[628] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...*, p. 131: "A expressão 'messalina' usada por VICENTE DE SOUZA na reunião do Centro deve ter tido efeito devastador."
[629] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...*, pp. 100-101.
[630] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...*, p. 132: "...os líderes da revolta espalhavam agentes pelos centros populares com o fim de salientarem os perigos da vacina e dizerem que seria aplicada nas coxas das mulheres e filhas, junto à virilha."
[631] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...*, p. 132, inclusive tabela X.
[632] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...*, p. 131.
[633] BOURDIEU, Pierre. *Sobre...*, p. 26.
[634] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...*, p. 98.
[635] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 100; escorando-se, ao contrário, na moralidade como vetor desimpediente da intervenção médico-higienista, COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...*, p. 66.
[636] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 179.
[637] Em sentido contrário, veja SEVCENKO, Nicolau. *A revolta...*, pp. 9-10: "A constituição de uma sociedade predominantemente urbanizada e de forte teor burguês no início da fase republicana, resultado do enquadramento do Brasil nos termos da nova ordem econômica mundial instaurada pela Revolução Científico-Tecnológica (por volta de 1870), foi acompanhada de movimentos convulsivos e crises traumáticas, cuja solução convergiu insistentemente para um sacrifício cruciante dos grupos populares."

políticos do período"[638], de sorte que, na sua visão, TERESA MEADE teria feito a melhor interpretação do movimento, contextualizando-o em "uma tradição popular de resistência a iniciativas do poder público", pois

> "no caso das políticas de saúde pública, principalmente, havia uma desconfiança já de longa data em relação à atuação de funcionários da higiene - sempre apoiados no aparato policial -, visando promover desinfecções, despejos e demolições de cortiços e moradias pobres em geral, isolar doentes e conduzi-los aos temidos hospitais, e a historiadora poderia ter acrescentado, reprimir práticas populares de cura"[639],

ou mesmo, de outro lado, pela identidade dos revoltosos, pois, se é mesmo verdade que muitos deles eram "garotos vendedores de jornais, garotos de cortiço, operários desocupados, capangas de políticos e vagabundos da Saúde, todos promovidos a povo pelos conspiradores"[640] - *fato desacreditado, convincentemente, por MURILO DE CARVALHO*[641]*, sobretudo quando se ancora em estatísticas e censos da época, que demonstram uma maior participação de operários na insatisfação*[642] -, não é menos verdade que os mesmos não tinham qualquer motivação machista. Ademais, em outro momento arremata dizendo que "os esculápios lanceteiros pensavam apenas que lutavam contra 'preconceitos' e 'ignorância'"[643], em uma época - *mais precisamente em 1840* -, em que "a linfa estava degenerada e a vacina andava não pegando; a postura tampouco."[644]

Insistindo, diz-nos MURILO DE CARVALHO que a revolta, que durou uma semana[645], baseou-se "tanto em valores modernos como tradicionais", tendo sido esses recebidos da nossa colonização ibérica[646] - *mas, não só dessa, senão, daquela dualidade, ou mesmo trialidade a que me referi acima, advinda da tripla nacionalidade, a dizer de portugueses, afro-descendentes e índios, que compôs, inicialmente o Brasil, e que rebocou suas respectivas tradições, dentre as quais os tabus, os tributos, as crenças e as descrenças* -, bem como em valores almejados pelas classes populares e aqueles idealizados pelas mais altas, em tudo compatíveis entre si, mas, sobretudo, no "respeito pela virtude da

---

[638] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 100: "É claro que havia na época uma insatisfação popular constante com as repetidas e cada vez mais agressivas invasões de higienistas e policiais e suas *comunidades* - bairros populares, cortiços, locais de cultos religiosos afro-brasileiros *etc*. -, mas isto é bem diferente de imaginar que arroubos retóricos como as 'messalinas' de VICENTE DE SOUZA pudessem 'ter tido efeito devastador' entre 'o povo', tornando-se assim importantes para a eclosão da revolta."

[639] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 101.

[640] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...*, pp. 115-116.

[641] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...*, p. 116: "Com exceção, portanto, dos participantes e simpatizantes, que viam o povo em geral envolvido conscientemente na revolta, os outros depoentes ou não viam entre os rebeldes o que consideravam povo, ou definiam o povo envolvido como ignorante e manipulado. A primeira visão, não fosse interessada, tenderia para a abstração e o romantismo; a segunda trai a incapacidade de representantes do governo e de elementos da elite educada em ver legitimidade e poder de discernimento no comportamento político da massa."

[642] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...*, pp. 117, *in fine*, e seguintes.

[643] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, pp. 149-150.

[644] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 153.

[645] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 97.

[646] HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes...*, p. 39: "A bem dizer, essa solidariedade, entre eles, existe somente onde há vinculação de sentimentos mais do que relações de interesse - no recinto doméstico ou entre amigos."

mulher e da esposa, a honra do chefe de família, a inviolabilidade do lar"[647], todos redutíveis à inadmissibilidade "à interferência do governo além de limites aceitáveis"[648] - *ou, o que é pior, contradizendo os próprios motivos que teriam ensejado a convergência da Monarquia em República, como a intangibilidade*[649] *injustificada e ilegal dos direitos dos cidadãos, essência tanto do positivismo que, antes, de um lado, prometera incorporar, socialmente, o vasto proletariado*[650]*, e, de outro, desavergonhar-se de si mesmo e de sua realidade biológica*[651]*, quanto do liberalismo*[652]*, mediante não a mínima*[653]*, mas a máxima intervenção estatal e, outrossim, não a máxima, mas a média liberdade*[654, 655] *da cidadania*[656, 657] -, e todos representando o exercício de uma vinheta eloquente que remarcava, embora marcando passo[658], uma retórica liberal em voga.

Extraídos um ou outro exagero, quer parecer que a vacina era apenas a representante de um papel coadjuvante[659] em um contexto onde não só a fala importava mais que a personagem, mas, mais uma vez, o protagonista era o "bandido", ou melhor, o "outro"[660] - *por não ser aquilo que também não somos, mas gostaríamos de ser, apesar de não exigirmos isso de nós mesmos, senão, apenas dele* -, representando a opressão do Estado em sua faceta médica formal-oficial.

---

[647] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...*, p. 136.
[648] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...*, p. 138: "Havia, no entanto, uma espécie de pacto informal, de entendimento implícito, sobre o que constituía legítima interferência do governo na vida das pessoas."
[649] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...*, p. 146: "...havia entre a população certa concepção do que deveria constituir o domínio legítimo da ação do Estado. Pelo conteúdo das reclamações pode-se deduzir que este domínio girava em torno de problemas elementares, como segurança individual, limpeza pública, transporte, arruamento."
[650] Contrariamente, em outro lugar, CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...*, pp. 145-146: "De modo geral, não eram colocadas demandas mas estabelecidos limites. Não se negava o Estado, não se reivindicava participação nas decisões do governo; defendiam-se valores e direitos considerados acima da esfera de intervenção do Estado, ou protestava-se contra o que era visto como distorção ou abuso."; sobre o que compunha o proletariado (*idem*, p. 159): "A grande presença escrava, por outro lado, acrescida mais tarde dos imigrantes do país e do exterior, formou a massa proletária de que falamos."
[651] HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes...*, p. 166.
[652] A formidável fusão entre liberalismo e racismo pode ser resgatada em SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo...*, pp. 14 e 181.
[653] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...*, p. 146: "É importante não interpretar os movimentos de revolta popular em sentido liberal clássico como exigência de redução ao mínimo da ação do Estado, ou de ilegitimidade desta ação onde coubesse a iniciativa particular."
[654] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...*, p. 147: "Permanece, no entanto, o fato de que entre as reivindicações não se colocava a de participação nas decisões, a de ser ouvido ou representado. O Estado aparece como algo a que se recorre, como algo necessário e útil, mas que permanece fora do controle, externo ao cidadão. ...É uma visão antes de súdito que de cidadão, de quem se coloca como objeto da ação do Estado e não de quem se julga no direito de a influenciar."
[655] CARVALHO, José Murilo de. Escravidão e razão nacional**.** *In Pontos e bordados*: escritos de história e política. 2. reimpressão. Belo Horizonte: UFMG, 2005, p. 58: "Nos Estados Unidos, a escravidão exercia seus efeitos abaixo dos limites da *libertas* romana; entre nós seus efeitos pesavam também dentro e acima da esfera da *civitas*."
[656] Nesse sentido, CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...*, pp. 136-137, e 161, *verbis*: "Nossa República... consolidou-se sobre a vitória da ideologia liberal pré-democrática, darwinista, reforçadora do poder oligárquico."
[657] Em sentido contrário, citando JOAQUIM NABUCO, CARVALHO, José Murilo de. Escravidão..., p. 58: "Enquanto houver escravos, argumenta ele, fica diminuído o próprio título de cidadão dos livres. A abolição, portanto, deve fazer-se no interesse de todo o País, no interesse de livres e escravos. A abolição é condição necessária para evitar a dissolução social e fundar uma sociedade liberal baseada no trabalho livre, fortalecida em suas energias próprias, menos dependente do Estado."
[658] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...*, p. 154: "O avanço liberal não foi acompanhado de avanço igual na liberdade e na participação."
[659] SEVCENKO, Nicolau. *A revolta...*, p. 10: "Seu pretexto imediato foi a campanha de vacinação em massa contra a varíola, desencadeada por decisão da própria presidência da República."
[660] Sobre a diabolização do outro veja GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia*: o guardião das promessas. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 98.

Mais importante, porém, que esse escorço histórico é a dedução de que todo esse *qui pro quo* serviu, em última medida, requente-se, ainda que indiretamente e em atendimento à programação higienizadora secundária, como recenseamento e posterior controle das classes subalternas e desinteressantes, diga-se ao passar.[661] Mas, como isso teria sido realizado? Primeiro, como já visto *en passant* acima, guardando, *mutatis mutandis,* a tradição[662] da vacinação - *que em 09 de novembro de 1904, com o plano de regulamentação*[663] *de sua aplicação contra a varíola, a "humana lei"*[664] *tornou obrigatória, deflagrando-se, por isso, a revolta*[665] -, "o projeto de regulamento mantinha a opção de vacinação por médico particular, mas o atestado teria de ter firma reconhecida."[666] Exigência irrelevante diante do cerco contrafático que encarcerava a vida das pessoas ao condicionar à existência, e à posse desse documento único, a "matrícula em escolas, emprego público, emprego doméstico, emprego nas fábricas, hospedagem em hotéis e casas de cômodos, viagem, casamento, voto *etc*."[667], bem como ricocheteadora na já assumida e indelével condição de gado *vacum,* pelo povo, que se sentia, obrigatoriamente, vacinado por um governo de latifundiários[668, 669] que, tratando-os como animais, não se preocupou, no dizer de SEVCENKO, "com a preparação psicológica da população, de quem só se exigia a submissão incondicional", governo esse cuja "insensibilidade política e tecnocrática foi fatal para a lei da vacina obrigatória."[670]

A requentar, o resultado de tudo o que foi dito, mas, sobretudo do "Regulamento da Lei" da lavra de OSWALDO GONÇALVES CRUZ - *aquele que condicionava o exercício da cidadania, como matrícula em escolas, arranjo de emprego* etc.[671] -, não poderia ter sido outro: houve uma violenta reação da população, como já descrito - *em parte, talvez explicável, historicamente, e aqui interpola-se FRANCO que não escreveu para essa situação, por uma tradição cabocla de culto às soluções violentas,*

---

[661] E, ao que parece, a situação não mudou muito a partir de então, podendo a realidade ser enxergada em CHALHOUB, Sidney. *Cidade...,* p. 148: "...o estudo também concluiu que havia uma desconfiança generalizada em relação às ações governamentais, associadas normalmente à cobrança de impostos e ao recrutamento militar."
[662] Historicamente, CHALHOUB, Sidney. *Cidade...,* p. 110: "Na verdade, há mesmo possibilidade de que a principal função do serviço de vacinação do governo nos primeiros tempos fosse a imunização dos escravos, sendo provável que a parte mais abastada da população procurasse o alvitre junto a seus médicos particulares."
[663] SEVCENKO, Nicolau. *A revolta...,* p. 16: "E foi justamente essa regulamentação que desencadeou a revolta."
[664] SEVCENKO, Nicolau. *A revolta...,* p. 14.
[665] SEVCENKO, Nicolau. *A revolta...,* pp. 13 e 14, *in verbis*: "A pequena oposição parlamentar, a imprensa não-governista e a população da cidade por outro lado, procuravam resistir obstinadamente à sua implantação."
[666] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...,* p. 99.
[667] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...,* p. 99; sobre o assunto, veja o que diz SEVCENKO, Nicolau. *A revolta...,* p. 17: "O regulamento era extremamente rígido, abrangendo desde recém-nascidos até idosos, impondo vacinações, exames e reexames, ameaçando com multas pesadas e demissões sumárias, limitando os espaços para recursos, defesas e omissões."
[668] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...,* p. 102.
[669] Sobre um pouco do porquê econômico-mercadológico dos latifúndios no Brasil, veja HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes...,* pp. 47, e seguintes.
[670] SEVCENKO, Nicolau. *A revolta...,* p. 17.
[671] Sobre o Regulamento, veja CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...,* p. 99.

transferida para a cidade[672] -, contra a vacinação obrigatória, concentrada muita vez na Praça Tiradentes[673] (antigo Largo do Rocio), onde ficava o Ministério da Justiça, mas logo depois espraiada - *inclusive com apoio de aliados do governo, embasbacados com o rigorismo oswaldiano*[674] -, para, tomando as ruas, com disposição até para usar de fogo nada artificioso[675], não mais se conter, mesmo diante da atitude governamental tardia de adotar um projeto de regulamento substitutivo, porquanto, uma vez provocada a massa de manobra, posteriormente inclusive quase desidentificável[676] e descontrolável - *pois, como ensina* BAUDRILLARD*, "o efeito de massa está além da manipulação e sem comum medida com as causas*"[677] -, "nada disto importava mais".[678]

Contudo, atentemos para um pormenor. Como dito acima, acompanhando MURILO DE CARVALHO, e aqui novamente, a vacinação obrigatória não passou de um motivo, logo inumado[679], "para desencadear um protesto muito mais vasto e profundo"[680], continente de um "possível crescendo de manifestações populares iniciado em 1903"[681], onde "desabrocharam, então, várias revoltas dentro da revolta"[682], todas elas conteúdos que, lastreados em questões econômicas - *como sempre tem sido* -, não obtiveram a dimensão e a profundidade da revolta da vacina que, embora morrendo como motivo, não teve seu féretro

---

[672] FRANCO, Maria Sylvia de Carvalho. *Homens...,* pp. 37, 51, 55 e 63: "Vê-se, ainda, como as soluções violentas aparecem como um comportamento estandartizado (*sic*), e isto se conclui do fato de não ficarem restritas àqueles sujeitos imediatamente envolvidos, mas se propagarem rapidamente, ocorrendo reações uniformes em todo o grupo...; o que sobressai como padrão de comportamento é a violência, correspondendo, como se verá, a todo um sistema de valores centrados na coragem pessoal...; Virtude, destemor e violência não se excluem...; A importância desse conjunto de valores é revelada na preocupação em construir e conservar uma reputação de valentia...; A valentia constitui-se, pois, como o valor maior de suas vidas."

[673] Dispersando o tumulto, SEVCENKO, Nicolau. *A revolta...,* p. 18: "Grandes ajuntamentos tomaram a Rua do Ouvidor, a Praça Tiradentes e o Largo de São Francisco de Paula."

[674] Mormente em um dos incidentes violentos que representaram a revolta. Para isso, veja CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...,* pp. 102-103.

[675] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...,* p. 100: "LAURO SODRÉ falou contra a lei 'iníqua, arbitrária e deprimente', a que se devia resistir mesmo à bala."; *Idem,* pp. 100-101: "A seguir falou VICENTE DE SOUZA... Contra a violência, apelava para a legítima defesa 'e essa se faz com as armas na mão'."

[676] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...,* pp. 113-114: "No Brasil, em casos de revoltas populares, nunca havia processo contra o grosso dos presos. Processavam-se apenas os líderes, muitas vezes elementos da elite. Os restantes eram simplesmente colocados em navio e desterrados para algum ponto remoto. Nem mesmo passavam pela Casa de Detenção, onde teriam ficado registrados seus dados pessoais. ...Dos outros 945 presos, uns foram soltos, outros deportados sem processo. Não nos foi possível recuperar nem ao menos os nomes de todos."; embora, este mesmo autor, em outro momento (*idem,* p. 117), descreva, que: "Há outras fontes que nos podem levar um pouco mais adiante. Comecemos pelo relatório do chefe de polícia. Há nele alguma informação sobre os presos. Foram detidas ao todo 945 pessoas. Destas, 461, depois de terem sido identificadas como possuindo antecedentes criminais, foram deportadas. As restantes 484 foram soltas. Segundo o chefe de polícia, os arquivos da Casa de Detenção informavam que os 461 deportados possuíam 949 nomes e haviam sido presos 1.852 vezes, das quais 1.535 por contravenção e 317 por crime (141 contra a pessoa, 176 contra a propriedade). Para o exterior foram deportados, por sentença, sete estrangeiros."

[677] BAUDRILLARD, Jean. *Telemorfose*. Rio de Janeiro: Mauad, 2004, p. 38.

[678] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...,* p. 103.

[679] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...,* p. 133: "...após as escaramuças iniciais e particularmente após o fiasco da revolta militar, os discursos e palavras de ordem contra a vacina assim como os ataques contra os símbolos da ação do governo na área da saúde pública - agentes sanitários, carroças e prédios -, desapareceram completamente."; mais tarde (*idem,* p. 157): "Poucos meses após a revolta da vacina, ela já era objeto de celebração carnavalesca, sem falar no fato de terem começado as agitações por uma farsa teatral montada por pivetes."

[680] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...,* p. 134.

[681] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...,* p. 134.

[682] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...,* p. 138.

acompanhado por aquela que, ao menos para o historiador mineiro, seria sua principal fundamentação, qual sendo, "a justificação moral"[683] que, ainda que vinculada ao centenário da vacinação antivariólica que precedeu 1904, não pode ser tida como suficiente, *i. e.,* não passou de "simples pretexto para uma revolta que tinha motivos outros e mais relevantes."[684]

É que, historicamente, segundo elucida CHALHOUB, só para começar, "a história do combate à varíola é a história da inoculação e, posteriormente, da vacina", que se valia de um entendimento antigo de que "se determinada moléstia grave normalmente atacava um indivíduo apenas uma vez, era altamente desejável provocar um ataque atenuado do mal para assegurar a proteção das vítimas em potencial"[685], embora essa técnica, mesmo depois de algo aperfeiçoada, tenha se tornado, logo, "matéria de controvérsias virulentas"[686] e, em última medida, dela podendo ser dito mesmo que "a prática da variolização consistia em obstáculo poderoso à propagação da vacina"[687], porquanto pugnava discursivamente contra os métodos vacinogênicos aplicados pela medicina formal-oficial, e de maneira mais tradicional e muito mais acessível às classes perseguidas pelos vacinadores-higienizadores.

Tendo poupado ao menos a massividade em Portugal que, em razão de seus escassos números ali, estendeu sua desatenção para nós, malgrado, diz-nos CHALHOUB, ter sido "frequente no tráfico negreiro e nas colônias", não deixou de aqui ser introduzido o método da variolização quando do "final da década de 1790."[688] Inseguro e problemático, o que enfraquecia a sustentação do discurso médico como único - *ou pelo menos, também* -, capaz de debelar a necessidade propagandeada espetacularmente, esse método logo foi substituído pela vacinação que aqui foi domesticada a partir de 1804, e repassada de "braço a braço" [689] - *incrustando de corolário, na pele e na carne,* pari passu*, a pedagogia da imposição da técnica médica, o que muito contribuiu para sua difusão e remanescência do seu domínio, reativada toda vez que se olhasse para a cicatriz deixada pela injeção* -, com todas as eventuais mazelas que poderiam advir desse

---

[683] Sobre esse entendimento, veja CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...*, p. 135.
[684] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 101: "Como vimos, para SEVCENKO a revolta 'não foi contra a vacina, mas contra a história', para CARVALHO, 'o inimigo não era a vacina em si mas o governo, em particular as forças de repressão do governo'; para NEEDELL, a lei da vacinação obrigatória foi apenas a faísca que ateou por fim o incêndio; para TERESA MEADE, a oposição popular originara-se de um leque bastante amplo de ressentimentos, apenas teria se concentrado em determinado momento na questão da vacina. Nenhum desses autores investiga a questão da história prévia do serviço de vacinação antivariólica, e só CARVALHO se preocupa em apontar a lacuna: 'Não há estudo mais detido sobre as tentativas de implantação da vacina obrigatória e sobre as razões do fracasso da ação do governo'."
[685] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, pp. 102-103.
[686] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, pp. 103-104: "Rapidamente se reconheceu que ela às vezes causava a morte dos inoculados... e a observação cuidadosa trouxe a constatação de que, sem a rígida segregação dos inoculados, a prática podia até agravar em muito a intensidade de uma epidemia já em curso."
[687] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 130.
[688] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 105.
[689] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, pp. 106-107.

compartilhamento da parafernália instrumental[690], e em franca coincidência com o fato de que "o período de implantação da vacina jenneriana na Corte fora também sua idade de ouro"[691], pois, influenciados por verborragia[692] gálica publicada entre 1855 e 1856 onde "um certo Dr. VERDÉ-DELISLE... 'provara com fatos e estatísticas irrefragáveis que a vacina tem causado a degenerescência física e moral da espécie humana"[693], os vacináveis, como era de se esperar, debandando para esse novo discurso que, enfim, ao mesmo tempo que os alforriava da intromissão governamental injetável, avalizava suas tradições, passaram - *não menos, também, por conta do "método de inoculação braço a braço e da forma como o serviço de vacinação estava estruturado na Corte"*[694] -, a inaceitar a vacinação, sendo que, ao final dessa renitência e "após a virtual cessação dos serviços de vacinação devido à revolta, o Rio assistira a sua pior epidemia de varíola de todos os tempos - em 1908, com mais de 9 mil mortes"[695] - *por si só já aumentada em razão da impossibilidade de o serviço de vacinação, bem recebido no início, "acompanhar o ritmo de crescimento da população"*[696]*, revelando "uma tendência de recuo na aceitação da vacina"*[697] -, acentuada pelo mau grado dos vacinados, ou mesmo plasmada na resistência - *com influência negativa, inclusive, no estoque*[698] -, a retornar ao local da vacinação "para que o extraído de sua pústula fosse utilizado na vacinação de outras pessoas"[699], atitude para eles, demorada e incômoda[700], havendo ainda aqueles que, vivendo naquela época, testemunharam que "o povo... se achava então sob o triste preconceito de que a vacina, em tempo de epidemia, longe de ser um grande benefício era pelo contrário um passo dado para contrair a moléstia."[701] *I. e*., "a população local, muita vez, menos por apedeutismo que por influência, ou até mesmo, fomento[702] das próprias

---

[690] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 120: "Mais preocupante era a possibilidade de os vacinadores estarem transmitindo a sífilis braço a braço."
[691] Citando PLÁCIDO BARBOSA e CÁSSIO RESENDE, que demonstraram a simpatia da população pela incipiente vacina, CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 114.
[692] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 161: "Em seus relatórios, os diretores do instituto discutem as razões que levariam as pessoas a não retornarem após os oito dias marcados e, previsivelmente, concluem que o povo era 'indolente', 'ignorante', 'egoísta' *etc*...."; BARBOSA, Placido; RESENDE, Cassio Barbosa de. *Os serviços de saúde pública no Brasil, especialmente na cidade do Rio de Janeiro de 1808 a 1907*: esboço histórico e legislação. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1909, 2 vols. *apud* CHALHOUB, Sidney. *Idem*, p. 114: "...controvérsias surgidas em Portugal a respeito do método jenneriano", por onde se "procurou desacreditar a grande descoberta de JENNER e incutir no povo falsas e errôneas idéias sobre os seus efeitos."
[693] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 121.
[694] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 121.
[695] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 108.
[696] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, pp. 112-113.
[697] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 113.
[698] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 117.
[699] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 115.
[700] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, pp. 114 e 121: "O indivíduo que se deixava vacinar sabia que depois teria os vacinadores e a autoridade policial nos seus calcanhares para que retornasse no dia marcado para a verificação e a extração do líquido da pústula. Como já mencionei anteriormente, esta volta era bastante incômoda. Os doutores achavam mais eficiente extrair a matéria do braço do vacinado e inoculá-la imediatamente no paciente seguinte. Tal preferência dos esculápios tornava o processo de vacinação lento e certamente desconfortável - talvez bastante doloroso -, para aqueles que estavam fornecendo a linfa. As descrições se referem a horas de disponibilidade necessária nesta volta dos vacinados."
[701] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 125.
[702] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 131.

autoridades[703], inclusive médicas[704], achava, e algumas vezes com certa razão[705], que 'a vacinação produz[ia] varíola'"[706, 707], quiçá pela identidade procedimental da "inoculação do pus variólico e vacínico."[708] Além de que, ao final, era pelo menos "razoável imaginar que tal procedimento", *id est,* o de que "os vacinadores estavam procurando encurralar os vacinophobos em suas casas", "deva ter auxiliado em muito a exaltação dos ânimos em torno da vacinação naqueles anos anteriores à revolta de 1904."[709]

É sensato crer que a questão da revolta da vacina, a maior de todas que o país já experimentou, ainda comporta um pouco mais de explicação, mormente no que pertine à influência que ela teve na dificuldade experimentada pela medicina formal-oficial em se estabelecer como dominante, consideradas as cargas tradicionais da raça indígena, mas, principalmente, da raça negra. Ensina CHALHOUB que, "é preciso reconhecer, em primeiro lugar, que houve resistência à vacina no interior da própria classe dos proprietários e governantes"[710], desinteressados em proteger sua propriedade humana, cuja descartabilidade, desde que em pequena medida, era inversamente proporcional ao enfadonho de preocupar-se aqueles com esses. Era a principal lei da economia sendo usada plenamente, é dizer, um maior rendimento com um custo menor possível, onde os proprietários se utilizaram do discurso médico para gerir sua contabilidade, eficientemente. Outrossim, em razão da diferente visão que brasileiros e africanos - *estes e aqueles, volitivamente, limitados por uma monocromaticidade intransigente*[711] -, tinham das doenças e das curas[712], cujo passado - *com suas "concepções populares sobre doença e cura", fora amiúde atacado pelo poder público*[713] -, testemunha da crença de que aos olhos dos afro-descendentes os brancos visavam dizimá-los usando, para tanto, os médicos -

[703] JACINTHO REYS, citado por CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 130.
[704] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 146: "tudo isso me lembra o médico francês, Dr. DELISLE, cujo trabalho foi destacado em editorial do *Jornal do Commercio* em meados dos anos 1850; o genial gálico culpava a vacina pela degenerescência da espécie, e defendia a hipótese de que a varíola era uma fase necessária da vida humana, assim como a dentição ou a menstrução, sendo prejudicial a interferência dos médicos para evitar que as pessoas, principalmente as crianças, a contraíssem."
[705] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, pp. 132-133: "Com efeito, um problema perene para a propagação da vacina era a falta de doutores que a inoculassem pelo interior, o que fazia com que a tarefa fosse rotineiramente entregue a boticários ou leigos de variada espécie. JACINTHO REYS e seus pares achavam que tais indivíduos eram os principais responsáveis pelos insucessos da vacina, pois inoculavam linfa imprestável e não sabiam avaliar a qualidade da pústula vacínica - isto quando se preocupavam em exercer a função que lhes havia sido confiada. É possível, portanto, que esses leigos não soubessem bem o material que inoculavam, havendo talvez exemplos concretos de casos em que, como dizia a população, *a vacina era a varíola.*"
[706] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, pp. 126 e 130.
[707] Em outra passagem, porém, CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 131: "...mas torna-se difícil entender a recusa à vacinação por esta ser confundida com a variolização se há testemunhos inequívocos de que a inoculação do pus variólico era conhecida e bastante praticada no país. Em suma, as razões registradas pelos médicos para a resistência à vacina nos deixam a dificuldade de explicar o porquê de tantas pessoas recorrerem à variolização."
[708] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 132.
[709] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 161.
[710] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 131.
[711] Para entender o porquê dessa afirmação, veja CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, pp. 135-136.
[712] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 134.
[713] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 167.

todos brancos -, explica a busca de socorro junto a curandeiros, também de cor. Também, por conta do folclore africano - *mas, também, conquanto em menor medida, do catolicismo popular*[714] -, muito atrelado a acreditar e creditar as doenças menos a causas naturais que a eventos provocados sobrenaturalmente - *aí incluídos os esculápios brancos e os comissários vacinadores, vetores, aos seus olhos, inclementemente cromofóbicos* -, o que era realçado por alguns acontecimentos ocorridos no Rio de Janeiro como a epidemia de febre amarela - *melhor não seria dizer febre branquela?*[715] -, no verão de 1850 - *vingança do santo negro abandonado pelos brancos*[716] -, fechando-se, com isso, o desgraçado ciclo da *self fulfilling prophecy* que, aos olhos dos afro-descendentes, sejamos convinháveis, não mais podia ser iridescente.

Como não só de vingança vivem os deuses e como nunca é o santo de casa quem opera o milagre, SÃO BENEDITO - *num sistema de "controle dual*[717] *que... também estava presente entre os povos centro-africanos:* [em que] *da própria fonte do flagelo surge a possibilidade da purificação e da cura"*[718] -, era enaltecido por desviar a doença ou, no mínimo, realizar a sua cura de maneira igualmente espiritual, em flagrante desprestígio de qualquer expediente terreno alegado pelo pragmatismo branco que, inclusive, poderia interferir no normal andamento do procedimento doença-cura, concentrado em um poder sobrenatural[719], historicamente estimulado, em grande medida, por nossos antepassados afro-ascendentes - *embora, para os sacerdotes o motus fosse vergonhosamente econômico*[720] -, em seus respectivos países de origem.[721] Mudam-se os santos e o milagre é o mesmo. Com OMOLU, que em carioquês deu ABALUAIÊ e OBALUAIÉ, orixá da varíola extensamente prestigiado[722], ficavam os afro-descendentes, acreditavam eles, protegidos contra - *ou até mesmo, segundo BASTIDE, por*[723] -, qualquer praga amarela - *neste último*

[714] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 145.
[715] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 138: "...a febre amarela era devastadora entre os brancos e poupava a população negra de incômodos mais sérios."
[716] Para essa histórica, veja CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, pp. 137-138.
[717] Citando BASTIDE, CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 150: "...o orixá possui a 'força' de espalhar a doença e também de proteger contra seus efeitos...."
[718] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 149.
[719] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, pp. 139 e 151, *verbo ad verbum*: "Sendo a etiologia da varíola de ordem sobrenatural, a cura teria de acontecer prioritamente por meio de práticas rituais...."
[720] Comentando período bem mais recente, veja CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 148: "A situação foi considerada grave pelas equipes da OMS. Elas avaliavam que os *féticheurs* tinham interesses econômicos que os tornavam inimigos das campanhas de vacinação - a eles cabiam os bens das pessoas que morriam de varíola."
[721] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 148: "As equipes da Organização Mundial de Saúde encontraram 'resistência generalizada à vacina' nesses países, especialmente nas áreas rurais. A resistência foi atribuída à existência de um 'culto fetichista da varíola', chamado Vodu-Sakpate ou Sopona. O problema é que sacerdotes fetichistas hereditários - os *féticheurs*, considerados pela população como capazes de provocar ou prevenir a ocorrência das bexigas -, realizavam tradicionalmente a variolização em rituais dedicados à divindade."
[722] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 141.
[723] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 145: "...a varíola é considerada às vezes prova de amizade, um sinal da vontade desse Deus...."

caso, servindo como purificadora[724] -, ou melhor, dos brancos, podendo prescindir das, ou mesmo evitar as, portanto, vacínicas intervenções médicas alvejadas, embora não mais alvejantes. Embora a substituição do santo não altere o milagre, a advocacia da graça, ou melhor, o discurso nem sempre permanece idêntico. Esse mudou e a tal ponto que interferiu e continua a interferir na pretendida hegemonia do espetáculo médico formal-oficial.

O acasalamento entre a vacinação e a assunção de funções administrativas higienizadoras pelos médicos desaguou na ratificação da intervenção conjunta da medicina com o Estado, sequiosos em ampliarem, cada um a seu modo e parasitando-se, seu domínio no corpo físico e social da população.

É dizer, além de desencadeada em desfavor da vacinação, a sublevação ganhou foros de entrave - *e isso era inadmissível* -, a um projeto médico-higienizador maior descortinado quando da transição[725] do governo descentralizador[726] de CAMPOS SELOS - *aliás, SALES, economicamente recessivo*[727] *mediante a conjugação da ausência de empregos com o aumento da tarifação*[728] -, para RODRIGUES ALVES[729] que, não antevendo as críticas de OLIVEIRA VIANA[730] e apoiado por um pouco mais de sorte que aquele, bem como desmentindo o apelido de "Soneca"[731], valeu-se dos serviços - *homologados com selo ditatório*[732] -, do engenheiro PEREIRA PASSOS[733] - *portador de*

---

[724] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...,* p. 145: "...os horrores da varíola... [são] percebidos antes como 'purificação' do que castigo."
[725] CARVALHO, José Murilo de. Entre..., pp. 102-103: "Era a época em que o ministro das Relações Exteriores, Rio Branco, procurava exibir ao exterior um País com cara branca e européia. Era a época em que boa parte da intelectualidade, sobretudo no Rio, era cooptada pelo governo e se perdia num consumismo exacerbado dos produtos da cultura européia."
[726] BOURDIEU, Pierre. *Sobre...,* p. 132.
[727] Não concordando que a questão econômica tenha sido o motivo da revolta da vacina, CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...,* p. 129.
[728] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...,* p. 92; embora, mais tarde, advirta esse autor que os motivos econômicos não foram o seu mote, podendo o leitor, conferi-lo em *idem,* p. 129: "Uma das explicações afirma que a vacina foi apenas pretexto. A revolta de 1904 teria sido de natureza essencialmente econômica. Suas 'verdadeiras' origens estariam na indiferença do governo em relação aos sofrimentos da população. A tese nos parece duvidosa. É verdade que o governo de CAMPOS SALES deixara o país em crise geral. Mas, como já vimos, o novo governo iniciara a retomada do crescimento."; no campo da intenção, primeiro, e depois no da realidade, veja o que diz SEVCENKO, Nicolau. *A revolta...,* p. 37: "...o objetivo maior... de CAMPOS SALES foi o de recuperar o país do descalabro econômico em que as aventuras fiduciárias (Encilhamento) e as agitações militares (Revolta da Armada, Revolução Federalista, Canudos) haviam-no submergido. ...Foi com esse espírito que CAMPOS SALES contratou, com agentes bancários londrinos, a renegociação de uma dívida externa galopante, que não se conseguia mais saldar e que já espantava nossos credores, deixando o país a descoberto de novos empréstimos. ...As condições pareciam ser vantajosas, diante da situação lastimável em que se encontrava o crédito brasileiro. Mas, para fazer jus a elas, o governo teve de se comprometer a realizar um drástico processo de deflação e arrocho da economia interna."
[729] Sobre a transição, veja SEVCENKO, Nicolau. *A revolta...,* pp. 36-37.
[730] CARVALHO, José Murilo de. A utopia..., pp. 209 e 219, respectivamente: "O que queria [OLIVEIRA VIANA] era um cuidadoso exame das condições locais para que a adaptação de instituições estranhas não causasse efeitos inesperados, se não contrários, aos pretendidos. Qualquer leitor de OLIVEIRA VIANA conhece a virulência com que criticava o que chamava de idealismo utópico de nossas elites políticas, o deslumbramento com idéias estrangeiras, o analfabetismo quando se tratava da realidade brasileira. ...Um tema recorrente em sua obra era a acusação de idealismo, de alienação, de marginalismo, de ignorância das elites em relação à realidade nacional, era a denúncia da mania de macaquear idéias e instituições estrangeiras."
[731] Como disse AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO "O povo via ainda em RODRIGUES ALVES o dorminhoco lendário", *in* SEVCENKO, Nicolau. *A revolta...,* p. 36.
[732] CARVALHO, José Murilo de. Brasil..., pp. 117 e 121.
[733] SEVCENKO, Nicolau. *A revolta...,* p. 45.

uma "carta in albis*"*[734]*, e de um testemunho visual e sensitivo do projeto haussmanniano*[735]*, imprescindível ao nosso fugente*[736] *decalque tropical do anverso parisiense*[737, 738] -, e do médico[739] OSWALDO GONÇALVES CRUZ - *não menos exigente*[740] -, para, empreendendo uma prometida[741] e gradeada[742] reforma urbana[743], despida da pobreza *demodé* e voltada para as elites[744] - *que, não conseguindo se furtar aos influxos do vetusto e insistente modelo da família patriarcal, acarretou, mediante a instalação, a "passos*

---

[734] SEVCENKO, Nicolau. *A revolta...,* pp. 45-46: "...PASSOS exigiu plena liberdade de ação para aceitar o cargo, sem estar sujeito a embaraços legais, orçamentários ou materiais. RODRIGUES ALVES lhe concedeu então carta branca, através da lei de 29 de dezembro de 1902."

[735] CARVALHO, José Murilo de. Da cocotte a Foucault*. In Pontos e bordados*: escritos de história e política. 2. reimpressão. Belo Horizonte: UFMG, 2005, p. 393: "O ambiente geral do fim do século, a idéia de que a cidade se civilizava, prendiam-se à noção de maior aproximação com a França, especialmente com Paris. A reforma urbana da cidade, feita no início do século, seguiu o modelo parisiense de HAUSMANN. Até no aspecto físico a cidade procurava copiar Paris. Tornou-se a *ville merveilleuse*, nome dado, suprema glória, por uma poetisa francesa."; é bem verdade, porém, que a antropofagia francesa é bem mais antiga que isso. Se não, vejamos o que diz o mesmo autor, pp. 390 e 391, *in verbis,* e 392-393: "A segunda invasão francesa do Rio deu-se após a vinda da Corte portuguesa em 1808. Pela época da Independência do País, em 1822, os franceses já tinham construído na Rua do Ouvidor uma fortaleza mais sólida que o forte de Coligny do século XVI. Era a fortaleza da moda. Visitantes estrangeiros, inclusive franceses, já se referiam nesta época à Rua do Ouvidor como "*rue essentiellement française*". Era comum a comparação da Ouvidor com a Rue Vivienne de Paris. A única coisa que nela lembrava o Brasil, lamentavam os cronistas, era a presença dos negros. ...Seja como for, a influência francesa ampliou-se ao longo do século XIX, atingindo o auge durante a *belle époque* no Rio *fin-de-siècle*."

[736] Isso porque a europeização logo cedeu passo à americanização, havendo substituição do *dândi* pelo *sportman*, esse sempre ocorrente no cinema. Nesse sentido, CARVALHO, José Murilo de. Brasil..., p. 250: "Os Estados Unidos eram vistos como alternativa à influência européia nos campos político, econômico e cultural. Eram a imagem da liberdade, da iniciativa, da riqueza, do progresso técnico; enfim, do novo mundo americano em oposição ao velho mundo decadente europeu."

[737] SEVCENKO, Nicolau. *A revolta...,* p. 58: "Não parece, pois, muito casual o fato de o engenheiro encarregado da reforma do Rio ter sido justamente o Prefeito PEREIRA PASSOS, que esteve em Paris e acompanhou de perto a ampliação do novo projeto urbanístico da cidade."; aliás, de acordo com CARVALHO, José Murilo de. Da cocotte..., p. 390: "O Rio de Janeiro foi francês antes de ser português ou brasileiro."

[738] Desautorizando essa idéia, COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...,* p. 210: "Entretanto, esse amor ao país não era uma simples réplica dos programas médico-políticos dos higienistas europeus. Tampouco eram simples enunciados abstratos desvinculados da realidade. A ação patriótica da higiene não era uma cópia-carbono da política. Não era um simples efeito de intromissão do político no científico. A ciência fazia parte da política. Era um dos seus momentos. Uma de suas estratégias específicas. Os médicos, conscientemente, punham à disposição dos governos o que sabiam ou podiam fazer para levarem os indivíduos a compactuarem com a ordem estatal."

[739] Há tempos os médicos também faziam as vezes, dentre outras, de arquitetos, como pode ser visto em COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...,* p. 114: "Sem suas considerações higiênicas sobre as habitações, PEDRO JOSÉ DE ALMEIDA procurava determinar a escolha do *lugar da casa* (se em planícies, montanhas, colinas, florestas, praias, vizinhanças de rios e águas correntes, centro de cidades ou arrabaldes, a que distância de pântanos, etc...); *a técnica de construção* (qualidade do terreno, materiais, etc...); *a disposição das peças da habitação* (andares, assoalhos, paredes, cobertura ou telhados, dimensões, janelas, portas, iluminação, ordem, asseio, ornatos, etc...), e assim por diante. Um outro médico, FELIPPE NERI COLLAÇO, em sua 'enciclopédia' de conhecimentos indispensáveis na vida prática', mostrava até onde ia essa intervenção. O autor pretendia ensinar qual a maneira higiênica de organizar: a *habitação* (limpeza, asseio, construção, decoração, destruição de insetos, iluminação, escolha de lustres, sofás, papel de parede)."; mais sobre o assunto em *idem*, p. 130.

[740] SEVCENKO, Nicolau. *A revolta...,* pp. 52-53.

[741] SEVCENKO, Nicolau. *A revolta...,* p. 16: "O Presidente RODRIGUES ALVES havia adotado como um dos principais itens da plataforma de seu governo o saneamento completo e a extinção das endemias da capital."; e, em outra passagem: "Confessou ao médico responsável pela higiene pública na capital paulista, seu grande amigo LUÍS PEREIRA BARRETO, quando embarcava no trem que o levaria para assumir a presidência da República no Rio de Janeiro: 'O meu programa de governo vai ser muito simples. Vou limitar-me quase exclusivamente a duas coisas: o saneamento e o melhoramento do porto do Rio de Janeiro'. Que trajédias indescritíveis se ocultavam, entretanto, por trás desse projeto supostamente modesto!" (*idem,* p. 39).

[742] SEVCENKO, Nicolau. *A revolta...,* p. 65: "A imagem da grade é fundamental. Nesse período seriam reformadas, modernizadas e ampliadas as instalações presidiárias, penitenciárias, os manicômios e hospitais públicos. São grades que se somam às dos parques e jardins urbanos e que se destinam ao mesmo fim: conter, isolar, segregar. Não foi a velha cidade que desapareceu; foi uma outra, totalmente nova que foi imposta no meio dela; cidade de prazeres, luxo e abundância, composta de palácios refinados, recobertos de verniz, mármore e cristal, cujo acesso era vedado aos membros da comunidade primitiva."

[743] Não concordando que a reforma urbana tenha sido um dos motivos da revolta da vacina, CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...,* pp. 129-130; CHALHOUB, Sidney. *Cidade...,* p. 65: "foram os philosophos infeccionistas, na verdade, que produziram o arcabouço ideológico básico às reformas urbanas realizadas em várias cidades ocidentais na segunda metade do século XIX e nas primeiras décadas do século XX."

[744] CARVALHO, José Murilo de. Brasil..., p. 121.

largos", de uma ditadura sanitária, "um desequilíbrio social, cujos efeitos permanecem vivos ainda hoje"[745] -, e sanitária citadina[746] - *à laia de transformar o Rio de Janeiro em "vitrina" de um porto que exigia melhorias urgentes*[747]*, e cujo povo, atuando como manequim de indumentária figurinista desconforme com o cenário circundante, "não se enquadrava nos padrões europeus nem pelo comportamento político, nem pela cultura, nem pela maneira de morar, nem pela cara"*[748]*, tampouco pela higiene e saúde*[749] -, repita-se, visando efetivar uma reforma urbana sanitária e, sobretudo, civilizatória[750], mas que, ao fundo, de acordo com FREIRE COSTA, "procurava atender, exclusivamente, ao bem estar e ao enriquecimento da aristocracia portuguesa e do capitalismo europeu"[751] - *a ponto de disciplinar "o modo de se comportar e vestir em público"*[752]*, o que denota menos uma democratização que uma aristocratização*[753] -, não renunciar ao uso de força policial.[754] E nem poderia, considerado, na visão do discurso médico-higiênico, o seu utilitarismo saneador, pois "de que adiantaria reformar o porto e replanejar a cidade se ninguém quisesse atracar no primeiro e nem adentrar na segunda?"[755], em razão das doenças ali instaladas.

Força policial essa que serviria "para prevenir resistências dos moradores"[756, 757], "aventureiros, mestiços, negros e imigrantes pobres, que ao primeiro grito de motim forravam

---

[745] HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes...,* p. 145.
[746] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...,* pp. 92-93.
[747] SEVCENKO, Nicolau. *A revolta...,* p. 40: "E de nada adiantaria reformar, ampliar e modernizar o porto, se a cidade continuasse tolhendo a possibilidade de movimentar as suas mercadorias com rapidez, desembaraço e em grande volume. Ou seja, o projeto de melhoramento do porto era indissociável de um outro, muito mais ambicioso, mais drástico e de terríveis consequências sociais: o de remodelação urbana do Rio de Janeiro."
[748] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...,* p. 162.
[749] SEVCENKO, Nicolau. *A revolta...,* p. 40: "Mas havia ainda um outro problema, em íntima conexão com esses dois primeiros. A cidade era foco endêmico de uma infinidade de moléstias: febre amarela, febre tifóide, impaludismo, varíola, peste bubônica, tuberculose, dentre outras. ...A febre amarela, em particular, manifestava toda a sua violência para com estrangeiros e migrantes de outros estados. Sua fama era internacional, sendo o Rio de Janeiro conhecido no exterior, por sua causa, como o 'túmulo dos estrangeiros'."
[750] COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...,* p. 114: "A higiene ministrava a seu público ensinamentos que iam desde aqueles da alçada de um engenheiro ou de um arquiteto até aqueles da competência de um mentor de etiqueta social."; também, CARVALHO, José Murilo de. Brasil..., pp. 111-112: "A mais espetacular missão urbana foi a reforma e o saneamento da cidade do Rio de Janeiro, empreendidos pelo engenheiro PEREIRA PASSOS e pelo médico OSWALDO CRUZ, a partir de 1903. Um novo porto foi construído, ruas foram alargadas ou abertas, centenas de casas demolidas. Uma avenida rasgou o ventre da velha cidade colonial expulsando gente, alterando o transporte, mudando a cara da cidade. O prefeito PEREIRA PASSOS quis ainda mudar os hábitos da população para que a cidade também nisto se parecesse com o modelo parisiense. Recolheu mendigos, mandou tirar vacas e cães das ruas, proibiu cuspir nas ruas e dentro dos veículos. OSWALDO CRUZ, empregando as novas descobertas da pesquisa médica e biológica, atacou a febre amarela, a peste bubônica e a varíola. Brigadas sanitárias percorreram a cidade inspecionando, limpando, desinfetando, mandando reformar ou derrubar casas. Sua ação culminou com a introdução da vacina obrigatória contra a varíola que levou à revolta popular de 1904. Era a euforia: o Rio civilizava-se."
[751] COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...,* p. 55.
[752] CARVALHO, José Murilo de. Brasil..., p. 118.
[753] CARVALHO, José Murilo de. Brasil..., p. 121.
[754] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...,* p. 158: "As incursões dos higienistas eram tensas, e com frequência só a ajuda policial podia garantir o cumprimento das determinações das autoridades."; e, CARVALHO, José Murilo de. Cidadania a porrete*. In Pontos e bordados*: escritos de história e política. 2. reimpressão. Belo Horizonte: UFMG, 2005, p. 308: "Questão social era com a polícia mesmo, era no sarrafo."
[755] SEVCENKO, Nicolau. *A revolta...,* p. 41.
[756] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...,* p. 94.
[757] Quanto à reforma urbana, essa não encontrou muita resistência. Sobre o assunto, veja CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...,* pp. 129-130: "Outra explicação atribui a razão da revolta à reforma urbana. Mas a reforma não aparece como objeto da ira popular. ...Uma das poucas referências à reforma que nos foi possível localizar em jornal operário não é de crítica às obras em si... O *Libertário,* jornal anarquista, considera as obras 'melhoramento material de incontestável valor'...."

a cidade de barricadas e punham em xeque as forças do governo"[758] que, pretendendo invejar os alienígenas, encarou aqueles como não prescindíveis ao saneamento e, em última medida, como prefere SCHWARCZ, à civilização[759] e à nacionalização[760], inclusive, seguindo CARVALHO, mediante "a interferência do poder público... levada para dentro da casa[761] dos cidadãos, seu último e sagrado reduto de privacidade"[762] - *certamente, segundo CHALHOUB, em cumprimento a determinado contrato que deixava "claro que a visita domiciliar passava a ser talvez a principal estratégia dos higienistas para conseguir a propagação da vacina"*[763]*, mas, em toda medida, sendo menos incerto que "a mudança nos métodos de atuação do poder público provocou ressentimentos"*[764] -, aguçando "na percepção da população pobre"[765] - *alvo não indiferente, por excelência, da devassa sanitária*[766] -, que "a lei[767] ameaçava a própria honra do lar ao permitir que estranhos vissem e tocassem os braços e as coxas de suas mulheres e filhas"[768], tendo, porque "alicerçada na antipatia pelo novo regime"[769] republicano, merecido de um estadista o epíteto de "vocação suicida"[770] da nossa gente - *que conseguiu interrompê-la* -, algo impensável hoje - *graças à mudança de composição da população outrora insurgente e a ausência de motivos justificadores*[771] -, época em que já difundida a vacinação, e exigida[772] nos quatro cantos[773], ainda que para manutenção, requente-se, do domínio do discurso médico.

Enfim, menos reflexiva ou exemplificante que interventiva, constitui a história da medicina no Brasil - *sobretudo a da varíola, a da vacinação e a da revolta contra essa* -, verdadeiro

---

[758] SEVCENKO, Nicolau. *A revolta...*, pp. 57 e 58, *verbo ad verbum*: "Pode-se deduzir, portanto, que a transformação do plano urbano da capital obedeceu a uma diretriz claramente política, que consistia em deslocar aquela massa temível do centro da cidade, eliminar os becos e vielas perigosos, abrir amplas avenidas e asfaltar as ruas."
[759] SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo...*, p. 111: "Com relação à população negra vigorava uma visão evolucionista mas determinista no que se refere ao 'potencial civilizatório dessa raça': 'Os negros representam um exemplo de grupo incivilizável', afirmava um artigo público em 1891; 'As populações negras vivem no estado mais baixo de civilização humana', ponderava um ensaio de 1884."; veja, ainda, *idem,* pp. 112-113.
[760] SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo...*, p. 13: "Nesse como em outros casos, a mestiçagem existente no Brasil não só era descrita como adjetivada, constituindo uma pista para explicar o atraso ou uma possível inviabilidade da nação."
[761] Sobre as vicissitudes porque passaram as residências no Brasil, socialmente falando, COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...*, *passim,* especialmente, p. 139: "A casa converteu-se em local permanente de inspeção de saúde, controle de doenças e militância moral."
[762] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...*, pp. 91 e seguintes.
[763] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, pp. 159 e 161, *in verbis*: "...a vacinação em domicílio tornara-se a principal estratégia do pessoal da lanceta, chegando a representar mais de 80% das inoculações ministradas em 1898."
[764] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 179.
[765] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...*, pp. 91 e seguintes.
[766] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...*, p. 95: "Tal atividade evidentemente provocou rebuliço na cidade e perturbou a vida de milhares de pessoas, em especial os proprietários das casas desapropriadas para demolição, os proprietários de casas de cômodos e cortiços anti-higiênicos, obrigados a reformá-los ou demoli-los, e os inquilinos forçados a receber os empregados da saúde pública, a sair das casas para desinfecções, ou mesmo a abandonar a habitação quando condenada à demolição."
[767] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...*, p. 36: "...a lei da vacinação obrigatória" foi "votada pelo Congresso."
[768] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...*, pp. 91 e seguintes.
[769] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...*, p. 31.
[770] NAVA, Pedro. *Capítulos...*, p. 106.
[771] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...*, p. 91.
[772] NAVA, Pedro. *Capítulos...*, p. 106: "...o atestado de vacina é indispensável para quem quer estudar trabalhar ou viajar...."
[773] NAVA, Pedro. *Capítulos...*, p. 106.

elemento componente dessa[774], exposto num contexto de "(in)tolerância carioca e de (des)governo da multidão no interior do movimento das políticas de domínio na sociedade abrangente"[775], repulsiva de qualquer tentativa de autonomia política e cultural, latente após a extinção da escravidão. Havia, no entorno temporal estudado, "indícios sugestivos, como já mostrou JOSÉ MURILO DE CARVALHO[776], de que a monarquia[777] gozava de popularidade[778] junto aos afro-descendentes da cidade[779], e que esta popularidade explicaria de certa forma alguns atos de manifesta hostilidade da administração republicana contra os setores mais pobres[780] da população[781] - perseguição a capoeiras[782], bicheiros[783], destruição de cortiços[784] etc., logo nos

[774] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 167.
[775] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 168.
[776] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...*, p. 29: "A euforia inicial, a sensação de que se abriam caminhos novos de participação parecem não ter atingido este setor da população (capoeiras, bicheiros). Eu diria mesmo que a Monarquia caiu quando atingia seu ponto mais alto de popularidade entre esta gente, em parte como consequência da abolição da escravidão. A abolição deu ensejo a imensos festejos populares que duraram uma semana e se repetiram no ano seguinte, cinco meses antes da proclamação da República."
[777] O que não equivale a patriotismo ou nacionalismo, como explica CARVALHO, José Murilo de. Brasil..., p. 239: "O sentimento monarquista da população não significava necessariamente sentimento de brasilidade. Era antes fidelidade à tradição monárquico-católica, de natureza religiosa e cultural antes que política. Para que se transformasse em patriotismo era necessário que se vinculasse à figura do monarca como chefe da nação."
[778] HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes...*, p. 176: "O trágico da situação está justamente em que o quadro formado pela monarquia ainda guarda seu prestígio, tendo perdido sua razão de ser, e trata de manter-se como pode, não sem grande artifício."; e, CARVALHO, José Murilo de. Brasil..., pp. 238-239.
[779] Nesse sentido, CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...*, p. 163: "A lealdade era possível em relação ao paternalismo monárquico, mais de acordo com os valores da incorporação, não em relação ao liberalismo republicano."; também, em CARVALHO, José Murilo de. Entre..., p. 92: "Se o governo imperial contava com simpatias populares, inclusive da população negra, era isto devido antes ao simbolismo da figura paternal do Rei do que à participação real desta população na vida política do país."; bem como, em CARVALHO, José Murilo de. Brasil..., p. 119; e, CHALHOUB, Sidney. Medo branco de almas negras: escravos libertos e republicanos na cidade do Rio. *In Discursos Sediciosos, Crime, Direito e Sociedade*, 1° semestre 1996, ano 1, n. 1, p. 170.
[780] CARVALHO, José Murilo de. Entre..., p. 94: "As simpatias das classes perigosas do Rio de Janeiro estavam antes com a monarquia."; ainda, CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...*, p. 155: "Era comum aparecerem portugueses e italianos entre os presos por capoeiragem. E não só brancos pobres se envolviam. A fina flor da elite da época também o fazia."; sobre os membros ilustres da capoeiragem, veja, *idem*, pp. 155-156.
[781] Certamente em razão de represália, na implícita observação feita por CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...*, p. 30: "Permanece o fato de que os republicanos não conseguiram a adesão do setor pobre da população, sobretudo dos negros."; ARENDT, Hannah. *Sobre...*, p. 30.
[782] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...*, pp. 18, 23 e 155: "...figura tipicamente carioca..., cuja fama já se espalhara por todo o país e cujo número foi calculado em torno de 20 mil às vésperas da República.", e, "único setor da população a ter sua atuação comprimida pela República. ...Diferentemente do que se pensa, por exemplo, entre os capoeiras havia muitos brancos e até mesmo estrangeiros. ...E não só brancos pobres se envolviam. A fina flor da elite da época também o fazia."
[783] Segundo CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...*, p. 29: "O fato de a República ter favorecido o grande jogo da bolsa e perseguido capoeiras e o pequeno jogo dos bicheiros sugere uma recepção diferente do novo regime por parte do que poderia ser chamado de proletariado da capital."
[784] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 88: "A identificação dos cortiços como os focos geradores dos germes da febre amarela foi fato de enorme significado simbólico e político."; por outro lado, enquanto alguns consideram os cortiços uma forma de estalagem, outros entendem-nos diferentes, devendo, para tanto, ser consultado *idem*, p. 38 e, textualmente a seguir, p. 88: "...a tendência era considerar como tal qualquer habitação que, segundo os padrões instáveis dos sanitaristas, fosse vista como imunda e apinhada de gente. Na realidade, logo que concluíram que a febre amarela era originária dos cortiços, os higienistas iniciaram a luta para ampliar ao máximo a abrangência do conceito de *cortiço*."; sobre os cortiços em si, veja *idem.*, pp. 26, 31 e 88: "A proliferação dos cortiços na cidade do Rio se deu a partir das décadas de 1850 e 1860. ...'o preço elevadíssimo das casas nesta Capital deu lugar à fundação de moradas, conhecidas pelo nome muito significativo de cortiços, onde em pequenos quartos habita uma grande população das classes menos abastadas, como é sabido'. O aumento nos preços dos aluguéis para as 'classes menos abastadas' estava certamente ligado às transformações na demografia urbana no Rio no período...: o crescimento do fluxo imigratório de portugueses, o aumento do número de alforrias de escravos, e a prática cada vez mais comum de permitir que os cativos residissem 'sobre si'."; ainda, CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...*, p. 80: "O que o surto de antilusitanismo do início da República acrescentou foi a queixa contra o controle de prédios de aluguel, especialmente das habitações coletivas, incluídos aí os cortiços."

primeiros anos da República"[785] -, todos alvos já colimados quando do combate à febre amarela[786], início, quiçá, do nosso etiquetamento[787, 788] mediante um rótulo que há tempos já os identificava como farinha do mesmo saco[789] ou, tecnicamente, e de forma igualmente indistinta, vacinophobos, e que não se ruborizava ao reeditar em terra as mesmas condições vergonhosas dos navios, outrora tidos como responsáveis pelas doenças que assolaram nossos antepassados. Além desses, referida popularidade explicaria, ainda, "a reação popular[790] contra ações aparentemente benéficas do governo republicano, como a luta contra a vacina obrigatória em 1904, por exemplo, sem dúvida o caso mais notório"[791], e violento[792], também por deixar, provavelmente[793], 23 mortos e 67 feridos[794] - *mas, não mais que as revoltas parisientes do século XIX*[795]*, mormente em razão da fragmentação*[796] *da população, ocasionada, antropologicamente, pela*

[785] CHALHOUB, Sidney. Medo..., p. 170.
[786] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 152.
[787] Em rubrica a um dos capítulos de seu livro, nomina SEVCENKO, Nicolau. *A revolta...*, p. 54: "3. O processo de segregação: agonia."
[788] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...*, p. 18: "...tais pessoas eram as que mais compareciam nas estatísticas criminais da época, especialmente as referentes às contravenções do tipo desordem, vadiagem, embriaguez, jogo. Em 1890, estas contravenções eram responsáveis por 60% das prisões de pessoas recolhidas à Casa de Detenção."
[789] Sobre o assunto, veja ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...*, v. I, p. 46: "Os atos mais grosseiros cometidos por pessoas sem acesso positivo à comunicação social acabam sendo divulgados por esta como *os únicos delitos* e tais pessoas como *os únicos delinquentes*. A estes últimos é proporcionado um acesso negativo à comunicação social que contribui para criar um *estereótipo* no imaginário coletivo. Por tratar-se de pessoas *desvaloradas*, é possível associar-lhes todas as cargas negativas existentes na sociedade sob a forma de *preconceitos*, o que resulta em fixar uma *imagem pública do delinquente* com componentes de classe social, étnicos, etários, de gênero e estéticos. O estereótipo acaba sendo o principal critério seletivo da criminalizçaão secundária; daí a existência de certas *uniformidades da população penitenciária associadas a desvalores estéticos (pessoas feias)*, que o biologismo criminológico considerou causas do delito quando, na realidade, eram *causas da criminalização*, embora possam vir a tornarem-se causas do delito quando a pessoa acabe assumindo o papel vinculado ao estereótipo (é o chamado *efeito* reprodutor da criminalização ou desvio secundário)."
[790] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...*, p. 98: "Durante a discussão (da lei), várias listas de assinaturas contra a obrigatoriedade foram enviadas ao Congresso... Ao todo, umas 15 mil pessoas assinaram. Cerca de 10 mil o fizeram dizendo-se operários, em listas organizadas por empresas ou por associações operárias."
[791] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...*, pp. 29 a 31; bem como CHALHOUB, Sidney. Medo..., p. 170.
[792] Sobre o porquê desse adjetivo, além de como é lamentável como as coisas se repetem, pois, qualquer semelhança com os atuais incendiários de ônibus na capital fluminense não é mera coincidência, tampouco recalque lombrosiano, advirta-se, veja CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...*, pp. 103-104, especialmente quando refere, à página 104, que: "O dono de um armazém da rua do Hospício foi preso, acusado de fornecer querosene e dinheiro aos queimadores de bondes."; enquanto (*idem*, p. 134), foi ainda mais remoto: "Nova quebra de bondes deu-se em 1901. ...No dia 15 de junho, 26 bondes da Cia. foram assaltados e queimados."
[793] SEVCENKO, Nicolau. *A revolta...*, p. 9: "Nunca se contaram os mortos da revolta da vacina. Nem seria possível, pois muitos... foram morrer bem longe do palco dos acontecimentos. Seriam inúmeros, centenas, milhares, mas é impossível avaliar quantos."
[794] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...*, p. 118; já CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 97: "O saldo da refrega, segundo os jornais da época: 23 mortos, dezenas de feridos, quase mil presos...."
[795] A contabilidade da violência de ambas as cidades pode ser encontrada em CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...*, p. 126.
[796] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...*, p. 138: "...os consumidores de serviços públicos acertaram velhas contas com as Cias.; os produtores mal pagos fizeram o mesmo com as fábricas; a classe popular dos aventurosos e belicosos, como os chamou VICENTE DE SOUZA, retomou em dimensões mais heróicas seu combate cotidiano com a polícia. E todos os cidadãos desrespeitados acertaram as contas com o governo. Era a revolta fragmentada de uma sociedade fragmentada. De uma sociedade em que a escravidão impedira o desenvolvimento de forte tradição artesanal e facilitara a criação de vasto setor proletário. A fragmentação social tinha como contrapartida política a alienação quase completa da população em relação ao sistema político que não lhe abria espaços."; e, em outra ocasião (*idem*, p. 145): "Epítome dos movimentos de massa da época, a revolta da vacina mostrou claramente o aspecto defensivo, desorganizado, fragmentado, da ação popular."

essência dos nossos colonizadores ibéricos[797] *e pela nossa pretérita escravidão*[798]*, mas, sobretudo, pela ausência, em nossa população, de uma "ética individualista associativa"*[799]*, aliada à característica da capital fluminense como cidade consumidora*[800] -, bem como, finalmente, serviria de explicação para a demolição da cortiçaria[801] na intenção de "melhorar as condições[802] de vida nos cortiços existentes, fazendo com que 'esses lugares' deixassem de ser 'focos de enfermidadas'"[803], e de morredouros de alienígenas - *encorajando, com isso, a entrada de imigrantes que suavizariam a transição entre o trabalho escravo e o livre*[804]*, mais barato que aquele*[805]*, admitidas discordâncias*[806] -, embora o tempo tenha mostrado que "ele [o governo republicano] tinha razão"[807, 808] nesse seu projeto talvez mal conduzido[809] - *mas, muito mais mal intencionado, pois sua estrutura serviria, ao*

---

[797] HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes...,* p. 33: "A falta de coesão em nossa vida social não representa, assim, um fenômeno moderno."

[798] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...,* p. 125.

[799] HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes...,* p. 59: "O que sobretudo nos faltou para o bom êxito desta e de tantas outras formas de labor produtivo foi, seguramente, uma capacidade de livre e duradoura associação entre os elementos empreendedores do país."; também, CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...,* pp. 151-152.

[800] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...,* p. 152.

[801] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...,* p. 88: "Quanto aos cortiços... o sonho era demoli-los a todos."

[802] Era contraditório que, naquela época, a demolição da cortiçaria se arrimasse nas condições ambientais desses lugares quando, por outro lado, imaginava-se que, ao menos quanto à varíola, aquelas eram irrelevantes. Para tanto, veja CHALHOUB, Sidney. *Cidade...,* p. 177: "Quanto à varíola, os esculápios pensavam que ela tinha características constantes, o que tornava os seus assaltos independentes de variações ambientais ou de predisposições individuais dos sujeitos."; embora, em outra das suas passagens, diga-nos *idem,* p. 178, citando CHERNOVIZ, Pedro Luiz Napoleão. *Dicionário de medicina popular*. 6. ed. Paris: 1890, verbete "bexiga", que: "As causas das bexigas não são conhecidas; só se sabe que esta moléstia se comunica não só pelo contato, pela simples aproximação, mas até pela habitação nos mesmos lugares."

[803] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...,* pp. 32 e 51, lembrando as palavras vasadas na tese de doutoramento de BARATA RIBEIRO: "Compreende-se desde logo o papel que representam na insalubridade da cidade estas habitações, quando nos lembrarmos que além de todas as funções orgânicas dos seres que o povoam, no cortiço lava-se, engoma-se, cozinha-se, criam-se aves, etc."

[804] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...,* pp. 89-90.

[805] CARVALHO, José Murilo de. Escravidão..., pp. 39 e 50: "O primeiro a fazer cálculos completos comparando a rentabilidade dos dois tipos de trabalho talvez tenha sido BENJAMIN FRANKLIN. Concluiu ele, em 1755, que, nos Estados Unidos, o trabalho do escravo era mais caro do que o do imigrante europeu. Mais tarde, ADAM SMITH daria a essa tese a autoridade de seu nome, embora não condenasse a escravidão como matéria e princípio. ...A posse do escravo leva ao desperdício. Causa raiva ou riso, diz JOSÉ BONIFÁCIO, ver vinte escravos transportarem vinte sacas de açúcar, tarefa que uma carreta com dois bois poderia facilmente executar. Vinte enxadas nas mãos de vinte escravos poderiam ser substituídas por um arado. Embora sem fazer cálculos precisos de custos, como os de BENJAMIN FRANKLIN, JOSÉ BONIFÁCIO sugere que os lucros dos senhores deveriam ser muito menores do que o por eles imaginado."; além de CARVALHO, José Murilo de. As batalhas da abolição*. In Pontos e bordados*: escritos de história e política. 2. reimpressão. Belo Horizonte: UFMG, 2005, p. 66: "...o trabalho escravo, comparado ao trabalho livre das sociedades de mercado, era improdutivo, continha elementos de irracionalidade e impedia o desenvolvimento tecnológico. Era improdutivo porque o escravo não tinha motivação para trabalhar, era irracional porque o escravo tinha que ser mantido mesmo nos momentos em que seu trabalho não era necessário; era obstáculo ao avanço tecnológico porque o escravo era incapaz de operar máquinas complexas. Daí constituir a escravidão um sistema produtivo condenado a desaparecer por obsoleto frente às forças do mercado que a partir dos países centrais expandiam sua supremacia pelo mundo."

[806] CARVALHO, José Murilo de. As batalhas..., pp. 67-68: "Pesquisas mais recentes têm colocado em séria dúvida a posição desses autores. Estudos empíricos cuidadosos sobre a escravidão, tanto nos Estados Unidos, como no Brasil e no Caribe, têm demonstrado que até seus anos finais o sistema escravista se mostrava lucrativo, que o comportamento dos proprietários de escravos era perfeitamente racional e que certo avanço tecnológico era compatível com o trabalho escravo. ...Todos visavam ao maior lucro possível. Cálculos feitos para a província do Rio mostram que os proprietários não estavam equivocados, que, mesmo nas regiões consideradas decadentes do Vale do Paraíba, a produção de café com mão de obra escrava era ainda o melhor investimento."

[807] NAVA, Pedro. *Capítulos...,* p. 106.

[808] SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo...*, p. 34.

[809] Em sentido aparentemente contrário, parecendo elogioso quanto ao projeto de reurbanização, SEVCENKO, Nicolau. *A revolta...,* pp. 58-59: "E, com efeito, a medida mostrou-se adequada: a revolta da vacina foi o último motim urbano clássico

final, como apontamento, mediante uma fácil detecção, de "toda a multidão de humildes, dos mais variados matizes étnicos, que constituíam a massa trabalhadora, os desempregados, os subempregados e os aflitos de toda espécie que povoavam a cidade"[810] -, porquanto "com o agravamento da crise habitacional na Corte nas décadas de 1870 e 1880 - *devido à migração interna e à chegada de imigrantes, especialmente portuguess destinados ao setor comercial da capital* -, a densidade populacional nos cortiços parece ter aumentado ainda mais"[811] e, não sem coincidência, a partir de meados daqueles anos oitentas, reorganizou-se o serviço de vacinação[812], estribando-o sobre o seguinte tripé:

> "primeiro, aprofundara-se a convicção de que os principais locais de cerco aos vacinophobos eram as habitações coletivas; segundo, vencer aos poucos a idéia da vacinação a domicílio...; terceiro, fez-se o esforço, afinal bem-sucedido, de introduzir a vacina animal (*cowpox*) no país, solucionando-se assim problemas técnicos que vinham comprometendo a eficiência da vacina havia décadas."[813]

De sorte que, "hoje que estamos praticamente livres do flagelo e que estamos forros para apontar como que uma responsabilidade pessoal para cada caso esporádico que explode de quando em vez[814], podemos acrescentar mais algumas palavras à frase do eminente higienista: *só tem varíola quem quer - e quando e onde a administração pública o consente*"[815], sendo atribuíveis a ela todas as falhas ocorrentes, sobretudo a partir do momento em que o Estado assumiu para si a proteção da saúde do indivíduo, e o discurso médico formal-oficial, de seu lado, elegeu-se hegemônico e único competente.

Ora, como é de sabença cediça, quem assume o discurso, deve ser eloquente!

2.5 O contingenciamento de mão de obra e o embranquecimento da população, via medicina

Quem se debruçar sobre a história médica e a realidade marginal no Brasil perceberá que nem toda a medicina estava voltada para a ampliação do poder punitivo[816], sobretudo estatal, havendo aqueles que, *a contrario sensu*, pugnavam pela sua retração[817], embora, infelizmente, muitos destes, quanto daqueles, pendulavam entre aumento e diminuição punitivos consoante uma menor ou uma maior necessidade do mercado por mão de obra - *com*

---

do Rio de Janeiro. Se o remédio foi eficaz, o diagnóstico foi exemplar. Esse processo de reforma urbana foi saudado com entusiasmo pela imprensa conservadora, que a denominou de 'a Regeneração'."

[810] SEVCENKO, Nicolau. *A revolta...,* p. 59.

[811] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 88.

[812] Sem qualquer contradição, CHALHOUB, Sidney. *Cidade...,* p. 157: "O serviço de vacinação passou por um período de crise aguda na segunda metade dos anos 1880... Nos primeiros anos do regime republicano, houve muita atividade e muita confusão no serviço de vacinação - o que de resto não surpreende naqueles anos conturbados."

[813] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 156.

[814] Conforme antecipado acima, desde 1977 não se detectam mais casos de varíola no mundo.

[815] NAVA, Pedro. *Capítulos...,* p. 106.

[816] ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias...,* p. 251: "Isso não pode deixar de ser visto como um avanço de ideologias repressivas e, portanto, 'de direita' ou conservadoras."

[817] ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias...,* p. 251.

os excedentes fiscalizados e controlados, outrora, pela censitária e repressora Inspetoria de Higiene[818] -, podendo-se afirmar que hoje, assim como ontem, um ainda que velado higienismo mantém-se como arma poderosa disponível à mão tanto de conservadores quanto de reacionários[819], mesmo que sob a bandeira das preocupações sociais[820] - *e o problema da dengue neste século XXI é exemplo inescondível disso* -, haja vista que, para o discurso médico, o capitalismo e o Estado seriam vistos como cura ou doença a partir dos "parâmetros ideológicos de julgamento."[821]

E, como a ampliação, ou criação, de justificativa para o discurso higiênico não afasta a anterior, mantendo-se com ela, ao revés, compatível, inclusive ratificando sua conveniência, o discurso médico dirigido aos pobres e doentes recrudescia a cada expansão ou nova solicitação da intervenção médica.

Portanto, ainda que em menor medida a medicina tenha incidido sobre as elites[822], foi sobre os pobres - *senão, também, com um mote racista, sobre os afro-descendentes, como adverte* SCHWARCZ[823] -, que ela exerceu um controle demográfico-policial mais intenso, permitindo "a proliferação e a liberação de uma mão de obra politicamente dócil para o livre jogo do mercado de trabalho."[824] A medicina, então, foi e é a grande válvula que, respectivamente, regulava e continua regulando a permanência dos que interessam ao mercado de trabalho e dos que desinteressam a esse, independentemente da condição pessoal de nele estar-se inserido ou mesmo da vontade de a ele se integrar. Infelizmente, essa é uma das suas grandes contribuições, mas, certamente, a menos feliz de todas.

Por outro lado, o contraponto igualmente tecnológico, tecnológico no sentido médico, obviamente, por trás de onde se esconde a programação higienizadora primária de que falei acima, estava vazado, como visto, na "idéia de que uma cidade pode ser apenas

---

[818] BATISTA, Vera Malaguti. Cuidado: os higienistas estão voltando! *In Discursos Sediciosos, Crime, Direito e Sociedade*, 2° semestre 1996, ano 1, n. 2, p. 306.

[819] Posição dúbia que pode ser perscrutada neste pequeno trecho de TEIXEIRA, Julius Martins. O homem síntese: crime e loucura. *In Discursos Sediciosos, Crime, Direito e Sociedade*, 2° semestre de 1996, ano 1, n. 2, p. 143: "A reforma psiquiátrica, no Brasil, precisa avançar mais do que este sociologismo crítico e superficial contra os asilos. Essa estratégia comete o erro de induzir à progressiva desativação de leitos públicos e favorecendo, consciente ou inconscientemente, a psiquiatria organicista massificante ainda adotada nas inúmeras clínicas privadas conveniadas, onde a população pobre é reduzida a mero objeto de lucro. Nesse rumo a reforma psiquiátrica acaba reforçando, paradoxalmente, os pilares do projeto neoliberal cujo fulcro é moldado na própria exclusão dos segmentos menos favorecidos da população."

[820] ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias...*, p. 253.

[821] ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias...*, p. 254.

[822] Ainda que para época específica, COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...*, p. 69: "Poder-se-ia pensar... que a higiene tinha como alvo a família pobre. Contudo, a maioria das teses em absoluto confirmaria esta hipótese. No sistema escravagista do séc. XIX, seria quase ingênuo imaginar que as preocupações dos higienistas se voltassem para as famílias dos desclassificados da ordem social. O discurso médico tinha endereço certo. Ele se dirigia à família de elite, letrada, que podia educar os filhos e aliar-se ao Estado."

[823] SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo...*, p. 18: "Em meio a um contexto caracterizado pelo enfraquecimento e final da escravidão, e pela realização de um novo projeto político para o país, as teorias raciais se apresentavam enquanto modelo teórico viável na justificação do complicado jogo de interesses que se montava. Para além dos problemas mais prementes relativos à substituição da mão de obra ou mesmo à conservação de uma hierarquia social bastante rígida, parecia ser preciso estabelecer critérios diferenciados de cidadania."

[824] COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...*, p. 52.

'administrada', isto é, gerida de acordo com critérios unicamente técnicos e científicos[825]: trata-se da crença de que haveria uma racionalidade extrínseca às desigualdades sociais urbanas, e que deveria nortear então a condução não-política, 'competente', 'eficiente', das políticas públicas."[826]

Por aí, andaram-se misturando duas funções do Estado, uma repressiva e outra pseudopaternalista[827], todas prejudiciais à população excluída que não ganhava em cidadania, obtendo, no máximo, aquilo que MURILO DE CARVALHO preferiu chamar de estadania, *i. e.,* "a incorporação ao sistema político pelo envolvimento na malha crescente da burocracia estatal."[828]

Muito bem. Ensina BOURDIEU que,

> "os fundadores da República, no século XIX, diziam, esquece-se disso, que o fim da instrução não é unicamente saber ler, escrever, contar para poder ser um bom trabalhador, mas também dispor dos meios indispensáveis para ser um bom cidadão, para estar em condição de compreender as leis, de compreender e defender seus direitos, de criar associações sindicais... é preciso trabalhar pela universalização das condições de acesso ao universal."[829]

De outro lado, narra BRETAS que

> "a estrutura social do Rio de Janeiro no final do século XIX experimentava a visível desorganização de seu modelo tradicional. O fim da escravidão e a mudança do regime político provocavam uma necessidade de redefinir as fontes de autoridade, e de estabelecer novos papéis que incorporassem os antigos escravos[830] e os imigrantes. Vindos das mais diversas culturas, estes grupos"

- *ao revés de antes, quando a relação era de hierarquia entre dono e propriedade*[831] -, "tinham comportamentos que entravam em conflito" - *ficando sugerida, aqui, uma "rivalidade", na acepção que dela nos dá conta BUARQUE DE HOLANDA*[832] -, "e era necessário estabelecer novas formas de regulação. O medo da desorganização social se refletia no pensamento da elite, que se

---

[825] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 44: "...haveria critérios objetivos, 'científicos', que poderiam nortear as medidas da administração pública nessa área."
[826] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, pp. 19-20.
[827] Oportuno, BATISTA, Nilo. *A lei...*, p. 20.
[828] CARVALHO, José Murilo de. Brasil..., p. 127.
[829] BOURDIEU, Pierre. *Sobre...*, p. 96.
[830] HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes...*, p. 55: "Porque, diz a ordem de d. JOÃO V, "o defeito de ser pardo não obsta para este ministério e se repara muito que vós, por este acidente, excluísseis um bacharel formado promovido por mim para introduzirdes e conservardes um homem que não é formado, o qual nunca o podia ser por lei, havendo bacharel formado."
[831] HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes...*, p. 55: "Com frequência as suas relações com os donos oscilavam da situação de dependente para a de protegido, e até de solidário e afim. Sua influência penetrava sinuosamente o recesso doméstico, agindo como dissolvente de qualquer idéia de separação de castas ou raças, de qualquer disciplina fundada em tal separação. Era essa a regra geral: não impedia que tenham existido casos particulares de esforços tendentes a coibir a influência excessiva do homem de cor na vida da colônia, como aquela ordem régia de 1726, que vedava a qualquer mulato, até à quarta geração, o exercício de cargos municipais em Minas Gerais, tornando tal proibição extensiva aos brancos casados com mulheres de cor. Mas resoluções como essa - decorrente, ao que consta, da conjuração dos negros e mulatos, anos antes, naquela capitania - estavam condenadas a ficar no papel e não perturbavam seriamente a tendência da população para um abandono de todas as barreiras sociais, políticas e econômicas entre brancos e homens de cor, livres e escravos."
[832] HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes...*, pp. 60-61: "Tanto a competição como a cooperação são comportamentos orientados, embora de modo diverso, para um objetivo material comum; é, em primeiro lugar, sua relação com esse objetivo o que mantém os indivíduos respectivamente separados ou unidos entre si. Na rivalidade, ao contrário, como na prestância, o objetivo material comum tem significação praticamente secundária; o que antes de tudo importa é o dano ou o benefício que uma das partes possa fazer à outra."

inspirava no pensamento social e científico europeu do período, extremamente preocupado com a degeneração[833] e a desordem expressos em formas de comportamento urbano."[834] Por isso mesmo, nem tão injustificado assim o receio de JOSÉ DE ALENCAR, quando disse que

> "a abolição, feita antes que os brancos tenham grande superioridade numérica, seria... um suicídio. No Brasil, diz ele, um terço da população é escrava (um exagero); nas seis províncias de maior concentração, talvez a metade da população seja escrava (outro exagero). A população livre não tem condições de conter o contingente escravo. Rompido o respeito imposto pela escravidão, teremos a guerra social, de todas a mais rancorosa e medonha."[835]

Injustificado em parte porque, de outro lado,

> "os escravos não eram máquinas nem animais. Reagiam, sistematicamente, à situação em que se viam. Revoltas, fugas e assassinatos eram as noções mais espetaculares desta reação. Mas nem de longe eram as mais frequentes e talvez nem mesmo as mais importantes. As condições de trabalho eram constantemente negociadas com os proprietários. No Brasil há o caso, raro mas revelador, de uma verdadeira proposta de um pacto escrito feita por escravos a seu senhor. Aspectos das relações de trabalho e da vida escrava em geral, como a chamada brecha camponesa, os dias de descanso, o pecúlio, as festas, mesmo o pagamento de pequeno salário, tudo era objeto de pressão escrava e de negociação com os donos."[836]

Então, durante a escravatura, precisavam os médicos higienistas resolver o problema do afro-descendente escravo, reenquadrando-o na nova sistemática social empreendida pela medicina, sem que, para isso, fossem-lhe concedidos quaisquer direitos, *ad instar* daqueles do contrato social. Usufruindo, convenientemente, sua existência como ser aproveitável ao talante caprichoso do seu dono, taticamente passou o afro-descendente escravo, mediante manejo médico - *que o considerou um "fantoche"*[837] -, informa FREIRE COSTA, "de 'animal' útil ao patrimônio e à propriedade" a "'animal' nocivo à saúde."[838] Após a proclamação da independência, e aqui se volta um pouco no tempo, a partir de onde se começou a formar um país realmente, a luta pela abolição da escravatura[839] - *em que também não deixaram de contribuir razões cristãs*[840]*, filosóficas*[841] *e antieconômicas*[842] -, precisou mudar o enfoque, pois seu peso sobre

---

[833] CARVALHO, José Murilo de. Brasil..., p. 251: "A raça negra era inferior, e os mulatos, conforme afirmavam AGASSIZ, GOBINEAU, GUSTAVE LE BOM, eram produtos degenerados."
[834] BRETAS, Marcos Luiz. O informal..., p. 215.
[835] ALENCAR, José de. *Ao Imperador*: novas cartas políticas de Erasmo. Rio de Janeiro: Tipografia de Pinheiro, 1867 *apud* CARVALHO, José Murilo de. Escravidão..., pp. 54-55.
[836] CARVALHO, José Murilo de. As batalhas..., p. 69; por outro lado, COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...*, p. 126, nota 95: "...fruto do mais puro racismo, que divulgou a idéia de que o negro era submisso e conformista por natureza."
[837] COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...*, p. 126.
[838] COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...*, p. 121.
[839] Sobre alguns porquês da abolição, veja HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes...*, p. 74. Sobre sua dimensão, e função como marco divisor (*idem*, p. 171): "Perto dessa revolução, a maioria de nossas agitações do período republicano, como as suas similares das nações da América espanhola, parecem simples desvios na trajetória da vida política legal do Estado comparáveis a essas antigas 'revoluções palacianas', tão familiares aos conhecedores da história européia." Sobre o corolário dela, veja CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...*, p. 16: "A abolição lançou o restante da mão de obra escrava no mercado de trabalho livre e engrossou o contingente de subempregados e desempregados. Além disso, provocou um êxodo do Rio e um aumento na imigração estrangeira, especialmente de portugueses."
[840] CARVALHO, José Murilo de. As batalhas..., p. 7: "...a abolição era vista pela elite política como um fim em si, como a libertação do País da obrigação de carregar um fardo incômodo perante o Ocidente cristão."
[841] CARVALHO, José Murilo de. Escravidão..., p. 49.
[842] CARVALHO, José Murilo de. Escravidão..., p. 50; bem como em CARVALHO, José Murilo de. As batalhas..., p. 66: "O fim da escravidão moderna era, então,... algo inevitável, consequência da expansão do capitalismo nas regiões escravistas." Embora, mais à frente, retomando o assunto afirme, que (*idem*, p. 68): "Conclui-se da nova historiografia que o fim da

o ombro dos cidadãos passou a ser percebido - *quando se descobriu, outrossim, que "o lucro da escravidão era ilusório*"[843] -, como entrave - *o maior deles* -, à constituição da nação mesma[844], de sorte que o grante mote da abolição "não foi... a filantropia....; foi, segundo Nabuco, a razão política.[845] Em outros termos, foi a razão nacional de José Bonifácio."[846]

Já com a abolição da escravatura - *e a consequente transferência do centro gravitacional social do domínio rural para o urbano*[847] -, explica GIZLENE NEDER, "a emergência do individualismo conduziu à idéia do mérito pessoal e provocou uma mudança na idéia de trabalho"[848], equação que foi negativamente influenciada por um quase que incontinenti desequilíbrio[849] - *acentuado a partir de 1889* -, imposto pelo fato de que, na lição de MURILO DE CARVALHO, "uma vez libertado, o negro foi abandonado pelo governo, abandono que se acentuou com a República, cujos valores se aproximavam mais do darwinismo[850] social do que do paternalismo monárquico"[851], o que ofereceu consequências indeléveis na ratificação do domínio do poder - *facilitado por um regime de governo que "não tinha povo"*[852] -, porquanto,

> "apesar da abolição da escravidão, a sociedade caracterizava-se por desigualdades profundas e pela concentração do poder. Nestas circunstâncias, o liberalismo adquiria um caráter de consagração da desigualdade, de sanção da lei do mais forte.[853] Acoplado ao presidencialismo, o

---

escravidão nos vários países não se deveu simplesmente à ação de forças macrossociais, não se deveu apenas ao avanço da sociedade de mercado. O fim da escravidão foi essencialmente um fenômeno político que dependeu da ação de forças políticas seja de dentro, seja de fora do sistema."

[843] CARVALHO, José Murilo de. Escravidão..., p. 51.

[844] CARVALHO, José Murilo de. Escravidão..., p. 48.

[845] COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...,* p. 123: "A condenação médica à escravidão fundamentava-se nas mesmas razões da crítica política...."

[846] CARVALHO, José Murilo de. Escravidão..., p. 57.

[847] HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes...,* p. 172.

[848] Ao menos uma mudança legal, embora a mantença fática da situação anterior fosse evidente, conforme se infere de HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes...,* p. 56: "Os pretos e descendentes de pretos, esses continuavam relegados, ao menos em certos textos oficiais, a trabalhos de baixa reputação, os *negro jobs*, que tanto degradam o indivíduo que os exerce, como sua geração."; sobre parte do contexto histórico da época, veja FRANCO, Maria Sylvia de Carvalho. *Homens...,* p. 200: "No momento em que estava para ser abolida a escravidão, o contingente da população livre e pobre não chegara realmente a ser expropriado dos meios de produção: havia sido privado da propriedade da terra, mas não de seu uso."

[849] CARVALHO, José Murilo de. Entre..., p. 92: "Os abolicionistas mais lúcidos, os reformistas monárquicos, tinham proposto medidas nesta direção, como a reforma agrária e a educação dos libertos. Mas no curto período de um ano que mediou entre a Abolição e a República nada foi feito, pois o governo imperial gastou quase toda a sua energia resistindo aos ataques dos ex-proprietários de escravos que não se conformavam com a abolição sem indenização."

[850] Sobre o assunto, veja SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo...,* pp. 18, 42, 58, 60 e 65: "Do darwinismo social adotou-se o suposto da diferença entre as raças e sua natural hierarquia, sem que se problematizassem as implicações negativas da miscigenação. Das máximas do evolucionismo social sublinhou-se a noção de que as raças humanas não permaneciam estacionadas, mas em constante evolução e 'aperfeiçoamento', obliterando-se a idéia de que a humanidade era uma. Buscavam-se, portanto, em teorias formalmente excludentes, usos e decorrências inusitados e paralelos, transformando modelos de difícil aceitação local em teorias de sucesso. ...Introduzido de forma crítica e seletiva, transforma-se em instrumento conservador e mesmo autoritário na definição de uma identidade nacional (VENTURA, 1988:7) e no respaldo a hierarquias sociais já bastante cristalizadas. ...Denonimada 'darwinismo social' ou 'teoria das raças', essa nova perspectiva via de forma pessimista a miscigenação, já que acreditava que 'não se transmitiriam caracteres adquiridos', nem mesmo por meio de um processo de evolução social. Ou seja, as raças constituiriam fenômenos finais, resultados imutáveis, sendo todo cruzamento, por princípio, entendido como erro. As decorrências lógicas desse tipo de postulado eram duas: enaltecer a existência de 'tipos puros' - e portanto não sujeitos a processos de miscigenação - e compreender a mestiçagem como sinônimo de degeneração não só racial como social."; ainda, ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias...,* p. 242.

[851] CARVALHO, José Murilo de. As batalhas..., p. 78.

[852] CARVALHO, José Murilo de. Brasil..., p. 120.

[853] SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo...,* pp. 244-245.

> darwinismo[854] republicano tinha em mão os instrumentos ideológicos e políticos para estabelecer um regime profundamente autoritário"[855],

pois a modernidade, que para o nosso povo de então, ainda segundo aquele escritor, "era alérgica", consagrou nesse novo regime governamental "as teorias racistas, consideradas avanços da ciência", difundindo "a descrença na capacidade da população negra e mestiça para a civilização."[856] Teorias racistas essas cujo aporte tardio[857] foi compensado por uma "entusiasta acolhida, em especial nos diversos estabelecimentos científicos de ensino e pesquisa", lugares impressionantes de adestramento, e "que na época se constituíam enquanto centros de congregação da reduzida elite pensante nacional", como sustenta SCHWARCZ.[858]

Em outras palavras, leciona CHALHOUB, embora

> "o desmoronar da escravidão e da política de produção de dependentes[859] foi [tenha sido] em grande parte obra deles, escravos e homens livres pobres... à vitória se seguiu a experiência histórica de derrota de qualquer perspectiva de mudança na lógica perversa de uma sociedade cujo sentido essencial continuava a ser a naturalização das diferenças e a reprodução das relações sociais desiguais",

é dizer "ao contrário dos amos e senhores às diligências policiais, dos escravos às 'classes perigosas', do domínio senhorial da coisa pública à coisa pública dominada pelo racismo científico, o que se via era a construção da nova arena da luta de classes, a invenção dos novos significados sociais gerais que iriam instituir o lugar dos conflitos numa sociedade sem mudança."[860, 861]

Passadas a "objetos de ciência", as "classes perigosas", como repete SCHWARCZ, tiveram suas diferenças e inferioridades dissecadas, expostas e justificadas cientificamente.[862] *I. e.,* para arrematar, "ao libertar-se, o negro permaneceu dentro desta sociedade que não tinha lugar para as idéias de igualdade e de liberdade. Ele não podia fugir para fora desta sociedade.

---

[854] Sobre as consequências do discurso evolucionista, veja SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo...*, p. 28.
[855] CARVALHO, José Murilo de. Entre..., p. 93.
[856] CARVALHO, José Murilo de. Brasil..., p. 120.
[857] SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo...,* p. 41: "...quando chega ao Brasil, a 'bossa racial' vivia na Europa um claro processo de descrédito, o que em si já indica uma apropriação tardia."
[858] SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo...,* p. 14.
[859] Mas, antes disso, o caminho era inverso, conforme COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...,* p. 36: "A família escrava foi destruída pela violência física e a dos homens livres pobres, pela corrupção, pelo favor e pelo clientelismo."
[860] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 179.
[861] Menos dramático, embora comentando situação pior, CARVALHO, José Murilo de. As batalhas..., pp. 72-73: "Quem fugia para o Rio, por exemplo, fugia para o coração da sociedade brasileira. E o que era esta sociedade? Certamente, estava longe de ser um quilombo português. Pelo contrário. Ela reproduzia, se não reforçava, valores metropolitanos que se ligavam ao sentido de hierarquia, de desigualdade, de obediência. Era uma sociedade em que, mesmo entre a população livre, havia pouca noção, e nenhuma prática, dos direitos individuais, da cidadania. Ao escapar da escravidão pela fuga ou pela libertação, o ex-escravo brasileiro fazia uma transição muito menos dramática do que o ex-escravo sulista nos Estados Unidos. Ele apenas subia um degrau na extensa hierarquia social. ...A distância entre escravidão e liberdade era no Brasil apenas um degrau, embora importante, na hierarquia social."
[862] SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo...,* p. 28.

A escravidão desapareceu, foi abolida, mas as características hierárquicas e autoritárias da sociedade permaneceram."[863]

Como o exercício do poder pressupõe, quase sempre, um planejamento e uma visão do porvir, parece evidente que os oradores dominantes, já antevendo as consequências da abolição da escravatura, prepararam o terreno para, inobstante ela, manterem aquela dominação discursiva que migrou do corpo social para o natural. Daí, dizerem ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA e SLOKAR, que

> "no próprio ano da abolição, a Câmara dos Deputados votava um projeto de criminalização da vadiagem - com privação da liberdade até 3 anos para reincidentes -, tentando exorcizar os medos da conjuntura: no campo, 'hordas' de libertos que vagariam pelas estradas 'a furtar e a rapinar',[864] nas palavras de um parlamentar, e, na cidade, as maltas de capoeiras[865] e todos aqueles pobres desocupados dos balcões comerciais ou não admitidos na disciplina fabril.[866] No discurso deste novo sistema penal, a *inferioridade jurídica* do escravismo será substituída por uma *inferioridade biológica*[867]; enquanto a primeira, a despeito de fundamentos legimantes importados do evolucionismo, podia reconhecer-se como mera decisão de poder, a segunda necessita de uma demonstração científica."[868]

Demonstração científica essa que buscou ancoradouro seguro no discurso médico - *pau para toda obra* -, mas, também, em outros não menos seguros, como o discurso político, embora

---

[863] CARVALHO, José Murilo de. As batalhas..., p. 79.

[864] Parece que a defesa da propriedade, há tempos, tem esse absurdo efeito criminológico. Se não, dialogando sobre a Reforma e a Contrarreforma, e os resultados absolutistas envolvidos na discussão, veja o que narra ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias...,* p. 96: "Isso seria notável em relação à repressão das classes populares e na defesa da propriedade, como está exemplificado no livreto de LUTERO contra os bandos de camponeses ladrões e assassinos, de 1525, escrito para justificar a matança dos camponeses e a tortura e execução de THOMAS MÜNTZER (1490?-1525) e para defender a autoridade das igrejas e Estados ameaçados por esses camponeses."

[865] ENGEL, Magali. *Meretrizes...,* p. 21: "A crise da escravidão não modificaria o quadro de defasagem entre oferta e procura de mão de obra. Pelo contrário, este quadro seria agravado, à medida que o contingente de mão de obra disponível na cidade do Rio de Janeiro tendesse a aumentar, não só pela permanência do ex-escravo, como também pelo advento de muitos libertos provenientes das zonas rurais da província."

[866] ENGEL, Magali. *Meretrizes...,* pp. 20-21 e 23: "Restava, pois, à grande parcela que não encontrava uma ocupação regular, buscar a sobrevivência através dos mais variados *expedientes*. ...E aos que ficavam à margem do mercado de trabalho restava apenas *viver de expedientes.*"

[867] Se é que as duas andaram separadas alguma vez. Citando o deputado MAC-DOWELL, e advertindo para os efeitos quase indeléveis que o titubeio daquele enseja, diz CHALHOUB, Sidney. *Cidade...,* p. 24: "Há o dever imperioso por parte do Estado de reprimir e opor um dique a todos os vícios que o liberto trouxe de seu antigo estado, e que não podia o efeito miraculoso de uma lei fazer desaparecer, porque a lei não pode de um momento para outro transformar o que está na natureza."; em sentido indireto, e antes da abolição, MOACYR SCLIAR, em introdução à reedição de opúsculos da época em que D. JOÃO vivera no Rio de Janeiro, *in* SILVA, Manoel Vieira da; PEIXOTO, Domingos Ribeiro dos Guimarães. *A saúde...,* p. 17: "Dentro desse enfoque, VIEIRA DA SILVA... propõe também a construção de um local para quarentena dos escravos (estes habitualmente vistos como portadores de doenças)."; e, textualmente, SILVA, Manoel Vieira da. *Reflexões sobre alguns dos meios propostos por mais conducentes para melhorar o clima da cidade do Rio de Janeiro, in* SILVA, Manoel Vieira da; PEIXOTO, Domingos Ribeiro dos Guimarães. *A saúde...,* p. 77: "Trata-se por ora de mostrar a necessidade de um lazareto onde desembarquem os pretos, e estes façam quarentena, que chegam no estado de saúde, até que se conheça, que eles estão livres das moléstias de que pode haver suspeita, bastando para estes o intervalo de oito dias: essa demora não pode fazer-se com utilidade a bordo das embarcações em razão da falta de asseio, e tratamento, e grande número de indivíduos, que a ambição obriga a ajuntar em um curto espaço."

[868] O que durante a implementação da medicina social, composta dentre outras pela polícia médica, não foi difícil, sobretudo com a fixação da prostituição como pano de fundo para a cena em que as doenças venérias implementavam uma *capitis deminutio* contra as meretrizes. Nesse sentido, citando FOUCAULT, Paul-Michel. *História da sexualidade*: a vontade de saber. 3. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1977, pp. 111-112 *apud* ENGEL, Magali. *Meretrizes...,* p. 77: "...a análise de hereditariedade colocava o sexo (as relações sexuais, as doenças venéreas, as alianças matrimoniais, as perversões) em posição de 'responsablidade biológica' com relação à espécie; não somente o sexo podia ser afetado por suas próprias doenças mas, se não fosse controlado, podia transmitir doenças ou criá-las para as gerações futuras; ele aparecia, assim, na origem de todo um capital patológico da espécie."

vazado nas indecisas palavras de um certo deputado que, vacilando entre atribuir os vícios dos afro-descendentes ao seu estado antigo - *quais sendo, a inadaptabilidade à vida de liberdade em razão do conforto das condições do cativeiro* -, ou vinculá-los à própria natureza daqueles - *indesfazível pela legislação* -, saltita, acrobaticamente, na corda bamba enodada de um lado pela escravidão e, de outro, pela onticidade, caindo, ao final, no lamarão das teorias racistas, da qual não pôde - *ao revés do Barão de Munchhausen*[869] -, ou melhor, não quis, puxando-se pelos próprios cabelos, ainda sair.[870]

"Neste sentido", continuam ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA e SLOKAR, amarrando o discurso penal ao médico,

> "poderíamos afirmar que o racismo tem uma explicável permanência no discurso penalístico republicano[871], que se abebera nas fontes do positivismo criminológico italiano e francês para realizar as duas funções assinaladas por FOUCAULT: permitir um corte na população administrada, e ressaltar que a neutralização dos inferiores 'é o que vai deixar a vida em geral mais sadia; mais sadia e mais pura'. A contribuição do pensamento médico, neste transe de seu acasalamento[872] com a técnica policial[873, 874, 875], merece especial atenção."[876]

---

[869] RASPE, Rudolf Erich; BÜRGER, Gottfried August. *As aventuras do barão de Münchhausen*. São Paulo: Círculo do Livro, sem data, p. 33.

[870] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 25.

[871] ENGEL, Magali. *Meretrizes...*, p. 33: "Até a década de 1880, a persistência de relações escravistas revelou-se um obstáculo concreto na diferenciação entre o *trabalho* e o *não-trabalho,* concebidos de acordo com padrões burgueses. Além disso, a delimitação de fronteiras mais precisas entre o *trabalho* e o *não-trabalho* constituía-se numa tarefa difícil, na medida em que, muitas vezes, a situação de miséria apresentava-se como um traço comum a ambos. O desenvolvimento do Rio de Janeiro, marcado não só pelo crescimento populacional, mas também pela complexificação da estrutura social e econômica da cidade, processou-se de modo a tornar menos nítidas estas fronteiras: o *trabalho* e o *não-trabalho* tendiam a compartilhar o mesmo espaço físico da cidade."

[872] Outro acasalamento, o da medicina com o Direito, pode ser encontrado em várias edições da Revista da Faculdade de Direito de São Paulo, concentradas por SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo...*, pp. 179 e 190: "'A Medicina Pública é uma auxiliar para o bom desempenho do advogado. De bôas leis resultam os bons governos. E como para se ter bôas leis é preciso observar, pelo menos nesse particular a medicina contribui para o ensino do Direito'. O auxílio do profissional médico era relevante, mas a autonomia e a primazia do jurista eram garantidas, uma vez que a este último cabia a decisão final. 'É vasta a missão do jurista', finalizava um artigo sobre um caso de defloramento, 'tão nobre quanto a do médico ambas caminham parallelamente. A Medicina cumpre prevenir as moléstias antes que cural-as. Ao Direito cumpre prevenir e resolver os delitos antes que punil-os' (RFDSP, 1908:104). Sobressaía uma visão que, se de um lado apostava na importância da medicina pública, de outro, buscava restringir sua capacidade. Ou seja, se conjuntamente com o direito a medicina tinha um papel central para o progresso do país - 'A Medicina Pública é chamada a desempehar seu papel nas sociedades civilizadas... visando sanear a sociedade' (RFDSP, 1914:11) -, o sanitarista e o médico público, no entanto, não deixavam de ser vistos como técnicos, a quem caberia um papel auxiliar e complementar. ...Quando contrastado com as faculdades de direito, com a fala do bacharel, o discurso médico ganha mais outra conotação. Trata-se agora de perceber a existência de uma querela - mais ou menos formalizada - acerca de áreas de saber, projetos profissionais, ou mesmo formas diversas de conceber o país. Na ótica médica o objetivo era curar um país enfermo, tendo como base um projeto médico-eugênico, amputando a parte gangrenada do país, para que restasse uma população de possível 'perfectibilidade'. O 'homem de direito' seria um assessor que colocaria sob forma de lei o que o perito médico já diagnosticara e com o tempo trataria de sanar. Nas faculdades de direito, as posições praticamente se invertem: cabia ao jurista codificar e dar uma forma unificada a esse país, sendo o médico entendido como um técnico que auxiliaria no bom desempenho desses profissionais das leis."

[873] ENGEL, Magali. *Meretrizes...*, p. 12: "O papel efetivo que o saber médico desempenharia neste sentido parece evidenciar-se no fato de que as demais abordagens da prostituição na cidade do Rio de Janeiro - literárias, policiais, jurídicas *etc.* -, tendiam a se orientar em torno dos eixos estabelecidos pelo enfoque médico da questão."

[874] Em 1808, escrevia SILVA, Manoel Vieira da. *Reflexões sobre alguns dos meios propostos por mais conducentes para melhorar o clima da cidade do Rio de Janeiro, in* SILVA, Manoel Vieira da; PEIXOTO, Domingos Ribeiro dos Guimarães. *A saúde...*, pp. 69 e 71: "Os nossos soberanos amantes sempre de promover, quanto lhes fosse possível, a felicidade dos seus vassalos, tinham promulgado na capital, e em todo o reino, as mais providentes leis a esse respeito; mas a distância imensa entre a sede do trono português e os seus vassalos do Brasil impossibilitou até agora a execução da sua vontade. Chegou, contudo, a feliz época, que os faz sair da desgraça, que os rodeava, e entrar na história das nações policiadas. ...O Morro do Castelo será tão prejudicial à cidade como até agora se tem suposto! Deverá entrar no plano da polícia do Rio de Janeiro a sua demolição?"

Sobretudo porque, como noticia NILO BATISTA em um artigo nominado de *A lei como pai*,

> "os inúmeros encontros, em distintas circunstâncias históricas, entre os saberes jurídico-penal e médico, compõem uma inconclusa novela de terror, que podemos tentar compreender a partir de duas importantes estações de longo percurso: a inquisição e o positivismo criminológico. A primeira aplicava a pena como cura; o segundo impunha a cura como pena. ...Na segunda metade do século XIV, o meticuloso inquisidor NICOLAU EYMERICH falava de uma 'salvação eterna' que também significava 'saúde eterna', já que o radical etimológico é o mesmo: saúde provém 'do latim *salute* – salvação'. ...Os cirurgiões que, no século XVII, procuravam no corpo dos suspeitos o ponto diabólico – aquele sinal insensível à prospecção com agulhas, com o qual o coisa-ruim marcava na pele seu vassalo ou por onde nele penetrara – prestavam um importante serviço aos juízes, porém não decidiam. Para que a decisão médica se nivelasse à decisão judicial, praticamente vinculando-a, para que a indicação clínica da alta do paciente se equiparasse à expedição jurisdicional do alvará de soltura, seria preciso esperar pela invenção das medidas de segurança, cujos insumos teóricos seriam febrilmente elaborados ou incorporados pelo positivismo criminológico, a partir do último quartel do século XIX. ...Doravante, o magistrado disporia de duas varas: a velha vara da pena, para os culpados, e a nova, da medida de segurança, para os perigosos. Contudo, para brandir esta segunda vara, o magistrado necessitava, imprescindivelmente quando o caso envolvesse a saúde mental do sujeito, de um saber *psi*, de uma sonda que, a exemplo da agulha em busca do ponto diabólico, pudesse tatear os estratos internos inacessíveis à tosca redução fenomenológica da reconstrução processual-probatória do delito (quando não se tratasse de uma perigosidade extradelitual). Os saberes jurídico-penal e médico passavam a dispor de um aparelho de Estado – intencionalmente, recorremos à categoria difundida por ALTHUSSER - onde sua interlocução culminava por decidir concretamene sobre controle e repressão mediante terapias punitivas (ou penas terapêuticas): o manicômio judiciário."[877]

Considerando a acumulação histórica brasileira, na massa popular imprestável, aquela que se deixava convencer pelo discurso, ou melhor, aquela utilizável - *e, como numa espiral viciosa que se autoconecta, que se deixou utilizar, pois, esclarece* DEBORD, *"numa sociedade em que ninguém consegue ser reconhecido pelos outros, cada indivíduo torna-se incapaz de reconhecer sua própria realidade"*[878] -, de acordo com a conveniência dos dominantes como índex volátil da busca pelo lucro, mas, ainda dentro daquela, não passaria o afro-descendente da graxa que, lubrificando a embreagem, permitiria à cidade chegar mais confortável e rapidamente ao seu destino vaticinado de alvejante e urbanamente europeu, e justamente porque nossos antepassados perceberam, assim como DEBORD, que

> "o urbanismo é a realização moderna da tarefa permanente que salvaguarda o poder de classe: a manutenção da atomização de trabalhadores que as condições urbanas de produção tinham perigosamente reunido. A luta sempre travada contra todos os aspectos dessa possibilidade de encontro descobre no urbanismo seu campo privilegiado. O esforço de todos os poderes estabelecidos, desde as experiências da Revolução Francesa, para ampliar os meios de manter a ordem na rua culmina afinal com a supressão da rua. ...Mas o movimento geral do isolamento,

---

[875] Citando FOUCAULT, veja ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias...,* p. 115: "FOUCAULT refere-se à união da técnica do tratamento do leproso com a do tratamento da peste, já que ele estava interessado em observar a questão da medicina social. O leproso, porém, é apenas um exemplo, um tipo ideal da grande maioria da população marginalizada, constituída por outros doentes e em particular por incapacitados, loucos, mendigos e pelos acusados de cometer delitos ou de praticar outra fé ou simplesmente por ser um colonizado."

[876] Técnica policial que foi exercida arbitrariamente já naquela época, ainda que sob a escusa da benfeitoria. Quanto ao texto citado, veja ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal brasileiro*: teoria geral do Direito Penal, v. I. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 443. Para um esquadro do evento, veja NAVA, Pedro. *Capítulos...,* pp. 155-156: "O número cada vez maior de lázaros que enchia as ruas do Rio, roçando os sãos e poluindo as fontes, levou o Conde de Bobadela a recolher particularmente e por sua própria conta esses infelizes cuja presença representava tanto perigo para o resto da população."

[877] BATISTA, Nilo. A lei..., pp. 20 a 38.

[878] DEBORD, Guy. *A sociedade...,* p. 140.

> que é a realidade do urbanismo, deve também conter uma reintegração controlada dos trabalhadores, segundo as necessidades planificáveis da produção e do consumo. A integração no sistema deve recuperar os indivíduos isolados como indivíduos isolados em conjunto...."[879]

E, para finalizar, embora não seja fácil concordar com sua conclusão, ensina o saudoso escritor que, "a idéia mais revolucionária a respeito do urbanismo não é uma idéia urbanística, tecnológica ou estética."[880]

Nessa estética social, a cidade, com seus componentes arquitetônicos e humanos, estava separada por um "paredão de ordem"[881], cuja engenharia imitava o efeito de um prisma. Visto a partir do verso, as cores saltitavam iridescentes, todas belas e atraentes, enquanto que através do anverso, o que se via era uma escuridão homogênea, feia e repulsiva. Uma tragédia encenada à frente de um cromaqui negro, e para mirones indiferentes, visto que esses observavam o espetáculo, enquanto desprezavam o pano de fundo. E, se acaso algum contato houvesse, ele utilizaria o mecanismo da Casa dos Expostos, também conhecida como Casa dos Enjeitados, ou Casa da Roda, onde a permissão das eventuais comunicações se dava "sem que o depositário e o recebedor pudessem ver-se reciprocamente."[882]

Assim, enquanto BOURDIEU não se equivocava quando afirmava que "FLAUBERT gostava" mesmo "de dizer: 'é preciso pintar bem o medíocre'"[883], no caso do Brasil, a pintura monocromática dele chegava a estar borrada.

Portanto, e malgrado "o quadro político instituído no ano seguinte" ao da abolição querer - *pois, obviamente, não conseguiu* -, "responder à conveniência de uma forma adequada à nova composição social"[884], mudou também a idéia de pobreza e de vagabundagem" - *a despeito de um prometido assistencialismo populista onde o Estado deveria conceder aos forros "pequena sesmaria e auxílio para que se estabelecessem"*[885]*; o que, evidentemente, não aconteceu*[886]*, piorando em muito sua situação em relação à escravidão*[887]*, onde, ao menos, tinham comida e dormida, em dramática realização do vaticínio de JOSÉ DE ALENCAR quando disse que "a abolição imediata significaria para o escravo a miséria, pelo abandono do trabalho, e o extermínio, por uma provável luta de raças"*[888] -, sobretudo pela

---

[879] DEBORD, Guy. *A sociedade...*, pp. 113-114.
[880] DEBORD, Guy. *A sociedade...*, p. 118.
[881] A expressão foi retirada de NEDER, Gizlene. *Violência e cidadania*. Porto Alegre: SAFE, 1994, p. 38.
[882] Sobre essa instituição, veja COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...*, p. 164.
[883] BOURDIEU, Pierre. *Sobre...*, p. 27.
[884] HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes...*, p. 171.
[885] CARVALHO, José Murilo de. Escravidão..., p. 51.
[886] CARVALHO, José Murilo de. Escravidão..., pp. 63 e 77: "...consumada a abolição, nada foi feito em benefício dos ex-escravos. ...A pessoa do escravo ou do liberto importava pouco, se importava alguma coisa. Daí terem sido inúteis os apelos de abolicionistas como ANDRÉ REBOUÇAS no sentido de ser estabelecido um programa de assistência aos ex-escravos. REBOUÇAS pedia terras e educação para os libertos. Nada foi feito."
[887] Entendendo pela igualdade no tratamento, CARVALHO, José Murilo de. Cidadania..., p. 308.
[888] ALENCAR, José de. *Ao Imperador*: novas cartas políticas de Erasmo. Rio de Janeiro: Tipografia de Pinheiro, 1867 *apud* CARVALHO, José Murilo de. Escravidão..., p. 55.

influência que a redação descritivo-estatística de um tal FRÉGIER[889] exerceu no preconceito nada plástico com que já se acotovelavam os parlamentares do entorno do pós-abolicionismo que, preocupados sobremaneira em reprimir a nova ociosidade[890], como visto, encamparam o diagnóstico daquele, aliando-o - *considerado o pêndulo dogmático-médico vigente no século XIX, e em função de uma tendência, não inconteste*[891]*, ideológico-liberal*[892] -, a uma infecciosidade ou anti-contagiosidade que, primeiro, escorada nos miasmas, relata CHALHOUB, "fez com que os infeccionistas, especialmente nas cidades, colocassem todo o ambiente - e as 'classes perigosas' nele presentes - sob suspeição" - *generalização essa, diga-se ao passar, cunhada mediante "um dispositivo de atuação do poder público visando amputar as possibilidades de os produtores diretos não se encontrarem rotineiramente atrelados ao processo de produção"*[893] *quando, da passagem para uma nova ordem econômica não escravagista*[894]*, imprescindiu o poder público de assumir esse seu novo lugar de destaque, nada estranho e, coincidentemente, estacionado no lado dominante* -, "sob suspeição", repita-se, "e constante inspeção."[895] Segundo, pelo lado econômico, via na quarentena - *caso vencedora, eventualmente, fosse a teoria do contagionismo*[896] -, "para a classe ascendente de comerciantes e industriais, uma fonte de prejuízos econômicos e uma arma intolerável do controle burocrático."[897] E, terceiro, como quer COOTER, "a teoria da infecção era constitutiva das mudanças nas relações de trabalho características da emergência de uma sociedade capitalista 'avançada'"[898] na qual, expropriando-se os conhecimentos e práticas populares sobre doenças e curas mediante a rotulação sistemática de ilusórias e farisaicas, possibilitou ao saber médico,

---

[889] A vinculação entre pobreza e periculosidade, embora anterior, foi inflamada pelos estudos do francês M. A. FRÉGIER, aproveitados, comodamente, pelos parlamentares do nosso pós-abolicionismo que, citando-o, oportunamente, aduzem, segundo CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 21: "As classes pobres e viciosas, diz um criminalista notável, sempre foram e hão de ser sempre a mais abundante causa de todas as sortes de malfeitores: são elas que se designam mais propriamente sob o título de - classes perigosas -, pois quando mesmo o vício não é acompanhado pelo crime, só o fato de aliar-se à pobreza no mesmo indivíduo constitui um justo motivo de terror para a sociedade. O perigo social cresce e torna-se de mais a mais ameaçador, à medida que o pobre deteriora a sua condição pelo vício e, que é pior, pela ociosidade."

[890] Sobre o assunto, veja CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, pp. 20 e 22, *verbo ad verbum*: "...para os nobres deputados, a principal virtude do bom cidadão é o gosto pelo trabalho...."

[891] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 171: "MARGARET PELLING, por exemplo, demonsta que ACKERKNECHT exagera visivelmene a hegemonia dos infeccionistas na comunidade cintífica britânica...."

[892] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 171.

[893] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 175.

[894] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 179: "Quanto ao método, convém enfatizar que a intensificação do cerco aos vacinophobos no último quartel do século ocorreu no bojo da crise e desmantelamento das políticas de dominação senhorial. Os higienistas que então se incrustavam no poder público iam aos poucos deixando de recorrer a "Pais, Tutores, Curadores, Amos, e Senhores" na tentativa de propagar a vacina. Passaram a combinar estratégias indiretas, como a proibição de acesso a empregos públicos ou a estabelecimentos de ensino às pessoas não-vacinadas, com as ações diretas e agressivas características da vacinação domiciliar - levadas a efeito com especial esmero nas habitações coletivas."

[895] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 170.

[896] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 170: "Em suma, o contagionismo, estando associado à ampliação dos poderes das burocracias governamentais, tornara-se suspeito aos apologistas da ideologia liberal - interessados estes na superação de entraves ao livre desenvolvimento das relações de mercado." Veja, também, pp. 174 e seguintes.

[897] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 170.

[898] COOTER, Roger. *Anticontagionism and history's medical record*. *In* WRIGHT, Peter; TREACHER, Andrew. *The problem of medical knowledge*: examining the social construction of medicine. Edinburgh, 1982, pp. 87 a 108 *apud* CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 172.

com relativo sucesso[899] - *pois o domínio senhorial, já de si desmantelado, foi substituído pelo então qualificado conhecimento médico que na época passou a ocupar o lugar de dominante não só do empregado, mas, também, do produtor direto*[900] -, o monopólio dirigente da produção, dos trabalhadores e dos consumidores, subordinados, pela via abstrata do modelo infeccionista, à vontade dos higienistas[901] - *cujo poder, diz FREIRE COSTA, por sua vez, subordinava-se, intrinsecamente, "à decolagem do consumo e da [à] oferta de serviços médicos privados", recrudescida "quando nas famílias privilegiadas começou a medrar uma desconfiança permanente quanto aos riscos de doença, e uma insatisfação permanente quanto ao estado de saúde"*[902] -, embora em todo caso evidenciasse "que o debate entre médicos contagionistas e infeccionistas era constitutivo do processo histórico mais amplo de transformações sociais e econômicas pelas quais passava o mundo ocidental no período"[903], sem igual preocupação em separar as classes pobres das classes perigosas.

Ou melhor, nessa pseudoconfusão, havia, segundo CHALHOUB, uma "impossibilidade", até mesmo pela forma com que as coisas estavam dispostas, "de delimitar com precisão as fontes das ameaças à ordem social" eleitas "o próprio centro da definição de um novo projeto de ordenamento social"[904], cujo papel, leciona GIZLENE NEDER, segundo MAX WEBER, "do calvinismo na transformação da mendicidade, que passou a ser vista como um pecado de indolência e violação dos deveres de amor fraterno"[905], foi decisivo, porquanto, diria MURILO DE CARVALHO, essa nova idéia de ocupação, repetidora de um maniqueísmo agostiniano insatisfatório, "como todas as dicotomias aplicadas ao fenômeno social"[906], "levou", relendo GIZLENE NEDER, "à diferenciação entre mendigos aptos e inaptos para o trabalho.[907] Por quase todas as formações históricas européias a 'mendicidade apta' para o trabalho passou a ser condenada social, jurídica e politicamente"[908] - *acrescentaria eu, valendo-se todos, para tanto, do discurso médico formal-oficial* -, numa relação sequencial absurdamente inevitável, e não

---

[899] É que, essa desqualificação do conhecimento popular, proposta por COOTER, é, em nosso caso, desmentida pela revolta da vacina, arrimada, outrossim, no conhecimento popular do binômio doença-cura, e na forma, segundo a visão médica, de contágio daquela, e não, como pretende o autor, na de infecção. Para tanto, veja CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 176: "...o simples fato de a maior revolta popular motivada por políticas higienistas no Rio ter ocorrido devido à vacinação antivariólica, sugere que uma doença tida e havida por contagiosa no conhecimento médico do século pasado esteve também no centro das lutas sociais em torno da interpretação das doenças e das práticas de cura."
[900] Menos conciso, CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 175.
[901] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 173.
[902] COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...*, p. 211.
[903] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 171.
[904] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 175.
[905] NEDER, Gizlene. Absolutismo e punição. *In Discursos Sediciosos, Crime, Direito e Sociedade*, 1° semestre de 1996, ano 1, n. 1, p. 199.
[906] Embora com outra comparação, veja CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...*, p. 10.
[907] Tese retomada, *mutatis mutandis,* para a nova política social na era do pós-welfare, segundo LAWRENCE, citado por WACQUANT, Loïc. *As prisões...*, p. 47: "supressão da divisão em classes sociais, vantajosamente substituída pela oposição técnica e moral entre os 'competentes' e os 'incompetentes', os 'responsáveis' e os 'irresponsáveis'...."
[908] NEDER, Gizlene. Absolutismo..., pp. 199-200.

contrafática[909], por não prescindir de qualquer demonstração empírica, entre ociosidade, pobreza, vício, criminalidade e, o que é pior, doença, que se religa, por sua vez, àquelas, cerrando o círculo desvirtuoso[910], caracterizador do desvio secundário.[911]

Para tentar aparar um pouco daquele *qui pro quo*, apresenta-se como oportuno um pouco mais de detenção sobre o assunto. Se não, vejamos.

Ora, a só arrogância dos sanitaristas públicos não era suficiente para que o projeto higienista - *ou melhor, higiênico*[912]*, na visão daqueles* -, não malograsse. Era mister, como dito acima, que afagando as finalidades burguesas em mais um acasalamento, dessa classe obtivessem fundos que aos mesmos reverteriam em lucros certamente reflexivos, na prática, daquela sugestão metaforizada por LOÏC WACQUANT: "é como se se tratasse de um sinistro programa habitacional para os novos pobres"[913], escória humana promíscua e doentia, mas, muita vez, em atendimento à conveniência, quiçá aproveitável como entulho para preencher as sapatas, sempre escondidas, do imobiliário da nova cidade[914], empreendimento tornado interessante - *sobretudo com o auxílio de vereadores, muita vez coincidentes com esses*[915] -, aos empresários "atentos às oportunidades de investimentos abertas com a expansão e as transformações da malha urbana da Corte"[916] - *tanto viária, quanto imobiliária*[917] -, sequiosos em

---

[909] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 22: "Uma vez cometida essa abstração, ou essa imprecisão, na origem do raciocínio - abstração ou imprecisão porque os deputados obviamente não podiam encontrar dados de realidade que fundamentassem a asserção de que todo trabalhador honesto necessariamente escaparia à pobreza -, o resto se segue como que naturalmente...."

[910] Sobre esse histórico, veja CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 22.

[911] Para ficar a par do que é desvio secundário, consulte ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...*, v. I, p. 46.

[912] SEVCENKO, Nicolau. *A revolta...*, p. 61: "O prefeito age livremente durante o período de plenos poderes. ...regula a construção e consertos de prédios; proíbe que os mendigos perambulem pela cidade; cria serviços de turmas que percorrerão as ruas da cidade, acompanhadas de um ou mais caminhões de limpeza pública. As visitas domiciliares serão feitas sistematicamente em todas as habitações e, daí, tudo quanto for encontrado no seu interior, que seja julgado prejudicial à higiene, será incontinenti 'removido para aqueles carros'. Posteriormente, lança a campanha pela extinção dos cães vadios'. Perseguição às vacas, mendigos, cães, tudo revela um horror da autoridade ao que não é estável, fixo, imediatamente controlável."

[913] WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres*: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos (a onda punitiva). *In* coleção pensamento criminológico. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007, n. 6 *apud* ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...*, v. I, p. 488.

[914] SEVCENKO, Nicolau. *A revolta...*, pp. 54-55: "O refluxo para o Rio de pessoas egressas de fazendas arruinadas no Vale do Paraíba após a lei da Abolição, as miríades de migrantes internos atraídos pela febre fiduciária do Encilhamento e pelas promessas do que se apresentava concretamente como o maior mercado de trabalho, comercial, industrial e de serviços do país; além, é claro, dos grandes contingentes de imigrantes estrangeiros despejados anualmente naquele porto, atraídos pela avidez infrene dos cafeicultores e empurrados pela desventura implacável da própria miséria. Como puderam esses magotes inquietos, de gente sobressaltada com a incerteza do seu destino, somar-se com uma população local já excessivamente volumosa e ajustar-se aos estreitos limites físicos da cidade? A enorme pressão por habitações levou os proprietários dos grandes casarões imperiais e coloniais, que ocupavam a região central da cidade, a redividi-los internamente em inúmeros cubículos, por meio de tabiques e biombos, os quais eram então alugados para famílias inteiras."

[915] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, pp. 52-53.

[916] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 52.

[917] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, pp. 52-53: "...primeiro, alguns empresários conseguem o monopólio na exploração de serviços públicos – no caso, concessões para a operação de linhas de bonde; paralelamente, outros grupos empresariais, ou até os mesmos, adquirem terras pouco valorizadas na periferia da cidade; finalmente, concluídas as linhas de bonde e feito o loteamento dos terrenos, os investidores conseguem uma remuneração astronômica para o seu capital."

abocanhar os valorizados terrenos cobertos pelos cortiços[918] mas, antes de mais, também tornada interessante em razão do discurso higienista[919] ou, de forma requentada, higiênico, numa aliança indesquitável - *hoje, indivorciável* -, entre "a ciência e o capital"[920] que inaceitou um concubino pobre mais do que um mero *voyeur*, espectador passivo das transformações urbanas.

Preocupados com o ricochete depreciativo no mercado burguês e na mão de obra para a burguesia[921] - *porquanto, na lição de* DEBORD, *"a burguesia está ligada ao tempo do trabalho, pela primeira vez liberado do tempo cíclico. O trabalho se tornou, com a burguesia, trabalho que transforma as condições histórias. A burguesia é a primeira classe dominante para quem o trabalho é um valor. E a burguesia que suprime todo privilégio, que só reconhece valor decorrente da exploração do trabalho, identificou justamente com o trabalho seu próprio valor como classe dominante. Fez do progresso do trabalho o seu próprio progresso. A classe que acumula as mercadorias e o capital modifica continuamente a natureza ao modificar o próprio trabalho, ao promover sua produtividade"*[922] -, advindo da propagação de doenças, pois assustava[923] e preferia[924] os imigrantes[925], novos admitidos na manufatura disciplinar burguesa fabril por conta da abolição escravagista[926], enquanto "atacava de forma mais benigna os africanos e a população negra"[927], via a administração, mormente na febre amarela - *credencial então disfarçável, diz* CHALHOUB, *de uma "crise nas relações de trabalho no Brasil da segunda metade do século" XIX, apresentada para a entrada e mantença da "interdependência entre pensamento médico*

---

[918] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 54.
[919] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 56: "...higienistas e agentes imobiliários estavam unidos pelas reformas urbanas e contra os corticeiros."
[920] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 56.
[921] Que só pôde ser sentida com a alteração da conjuntura mercadológica e de trabalho, segundo CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 76: "...como o fim do tráfico ocorrera num contexto de superabundância de mão de obra escrava devido à intensificação do negócio dos negreiros nos últimos anos da década de 1840, não havia preocupação imediata com a questão do suprimento de força de trabalho para as áreas de *plantation*. [isso aliado]... à constatação de que a febre amarela não era grave ameaça à propriedade escrava porque os negros resistiam bem à doença, fizeram com que não houvese entre os governantes uma preocupação excessiva com o assunto nos anos 1850. Ao menos, não ocorre então nada comparável à obsessão com a praga amarela que passará a viger nos anos 1870."
[922] DEBORD, Guy. *A sociedade...*, pp. 97-98.
[923] Sobretudo em razão de discursos xenofobistas, que merecerão o resumo do Dr. ROBERTO LALLEMANT, conforme garimpou CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 77: "'Haveis de morrer, vós, estrangeiros'!"
[924] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, pp. 77-78: "...na década de 1850, a circunstância de a febre amarela escolher suas vítimas principalmente entre os imigrantes e estrangeiros de passagem pela Corte era interpretada como fator atenuante da ameaça social que a doença comportava; nos anos 1870, como veremos, a febre amarela havia se transformado *no problema* de saúde pública do Império exatamente porque vitimava prioritariamente os imigrantes."
[925] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...*, p. 19: "O ano de 1891 foi particularmente trágico, pois nele coincidiram epidemias de varíola e febre amarela, que vieram juntar-se às tradicionais matadoras, a malária e a tuberculose. Nesse ano, a taxa de mortalidade atingiu seu mais alto nível, matando 52 pessoas em cada mil habitantes. Até 1896, a mortalidade permaneceu acima de 35 por mil, com a única exceção de 1893. A cidade tornara-se, sobretudo no verão, um lugar perigoso para viver, tanto para nacionais quanto para estrangeiros. Nos meses de maior calor, o corpo diplomático fugia em bloco para Petrópolis a fim de escapar às epidemias, nem sempre com êxito. O governo inglês concedia a seus diplomatas um adicional de insalubridade pelo risco que corriam representando Sua Majestade."; CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, pp. 61, 76, 77 e 85: "Petrópolis e outros municípios 'serra acima' eram refúgios recomendados pelos médicos. ...Nessas ocasiões, os recém-chegados deveriam ser conduzidos diretamente para locais elevados – 'serra acima' -, onde ficariam aguardando o encerramento do surto epidêmico."
[926] Preferiu-se usar a expressão "abolição escravagista" a "abolição da escravidão", por entender que a abolição não encerrou o escravismo, apresentado sob nova indumentária. Sobre o texto, veja CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...*, p. 16.
[927] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 71: "A população branca... e mormente os imigrantes foram aqueles que mais sofreram com a tragédia em termos de perdas de vidas humanas."

e ideologias políticas e raciais"[928]*, pautadas e justificadas naquela discriminação biológica*[929] *da morbidade colorida, i. e., da praga amarela mas que, em última instância, não passaram de uma desculpa tímida ascendida à razão vazada numa conveniente aclimatação*[930] *acomodada "no bojo da crise da instituição da escravidão [que] aumentaria o interesse de proprietários e governantes na promoção da imigração européia em massa para o país"*[931] -, o vetor impediente - *embora trafegando em terras alienígenas somente*[932]*, porque arrimado no embuste*[933] *propagandista da superior resistência dos afro-descendentes, "concebidos pela natureza para suportar a doença e o trabalho sob o escaldante calor tropical"*[934] -, do embranquecimento[935] que, aqui recorre-se a LACERDA, "em um século" seria a "saída e solução"[936] para o Brasil, pois depuraria, no dizer de RUI BARBOSA, "as veias da mestiçagem primitiva"[937], livrando o novo poder hegemônico, ensina VERA MALAGUTI BATISTA, da "mão de obra escrava recém 'emancipada'"[938], menos barata que a imigrante, a ponto de a oferta dessa suplantar a demanda.[939]

Inegável que é, quem se debruçar sobre a relação da medicina com a política não sem facilidade perceberá que a intromissão médica, não dificultada por aquela, não conheceu limites. A programação higienizadora secundária - *e, porque não, muita vez, racial*[940] -, porquanto

---

[928] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 62.
[929] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 71.
[930] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 85: "Na verdade, a defesa da idéia de aclimatamento tornou-se a posição 'oficial' do governo imperial."
[931] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, pp. 83, para o texto acima, e 89, para a citação que segue: "Para encurtar uma longa história, o que estava ocorrendo na década de 1870 era que a febre amarela, com os infalíveis estragos que provocava entre os imigrantes recentes, passou a ser percebida como um empecilho à idéia dos cafeicultores de 'suavizar' - por assim dizer -, a transição do trabalho escravo para o trabalho 'livre' por meio da imigração européia."
[932] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 80: "Tais argumentos, então correntes entre doutores do sul dos Estados Unidos e da Europa, não estão presentes - até onde pude verificar -, na literatura médica brasileira da década de 1850."
[933] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 89: "...na verdade, os negros morriam em números ainda maiores de doenças, tai como a tuberculose e a varíola, que as autoridades públicas não estavam preparadas para - ou não queriam? -, sequer perceber, quanto mais priorizar e combater."
[934] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 78, para a citação acima e para a próxima: "Um dos mais conspícuos defensores desse ideário [no sul Estados Unidos da América foi] o Dr. SAMUEL CARTWRIGHT, de Nova Orleans...."
[935] Que embranquecimento, se nossos próprios colonizadores eram mestiços? Se não vejamos o que narra HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes...*, p. 53: "'...pelo fato de serem os portugueses, em parte, e já ao tempo do descobrimento do Brasil, um povo de mestiços. Ainda em nossos dias, um antropólogo distingue-os racialmente dos seus próprios vizinhos e irmãos, os espanhóis, por ostentarem um contingente maior de sangue negro. ...Neste caso o Brasil não foi teatro de nenhuma grande novidade. A mistura com gente de cor tinha começado amplamente na própria metrópole'."; ainda sobre o tema, CARVALHO, José Murilo de. Brasil..., p. 251; e, CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 57.
[936] LACERDA, João Batista. *Sur les metis au Brésil*. Paris: Imprimerie Devougue, 1911 *apud* SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo...*, p. 11, e outras subsidiárias, como as pp. 94, 122, 130, 136-137 e 170.
[937] Veja nota anterior e, também, comparando a febre amarela com a tuberculose, citando, para tanto, RUI BARBOSA, CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 57: "A febre amarela significava basicamente o oposto: além de não acometer Paris e deflagrar o Rio anualmente, era um verdadeiro flagelo principalmente para os imigrantes. RUI BARBOSA descreveu assim as características da febre amarela: ...Conservadora do elemento africano, exterminadora do elemento europeu, a praga amarela, negreira e xenófoba, atacava a existência da nação na sua medula, na seiva regeneratriz do bom sangue africano, com que a corrente imigratória nos vem depurar as veias da mestiçagem primitiva, e nos dava, aos olhos do mundo civilizado, os ares de um matadouro da raça branca."
[938] BATISTA, Vera Malaguti. Cuidado..., p. 306; outrossim, CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, pp. 63 e 89: "Tal eliminação se produziria através da promoção da vinda de imigrantes, do incentivo à miscigenação num contexto demográfico alterado pela chegada massiva de brancos europeus, pela inércia, e também pela operação de malconfessadas políticas específicas de saúde pública. ...a idéia era enfrentar as incertezas do processo de emancipação dos escravos inundando o mercado de trabalho com imigrantes europeus."
[939] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 89.
[940] Questão que pode ser visitada em SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo...*, pp. 208-209.

seu escopo era o de controlar a mão de obra, não se ressentiu, ainda mais porque estava previamente franqueada a tanto, de aumentar literalmente a sua dose quando percebeu que isso viabilizaria, de forma velada e omissivamente intencional[941], um embranquecimento[942] da população. Primeiro, porque a varíola grassava com mais quantidade e qualidade nos homens de cor[943] - *daí, um escurecimento, temido, daquela* -, certamente menos pelo colorido que pela falta de higidez corporal e ambiental que circundava quase todos, tornados, portanto, vítimas esquecidas tanto de um higienismo cromático - *invejoso e copioso da psicologia de "H. MAGNUS e sua teoria sobre as cores, que supunha uma hierarquia natural na organização dos matizes de cor"*[944] -, quanto de disputas médicas posteriores, e, segundo, por conta de barreiras culturais e religiosas[945] - *mas não sem antes passar por um folclore de boataria em que se transmitia, já não de braço em braço, senão de boca em boca, que poderia a "vacinação transferir aos homens as doenças dos quadrúpedes"*[946] *ou, quando muito, a crença de que vacinar-se era adquirir a própria varíola*[947]*, consensualmente* -, pois, em 1840 um relatório "admitiu francamente 'a degeneração da pústula vacínica'."[948]

Enquanto o tempo passava, a interferência médica se espraiava ainda mais. Como é de sabença cediça, sobretudo depois do estudo de FOUCAULT[949], alerta GIZLENE NEDER, "as casas de correção viabilizaram a substituição das penas pecuniárias ou corporais, dando origem às penas de prisão"[950], estando a origem dessa "diretamente justificada pelas necessidades disciplinares"[951], que, conforme ANITUA, de um "projeto religioso puritano", logo é aproveitada pelo "projeto liberal democrático que necessita de homens capazes de governar a si mesmos para assegurar um voto o mais amplo possível."[952] Tudo isso desrespeitado pela

---

[941] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 134: "DAWSON acreditava que doenças como a varíola e a tuberculose, que 'dizimavam' ('decimated') habitualmente as tais raças coloridas, tinham um importante papel a desempenhar neste processo de purificação."

[942] COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...*, p. 212; ainda, em CARVALHO, José Murilo de. Entre..., p. 103: "Quanto a esta [a população negra] prevalecia, seja implícita, seja explicitamente, a idéia de que o futuro do Brasil exigia o embranquecimento da raça. As teorias racistas européias, importadas via LAPOUGE e GOBINEAU, exerciam ainda influência poderosa. A elite intelectual do País ainda se envergonhava de seu povo."

[943] Mudando poucamente o tom, CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, pp. 133 e 134, *in verbis*: "Os números levantados pelo historiador SAM ADAMO sobre a mortalidade causada pela varíola na cidade do Rio no início do século XX confirmam que a moléstia continuava a afetar mais gravemente a população negra neste período. Segundo esses dados, a taxa de mortalidade por varíola era 30% maior entre os negros em comparação com os brancos no ano de 1904, e tal diferença chegaria a ultrapassar os 50% na década de 1920."

[944] SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo...*, p. 56.

[945] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 146: "Enfim, havia tradições culturais as mais diversas - bantu, iorubá, católica, 'negreira', médica, e sei lá quantas mais -, convergindo para a noção de que era 'dispensável e até ilegítima a intervenção do médico no tratamento da varíola."

[946] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 128.

[947] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 129.

[948] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 116.

[949] FOUCAULT, Paul-Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. 35. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

[950] NEDER, Gizlene. Absolutismo..., p. 200.

[951] ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias...*, p. 203.

[952] ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias...*, p. 204; não parece que referido liberalismo, no Brasil, conforme adiantado no texto acima, pretendia, pelo voto, emancipar a população em geral, conforme assevera CARVALHO, José Murilo de. *Os*

República incipiente, onde "o número de eleitores foi mantido sempre em níveis baixíssimos[953], vinculado a uma função social inalcançável à grande massa excluída pela exigência prévia de renda e alfabetização[954], e onde o processo eleitoral foi totalmente falseado pela intimidação, pela violência e pela fraude"[955] mediante aquilo que MURILO DE CARVALHO apelidou de "estadania"[956], e a tal ponto que "o uso tradicional de capoeiras, capangas e malandros no processo eleitoral"[957] aproximou e envolveu esses "elementos da desordem no próprio mecanismo de composição da representação política."[958] Ilusoriamente, porém,

> "o jornal *Voz do Povo*... cuja publicação foi iniciada menos de dois meses após a proclamação da República, referiu-se a uma nova era para o operário brasileiro trazida pelo novo regime, comparável à que foi aberta pela Revolução de 1789. No regime antigo, segundo o articulista do jornal, os operários eram os servos da gleba, a canalha, com todos os deveres e nenhum direito; agora eram livres, iguais e soberanos, viam-se colocados na vanguarda do progresso da pátria."[959]

Pois bem, naquele *fin de siècle,* percebendo a importância econômica daquelas instituições de sequestro, a Igreja Católica, particularmente sujeita ao poder civil, no Brasil[960] - *arrimada, consoante MURILO DE CARVALHO, na conjuntura imposta onde, os "altos índices de população marginal e de migração, o desequilíbrio entre os sexos, a baixa nupcialidade, a alta taxa de nascimentos ilegítimos são testemunhos seguros de costumes mais soltos", parecendo "que o que antes era semiclandestino,*

---

bestializados..., pp. 45-46: "No Império como na República, foram excluídos os pobres (seja pela renda, seja pela exigência de alfabetização), os mendigos, as mulheres, os menores de idade, as praças de pré, os membros de ordens religiosas. Ficava de fora da sociedade política a grande maioria da população. A exclusão dos analfabetos pela Constituição republicana era particularmente discriminatória, pois ao mesmo tempo se retirava a obrigação do governo de fornecer instrução primária, que constava do texto imperial. Exigia-se para a cidade política uma qualidade que só o direito social da educação poderia fornecer e, simultaneamente, desconhecia-se este direito. Era uma ordem liberal, mas profundamente antidemocrática e resistente a esforços de democratização."

[953] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...,* pp. 43-44: "As inovações republicanas referentes à franquia eleitoral resumiram-se em eliminar a exigência de renda, mantendo a de alfabetização. O espírito das mudanças eleitorais republicanas era o mesmo de 1881, quando foi introduzida a eleição direta. Até esta última data, o processo indireto permitia razoável nível de participação no processo eleitoral, em torno de 10% da população total. A eleição direta reduziu este número para menos de 1%. Com a República houve aumento pouco significativo para 2% da população (eleição presidencial de 1894). Percebera-se que, no caso brasileiro, a exigência de alfabetização, introduzida em 1881, era barreira suficiente para impedir a expansão do eleitorado."; veja, ainda, *idem,* p. 84 e seguintes.: "A exclusão de 80% da população do direito político do voto já é um indicador do pouco que significou o novo regime em termos de ampliação da participação. ...Pode-se dizer que a República conseguiu quase literalmente eliminar o eleitor e, portanto, o direito de participação política através do voto."; no mais, *idem,* p. 91.

[954] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...,* p. 44.

[955] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...,* pp. 34-35 e p. 37: "...desapontaram-se os operários, sobretudo sua liderança socialista, com as dificuldades de se organizarem em partidos e de participarem do processo eleitoral...."; veja, *idem,* pp. 87-88: "No caso do Rio de Janeiro, havia também outra boa razão para que os cidadãos não se aventurassem a exercer seus direitos. Além de ser inútil, votar era muito perigoso. Desde o Império, as eleições na capital eram marcadas pela presença dos capoeiras, contratados pelos candidatos para garantir os resultados. A República combateu os capoeiras, mas o uso de capangas para influenciar o processo eleitoral só fez crescer. ...Assim, além de ser mínima a participação eleitoral, o processo era totalmente deturpado."

[956] CARVALHO, José Murilo de. Brasil..., p. 127.

[957] Mas, não só aí. Para seus outros usos, veja CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...,* p. 155: "Capoeiras e capangas eram tradicionalmente usados também por políticos e poderosos em geral como instrumentos de justiça privada. Muitos capoeiras integraram a Guarda Negra que dispersava comícios republicanos. A própria polícia fazia uso deles como agentes provocadores ou informantes."

[958] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...,* p. 155.

[959] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...,* p. 12.

[960] HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes...,* p. 118.

sussurrado, adquiriu com a República, se excetuarmos o governo de FLORIANO, foros de legitimação pública"[961]*, com uma popularização do pecado*[962, 963]*, que se personificou*[964] -, como *instrumentum regni*[965], delas também tirou um vergonhoso proveito - *porquanto, por elas, o trabalho obrigatório serviria para disciplinar esses sujeitos, que pendulavam nas "tênues fronteiras entre a legalidade e a ilegalidade, às vezes participando, simultaneamente, de ambas."*[966] Mas, não só ela, pois, mais tarde, vários outros empreendedores morais da economia passaram a aproveitar-se daquelas para assegurar o máximo da mais-valia - *quiçá para contrabalançar as perdas econômicas e financeiras ocasionadas pela abolição escravagista*[967] -, puxando o salário para baixo também dos trabalhadores livres[968] - *embora de modo menos sensível nas "regiões onde a cultura do café já preparara assim o terreno para a aceitação de um regime de trabalho remunerado"*[969] -, corolário inevitável da implacável lei econômica da oferta e da procura. Lei econômica essa que, diante do "rápido crescimento populacional"[970] - *auxiliado "pela imigração, que ampliava a oferta de mão de obra*[971] *e acirrava a luta pelos escassos empregos disponíveis"*[972]*, num ambiente hospitaleiro às oposições do governo, redundando num "nativismo exacerbado"*[973] *e numa aversão "xenofobista floriana"*[974] *aos portugueses*[975]*, nominada de "movimento jacobino"*[976] -, e do anterior encilhamento[977] que, não se envergonhando

---

[961] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...*, p. 27.
[962] HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes...*, p. 118: "Como corporação, a Igreja podia ser aliada e até cúmplice fiel do poder civil, onde se tratasse de refrear certas paixões populares...."
[963] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...*, p. 27.
[964] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...*, p. 27.
[965] HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes...*, p. 118.
[966] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...*, p. 17.
[967] Sobre as contradições inerentes à abolição da escravidão, veja HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes...*, pp. 77-78; preferiu-se usar a expressão "abolição escravagista" a "abolição da escravidão", por se entender que a abolição não encerrou o escravismo, apresentado-o sob nova indumentária. Sobre o texto, veja CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...*, p. 16. Sobre o assunto do texto, consulte CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...*, p. 19.
[968] ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias...*, pp. 117-119.
[969] HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes...*, p. 175.
[970] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...*, p. 17.
[971] Se bem que tenha dito, quiçá para o início do processo de colonização-extração, HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes...*, p. 49: " O que o português vinha buscar era, sem dúvida, a riqueza, mas riqueza que custa ousadia, não riqueza que custa trabalho."; e, citando CLENARDO, requenta (*idem*, pp. 49-50): "... se há algum povo dado à preguiça sem ser o português, então não sei onde ele exista."
[972] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...*, p. 21.
[973] HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes...*, p. 75: "E sabe-se que o nativismo lusófobo chegou a representar, direta e indiretamente, uma ponderável influência no movimento para a supressão do tráfico."; também, mas, textualmente, CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...*, p. 64.
[974] CARVALHO, José Murilo de. Brasil..., p. 249.
[975] CARVALHO, José Murilo de. Entre..., p. 101: "O alvo principal dos ataques jacobinos eram os portugueses, que constituíam 20% da população da cidade. Eram portugueses muitos comerciantes e banqueiros, mas também o eram muitos operários que se viam assim excluídos da república jacobina."; bem como, em CARVALHO, José Murilo de. Brasil..., pp. 234 e 236-237; ainda, em *idem*, p. 249; também, em CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...*, pp. 79-80: "De acordo com o censo de 1890, 30% da população da cidade (do Rio de Janeiro) era composta de estrangeiros. Destes estrangeiros, 70%, ou seja, 106.461, eram portugueses. A presença portuguesa era particularmente forte em alguns setores da população. Em 1890 eles compunham 40% dos artesãos, 51% dos empregados no comércio e 53% dos empregados em transportes. Certas profissões eram quase monopólio português. O embaixador de Portugal avaliou em 90% a participação de portugueses entre carroceiros e cocheiros. A presença estrangeira era ainda muito forte entre a classe proprietária. Estrangeiros eram, em 1890, cerca de 30% dos proprietários, banqueiros e capitalistas. ...Em relatório escrito em 1893, um funcionário da legação portuguesa calculava que seus patrícios controlavam cerca de 70% do capital financeiro, comercial e imobiliário do Rio."
[976] Sobre a composição das oposições ao governo, veja SEVCENKO, Nicolau. *A revolta...*, p. 10: "Essas oposições eram constituídas basicamente de dois agrupamentos. O primeiro, muito difuso, se compunha genericamente do núcleo de forças

do lucro sem qualquer custo[978], ou a todo custo de indiscrição e falta de ética[979], não pôde não acumular "pessoas em ocupações mal remuneradas ou sem ocupação fixa"[980]. Nessa fase, dizia-se acima, onde as instituições de sequestro foram percebidas como lucrativas, surgem os primeiros indícios aproveitáveis e aproveitados pelo sistema penal, que se valeu muita vez do discurso médico para transformar a sociedade em uma grande instituição sequestradora, sem muros, limitada territorialmente apenas pela urbanidade seletiva que a cidade esquadrinhava.[981]

A influência do discurso médico na sociedade, porém, não parou por aí. Historicamente, ele se acasalou muitas vezes com o discurso penal para, dessa união, conceberem um produto que teima em continuar a proscrever todos aqueles que desinteressam, seja lá porque motivo for e para o que quer que seja.

---

que ascenderam e se impuseram ao país durante a primeira fase do regime republicano, os governos militares de DEODORO DA FONSECA e FLORIANO PEIXOTO - sobretudo este último. Tratava-se primeiramente de jovens oficiais, formados nas escolas técnicas de preparação de cadetes, onde pontificavam as novas teorias científicas que propunham uma reorganização geral da sociedade, inspirada na teoria de AUGUSTO COMTE, o positivismo, o qual preconizava uma nova civilização industrial, administrada por gerentes de empresas, baseada numa legislação de proteção e assistência aos trabalhadores e governada por uma ditadura militar. Acompanhavam esses jovens oficiais, que foram a base mesma do movimento que culminou na proclamação da República, toda uma enorme gama de setores sociais urbanos, trabalhadores do serviço público, funcionários do Estado, profissionais autônomos, pequenos empresários, bacharéis desempregados e a vasta multidão de locatários de imóveis, arruinados e desesperados, que viam o discurso estatizante, nacionalista, trabalhista e xenófogo dos cadetes como sua última tábua de salvação. Esse grupo era genericamente denominado de *jacobinos* (indicando sobretudo grupos de civis) ou *florianistas* (referindo-se principalmente aos setores militares), ou ainda de *republicanos vermelhos* ou *radicais.* O outro agrupamento dos conspiradores era formado pelos monarquistas depostos pelo novo regime."; manuseie, outrossim, CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...,* pp. 21-23 e 64.

[977] CARVALHO, José Murilo de. Entre..., pp. 97-98: "Ora, além de ter surgido em uma sociedade profundamente desigual e hierarquizada, a República brasileira foi proclamada em um momento de intensa especulação financeira causada pelas grandes emissões de dinheiro feitas pelo governo para atender às necessidades geradas pela abolição da escravidão. A febre especulativa atingiu de modo especial a capital do País, centro dos acontecimentos que levaram à República. Em vez da agitação dos especuladores, agitação que ela só fez aumentar pela continuação da política emissionista. O espírito de especulação, de enriquecimento pessoal a todo custo, denunciado amplamente na imprensa, na tribuna, nos romances, dava ao novo regime uma marca incompatível com a virtude republicana."; de novo, CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...,* pp. 19-20: "Pelo lado econômico e financeiro, os tempos também foram de grandes agitações. ...Basta lembrar que, devido à necessidade de aplacar os cafeicultores, especialmente do estado do Rio, e de atender a uma demanda real de moeda para o pagamento de salários, o governo imperial começou a emitir dinheiro, no que foi seguido com entusiasmo pelo governo provisório, este preocupado também em conquistar simpatias para o novo regime. Concedido o direito de emitir a vários bancos, a praça do Rio de Janeiro foi inundada de dinheiro sem nenhum lastro, seguindo-se a conhecida febre especulativa, bem descrita no romance de Taunay, *O Encilhamento*. ...Os anos de 1890 e 1891 foram de loucura, segundo a expressão de um observador estrangeiro, o qual acrescenta ter havido corretores que obtinham lucros diários de 50 a 100 contos e que uma oscilação de câmbio fazia e desfazia milionários. Por dois anos, o novo regime pareceu uma autêntica república de banqueiros, onde a lei era enriquecer a todo custo com dinheiro de especulação."

[978] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...,* p. 28: "A confiança na sorte, no enriquecimento sem esforço em contraposição ao ganho da vida pelo trabalho honesto parece ter sido incentivada pelo surgimento do novo regime. É o que revela o testemunho insuspeito de RAUL POMPÉIA: 'Desaprendeu-se a arte honesta de fazer a vida com o natural e firme concurso do tempo, do trabalho. Era preciso melhorar, mas de pronto: ao jogo pois!', publicado no *Jornal do Commercio*, a 4 de janeiro de 1892."

[979] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...,* p. 27.

[980] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...,* p. 17.

[981] Para uma visão política e sociológica inicial e descomprometida da questão criminológica, veja CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...,* p. 12: "As cidades foram tradicionalmente o lugar clássico do desenvolvimento da cidadania. O cidadão era, até etimologicamente, o habitante da cidade. Nelas se tornou possível a libertação do poder privado dos senhores feudais. Nelas foi que aos poucos se desenvolveram a noção e a prática de um sistema de governo montado sobre o pertencimento individual a uma coletividade. O burguês foi o primeiro cidadão moderno."

Junto a isso, o fim do comércio negreiro representou, portanto, uma releitura do trabalho e da sociedade na segunda metade do século XIX, porquanto obrigou a política, valendo-se dos serviços médicos, a voltar novos olhares para a febre amarela[982], única capaz de, se não eliminada, impedir o embranquecimento - *sem quarar ao sol* -, via lusitanismo, do nosso povo, sem o qual não avançaríamos agricolamente, dizia PEREIRA REGO.[983] Eleita, portanto, doença do futuro, futuro incerto, advirta-se, a febre amarela obstaculizava uma mão de obra mais barata, bem como uma urbanização e civilização mais europeizadas[984] que encontravam no referido embranquecimento sem o uso de água - *senão, mediante uma medicina* -, sanitária alvejante, uma velada significação étnica, propiciada por uma igual ideologia racial que, concebida do esposamento da política com a medicina, viu na tuberculose e na varíola - *a despeito da volumosa morticidade*[985] -, menos que na febre amarela, doenças que prescindiam de atenção, porquanto "associadas a mestiços e pobreza"[986] - *em um evidente "racismo por omissão", que conjugava auxiliar a natureza depurativa com o pressuposto da alteração do ambiente*[987] -, enquanto aquela, requente-se, restabeleceria a ordem trabalhista - *mas, ainda sob o jugo do domínio, agora do patrão, empreendedor moral por excelência* -, não mais sussurada aos ouvidos pela gradual "idéia de obter o barateamento do custo da mão de obra através da imigração e consequente inundação do mercado de trabalho."[988] Em vez disso, resolveram dar prioridade, gritando aos quatro cantos, à desfaçatada idéia de substituir os afro-descendentes brasileiros por imigrantes europeus em suas lavouras.[989] Nestes termos, aproveitando WACQUANT - *que se ancora em BODÉ DE MORAES e GARCIA DE SOUZA* -, pode-se também dizer que "penalizar a miséria significa aqui 'tornar invisível' o problema negro e assentar a dominação racial dando-lhe um aval de Estado."[990]

Nesse arco-íris que estava se tornando o Brasil, o preto não teria vez, ou melhor, no retrovisor da história, os afro-descendentes, os pobres e os doentes, é dizer, os desinteressantes e inempregáveis, deveriam ocupar o ponto cego!

---

[982] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 92.
[983] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 93.
[984] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 93.
[985] A estatística pode ser encontrada em SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo...*, pp. 224-225; veja, ainda, CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 94: "Na cidade do Rio de Janeiro, a tuberculose matava implacavelmente todos os anos e o ano todo, e desconfio que nas útlimas décadas do século fazia mais vítimas fatais do que todas as doenças epidêmicas de maior visibilidade somadas. No entanto, nenhum plano de combate à doença foi jamais implementado na cidade ao longo do século XIX. ...um plano, mesmo que modesto, de combate à moléstia havia sido elaborado por PAULA CÂNDIDO... ainda em 1859, mas nem o próprio autor - ou qualquer outra autoridade -, parece ter pensado seriamente em aplicar as medidas recomendadas."
[986] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 94.
[987] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 95: "O trabalho da natureza, coadjuvada pela imigração e pela miscigenação, era a eliminação paulatina da herança africana - isto é, a herança da 'raça inferior' -, presente na sociedade brasileira."
[988] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 95.
[989] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 95.
[990] WACQUANT, Loïc. *As prisões...*, p. 10.

Todavia, antes de continuar, é preciso pedir vênia a CHALHOUB para, acompanhando-o, também dizer que "ao contrário de várias personagens presentes nesta minha história, eu não tenho a mania da suspeição generalizada; isto é, eu realmente não acho que todos os reformadores da cidade na virada do século eram movidos apenas por considerações maquiavélicas e interesseiras."[991]

Naquele momento a que se estava referindo, em que a ascendente burguesia, alvissareira em considerar todos os contratantes livres e iguais, tentava - *e, sejamos convinháveis que, naquele período, conseguiu*[992] *e, até hoje, continua conseguindo* -, articular as contradições inerentes a um discurso jurídico liberal - *que pretendia equacionar a "radical incompatibilidade entre as formas de vida copiadas de nações socialmente mais avançadas, de um lado, e o patriarcalismo e personalismo fixados entre nós por uma tradição de origens seculares"*[993]*, de outro* -, engajado no contrato social, com as ordens inescondivelmente desigualitárias do capitalismo industrial e do seu sistema de produção, reveladoras dessa farsa vazada na violência contra os desprovidos de capital[994], onde e quando, além disso, o novo regime republicano tentava organizar "outro pacto de poder que pudesse substituir o arranjo imperial com grau suficiente de estabilidade"[995], "o discurso médico lhe foi especialmente útil"[996], preenchendo, ainda que remediadamente, os vazios desse já denunciado farisaísmo igualitarista burguês mediante o controle do homem descapitalizado.[997]

Momento forjadamente propício - *porquanto "os Haussmanns pululavam; projetavam-se avenidas; abriam-se nas plantas squares, delineavam-se palácios, e, como complemento, queriam também uma população cativa, limpinha, elegante e branca: cocheiros irrepreensíveis, engraxates de libré, criadas louras, de olhos azuis, com o uniforme como se viam nos jornais de moda da Inglaterra; foi esse estado de espírito que ditou o famoso projeto dos sapatos"*[998] -, pontua VERA MALAGUTI BATISTA, pois, como já alinhavado, "é nesta época que pontifica o conceito de classes perigosas[999]...porque pobres[1000], por

---

[991] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 56.
[992] Malgrado a interrogação de HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes...*, p. 78: "Como esperar transformações profundas em país onde eram mantidos os fundamentos tradicionais da situação que se pretendia ultrapassar?"
[993] HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes...*, p. 79 e 160, *in verbis*: "Na verdade, a ideologia impessoal do liberalismo democrático jamais se naturalizou entre nós. ...A democracia no Brasil foi sempre um lamentável mal-entendido. Uma aristocracia rural e semifeudal importou-a e tratou de acomodá-la, onde fosse possível, aos seus direitos ou privilégios, os mesmos privilégios que tinham sido, no Velho Mundo, o alvo da luta da burguesia contra os aristocratas."
[994] ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias...*, pp. 237 e 249.
[995] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...*, p. 31.
[996] ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias...*, p. 237.
[997] ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias...*, p. 237.
[998] SANTOS, Joel Rufino dos. A lição de Péricles*. In Discursos Sediciosos, Crime, Direito e Sociedade*, 2° semestre de 1996, ano 1, n. 2, p. 228.
[999] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 20: "A expressão 'classes perigosas' parece ter surgido na primeira metade do século XIX."
[1000] A vinculação entre pobreza e periculosidade, embora anterior, foi inflamada pelos estudos do francês M. A. FRÉGIER, aproveitados, comodamente, pelos parlamentares do nosso pós-abolicionismo que, citando-o, oportunamente, aduzem, segundo CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 21: "As classes pobres e viciosas, diz um criminalista notável, sempre foram e hão

desafiarem as políticas de controle social no meio urbano e também por serem consideradas propagadoras de doenças"[1001], classes essas comparáveis àquelas "perigosas ou potencialmente perigosas de que se falava na primeira metade do século XIX."[1002] De sorte que O Jeca Tatu, de MONTEIRO LOBATO, em 1918 redefeniu os contornos dos perseguidos da ocasião e o enredo do discurso, embora tenha ficado mantido o tom de voz e a posição sobranceira do orador, sem que, todavia, tenha deixado de se passar, com efeito, de um discurso racista para outro sanitário, pois, se "o matuto não era assim, ele estava assim"[1003], e se "o país era um vasto hospital que devia ser entregue aos cuidados dos sanitaristas, dos cientistas, e não dos políticos"[1004], é óbvio que ninguém mais adequado para o exercício desse papel que o médico, oportunista, literalmente, de plantão!

Delinquência, vagabundagem, doenças venéreas e alcoolismo, eram as alcunhas substitutivas da conjuntura para a lepra e a peste de outrora[1005], incubadas em uns escolhidos e etiquetados como perigosos - *políticos, vagabundos, delinquentes, libertinos e prostitutas* -, pelos "médicos/estatísticos/policiais, de então [que] dedicaram-se a refletir sobre as causas que as motivavam, e dessa forma configuraram a nova urbe como um extenso campo patológico a ser estudado e reformado... para a manutenção da ordem social burguesa"[1006], propiciada, também em certa medida, pela vertente arquitetônica da medicina social que, na Inglaterra, intervindo no desenho urbano, impôs-lhe a "presença de parques públicos... capazes de gerar ar puro e zonas de recreação, e ao mesmo tempo de dificultar as rebeliões populares e o ocultamento de indivíduos suspeitos" e, na França, exigiria o alargamento das avenidas que, além das funções médicas ditas próprias, impediria movimentos de descontrole por parte dos descontentes[1007], enquanto que, no Brasil, como visto, "desde 1870, percebeu-se uma perseguição sistemática aos cortiços, que se transforma em histeria nas primeiras administrações republicanas"[1008], aguçadas pela ambição em retomar áreas centrais

---

de ser sempre a mais abundante causa de todas as sortes de malfeitores: são elas que se designam mais propriamente sob o título de - classes perigosas -, pois quando mesmo o vício não é acompanhado pelo crime, só o fato de aliar-se à pobreza no mesmo indivíduo constitui um justo motivo de terror para a sociedade. O perigo social cresce e torna-se de mais a mais ameaçador, à medida que o pobre deteriora a sua condição pelo vício e, que é pior, pela ociosidade."

[1001] BATISTA, Vera Malaguti. Cuidado..., p. 306.

[1002] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...,* p. 18: "eram ladrões, prostitutas, malandros, desertores do Exército, da Marinha e dos navios estrangeiros, ciganos, ambulantes, trapeiros, criados, serventes de repartições públicas, ratoeiros, recebedores de bondes, engraxates, carroceiros, floristas, bicheiros, jogadores, receptadores, pivetes (a palavra já existia)."

[1003] CARVALHO, José Murilo de. Brasil..., p. 255.

[1004] CARVALHO, José Murilo de. Brasil..., pp. 255-256.

[1005] ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias...,* p. 245.

[1006] ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias...,* p. 243.

[1007] ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias...,* pp. 243-244.

[1008] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...,* p. 25: "A destruição do cortiço carioca mais famoso da época não foi um ato isolado, e sim um evento no processo sistemático de perseguição a esse tipo de moradia, o que vinha se intensificando desde pelo menos meados da década de 1870, mas que chegaria à histeria com o advento das primeiras administrações republicanas."; referencialmente, também, BATISTA, Vera Malaguti. Cuidado..., p. 306.

privilegiadas cuja valorização imobiliária recrudescia[1009], mas não sem a desculpa médica de haver-se diagnosticado que "os hábitos de moradia dos pobres eram nocivos à sociedade, e isto porque as habitações coletivas seriam focos de irradiação de epidemias, além de, naturalmente, terrenos férteis para a propagação de vícios de todos os tipos."[1010]

Prenunciando um lamentável porvir e sem o saber, embora já naquela época contrariando o positivismo jurídico, DOMINGOS RIBEIRO DOS GUIMARÃES PEIXOTO, Barão de Igarassu, em sua obra cujo título

> "é tão comprido quanto bajulador: Aos Serenissimos Principes Reaes do Reino Unido de Portugal, e do Brazil, e Algarves, os senhores D. PEDRO DE ALCANTARA e D. CAROLINA JOZEFA LEOPOLDINA, offerece, em signal de gratidão, amor, respeito e reconhecimento estes prolegomenos, dictados pela obediencia, que serviráõ ás observações, que for dando das molestias cirurgicas do paiz, em cada trimestre etc.... começa por 'indagar as prodigiosas causas que em hum Paiz podem influir directa ou indirectamente na saude dos individuos'. Afirma que a vida depende 'intimamente dos agentes exteriores, com os quais tem relações directas (...) o aparelho da respiração por ex. necessita para o seu exercício do ar athmosferico, o da digestão, das substâncias alimentares, e assim todos os mais'. Uma concepção hipocrática, portanto. Mas, em um ponto, GUIMARÃES PEIXOTO discorda do Pai da Medicina: ele não aceita as 'diatheses humoraes'. HIPÓCRATES postulava a existência de quatro humores, o sangue, a linfa, a bile amarela e a bile negra, cujo equilíbrio (ou desequilíbrio) condicionaria o temperamento da pessoa. GUIMARÃES PEIXOTO acreditava antes em predisposição, constitucional ou herdada, para doenças como a tísica, o raquitismo, a gota. A influência do ambiente reforça a importância da higiene, mais importante que a terapêutica na concepção do autor. Ou seja, mais vale prevenir do que remediar."[1011]

Obviamente, algo havia por trás disso tudo, qual sendo, o fato de que "os republicanos construíram todo um belo discurso como justificação de suas ações contra a cidade negra. Agiram em nome da higiene, da moral e dos bons costumes, do progresso e da civilização. Jamais admitiram que eram movidos também pelo medo."[1012]

2.6 As putas deveriam ficar em uma triste memória[1013]

Entre, provavelmente, menos espanto que exagero, escreve VINÍCIUS BITTENCOURT, sem o devido desconto, que ele sempre se revoltou

> "contra o desapreço com que se encara a função social das putas. Sei que essa postura resultou, como SCHOPENHAUER esclareceu, do corporativismo das mães e dos pais de família que precisavam descartar suas filhas. Na época em que as mulheres estavam excluídas das profissões rendosas, era necessária a união de todas para que o homem só pudesse consegui-las através do casamento. Quando, pois, alguma entregava-se sem exigir matrimônio, a corporação sentia-se prejudicada em seu monopólio sexual e hostilizava a infratora. Hoje, porém, quando os antibióticos e a pílula anticoncepcional libertaram as mulheres, quando elas competem com os homens em todas as atividades, não mais se justifica a conduta dos que depreciam as mulheres que optam pela prostituição ou a ela são compelidas. Quando, numa zona boêmia, um jovem tentou esconder-se de CATÃO, disse-lhe o severo censor romano que melhor seria ele ali permanecer, pois de outro modo estaria pondo em risco a integridade sexual das moças de família. Essa função social que as

[1009] BATISTA, Vera Malaguti. Cuidado..., p. 306.
[1010] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...,* p. 29.
[1011] MOACYR SCLIAR, em introdução à reedição de opúsculos publicados, originariamente, na época em que D. João esteve no Brasil, *in* SILVA, Manoel Vieira da; PEIXOTO, Domingos Ribeiro dos Guimarães. *A saúde...,* pp. 20-21.
[1012] CHALHOUB, Sidney. Medo..., p. 186.
[1013] Aqui, faz-se reverência à obra de MÁRQUES, Gabriel Garcia. *Memória de minhas putas tristes*. São Paulo: Record, 2005.

> putas exercem, ou seja, a de preservar a tranquilidade das famílias, não deveria ser esquecida pelos seus beneficiários. Muitos estupros e casamentos temerários são evitados porque elas suprem uma necessidade que a natureza impôs a todos os homens normais. As leis que incriminam o lenocínio ou restringem a atividade das meretrizes só servem para incentivar a extorsão policial, encarecer os serviços prostibulares e degradar uma classe que todos deveriam proteger e respeitar, porque sem ela estaríamos condenados à frustração, a convolar casamentos inconvenientes ou ao onanismo. Sim, porque todos os homens devem às prostitutas o que não teriam conseguido sem sua colaboração. Muitos se iniciaram sexualmente nos bordéis. Outros livraram-se de psicoses recorrendo a essas clínicas de desafogo. Casamentos ainda perduram porque os maridos podem, de vez em quando, livrar-se da monotonia conjugal em leitos estranhos. Ademais, além de ser a mais barata, a mulher paga não tem ciúmes, não atormenta o homem, não o enche de filhos, não pede pensão ou alimentos, nem comete adultérios porque a ninguém pertence. Só a ingratidão e a hipocrisia podem explicar a hostilidade com que muitos se comportam com relação a essa classe benemérita. Assim compreendendo, sempre tratei com extrema cortesia essas mulheres e, quanto à sua remuneração, sempre entendi que dinheiro de puta é sagrado. Em sua profissão, as putas são mais honestas do que as moças de família, porque exigem do homem apenas o pagamento pelo serviço que lhe prestam. As vestais familiares, porém, concentram no homem suas ambições e pretendem que ele satisfaça todos os seus caprichos. Atuam como o icnêumone, cujas larvas devoram os tecidos do seu hospedeiro. Mantêm permanente vigilância sobre a conduta do homem e só aprovam as ações que a elas beneficiam. Condenam tudo que não as favoreça ou concorra para libertar o prisioneiro. Em suma, para concederem o que as putas vendem a preço de mercado, as moças de família simulam ingenuidade e pureza, iludem o homem com promessas de amor eterno e o exploram a mais não poder. Para DON JUAN, porém, que as conhecia, elas eram 'santas na igreja e macacas na cama'."[1014]

Bom. Como dito acima, de uma medicina individual passou-se, rapidamente, e por razões alimentadas pela propagandeada necessidade de uma higienização dos espaços públicos - *porquanto, no século XIX, os segmentos sociais desclassificados*[1015] *eram associados pela intelectualidade européia, já dissociada politicamente da metrópole e, sobretudo, a partir da Constituição de 1824 e do Código Criminal de 1830, à idéia de desordem*[1016] -, a uma medicina social[1017] a que logo coube, relata ENGEL, "um lugar de destaque na tarefa de conter aquilo que era visto como o 'caos urbano herdado do período colonial', através da produção de um conhecimento que continha a perspectiva de intervenção sobre todos os aspectos do cotidiano urbano"[1018] – *em atendimento a prescrições republicanas exigentes de uma modernização das cidades, embora de acordo com*

[1014] ÁVILA, Vinícius Bittencourt de Souza. Falando francamente. In *Falando francamente*. Vitória: edição do autor, 1999, pp. 37 a 39.

[1015] Sobre o conceito de desclassificação social, veja SOUZA, Laura de Mello e. *Desclassificados do ouro*. Rio de Janeiro: Graal, 1982, p. 14 *apud* ENGEL, Magali. *Meretrizes...*, p. 23, nt. 11 e pp. 27-28: "Como observou LAURA DE MELLO E SOUZA, a categoria dos desclassificados sociais - dentro da qual estão inseridas as prostitutas -, surge e se amplia na sociedade colonial como produto da política metropolitana orientada no sentido de povoar o Novo Mundo através da utilização de segmentos sociais que ameaçavam a estabilidade da sociedade metropolitana."

[1016] ENGEL, Magali. *Meretrizes...*, pp. 23-24 e 29: "Desde então, e de maneira intimamente referida à atuação policial, aqueles que buscam organizar a ordem imperial passaram a distinguir três mundos: o Mundo do Governo, o Mundo do Trabalho e o Mundo da Desordem."

[1017] Citando ROSEN, George. *Da polícia médica à medicina social*. Rio de Janeiro: Graal, 1980, pp. 49 e 50, veja ENGEL, Magali. *Meretrizes...*, p. 50: "Segundo o referido autor, a idéia de medicina social surgiria, em 1833, a partir das reflexões de JULES LEROUX e se desenvolveria nas obras sobre higiene social de J. A. ROCHOUX (1838) e de FOUCAULT (1844) (*sic*). Contudo, somente em 1848 JULES GUÉRIN introduziria a expressão e definiria o conceito de medicina social que, reunindo os campos da polícia médica, da saúde pública e da medicina legal, dividia-se em quatro partes: fisiologia social - que trataria, por exemplo, da 'relação entre as condições físicas e mentais de uma população e suas leis ou outras instituições sociais'; patologia social - que compreenderia 'o estudo de problemas sociais em relação à saúde e à doença'; higiene social - onde se situaria a preocupação com a fixação de 'medidas para a promoção da saúde e prevenção de doenças'; e terapia social - que seria responsável pela investigação dos meios adequados ao tratamento da 'desintegração social' e de 'outras condições que as sociedades podem experimentar'."

[1018] ENGEL, Magali. *Meretrizes...*, p. 12.

uma bitola européia importada[1019] -, "dentre os quais a prostituição"[1020] - *mormente a partir de 1890, em que fora incorporada como objeto da dedicação médica*[1021] -, mas, que, no fim e, genericamente, qualificava a todos como "indesejáveis e perigosos"[1022] e, por isso - *é dizer, por serem "escravos, mendigos, loucos, vagabundos, ciganos, capoeiras* etc.*"*[1023] -, assevera FREIRE COSTA, "a eles vão ser dedicadas outras políticas médicas", continuando entregues "à polícia, ao recrutamento militar ou aos espaços de segregação higienizados como prisões e asilos."[1024]

Na esteira dessa intervenção médico-administrativa, a medicina brasileira do século XIX não só agiu sobre o corpo doente, muita vez curando-o, senão que, em um ambiente[1025] e mediante um cotejo que lhe era convinhável, também considerando mórbida[1026], ou melhor, desordenada a cidade, pretendeu curá-la consoante uma *ordenação* prática pautada pela definição prévia da saúde e da higiene até então não vigentes[1027], revelando-se no exagero detectado por ROBERTO MACHADO *et alii*, vazado em que "todos os componentes urbanos, todos os lugares, objetos e elementos devem estar sob controle e sob seu (do médico) [e da medicina] controle"[1028], de que serve como exemplo, como se verá, a prostituição, considerada doença[1029] – i. e., *associada às moléstias venéreas*[1030] -, e, *ipso facto* - *razão da invocação e dita legitimação da "atuação saneadora do médico"*[1031] -, motivo de desordem[1032], extraindo daí sua periculosidade social a aliciar, a final, a atividade do médico, então também protetor e ordenador urbano, ainda que em sentido bifurcado, ora em favor da sua regulamentação

---

[1019] ENGEL, Magali. *Meretrizes...*, p. 134: "Em meio às mudanças que alteraram, profundamente, o perfil do Rio de Janeiro, no decorrer do século passado, os médicos se dedicavam a formular, ao lado de outros segmentos da intelectualidade, um projeto de *modernização* da cidade, de acordo com padrões e valores burgueses *importados* da Europa."

[1020] Textual, ENGEL, Magali. *Meretrizes...*, p. 12; citando, em parte, HERCULANO AUGUSTO LASSANCE CUNHA, recorre-se a COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...*, pp. 122-123: "A escravidão... era tida como causa de prostituição: 'A escravidão portanto dos negros e seu avultado número são as causas que figuram em primeiro lugar na prostituição do Rio de Janeiro.' ...A escrava foi usada contra a mulher com o objetivo de culpá-la e torná-la responsável pela infelicidade, doença e morte dos filhos. Foi, também, usada como lente deformadora da conduta sexual dos homens, que passaram a ver em seu corpo o perigo das doenças venéreas e da degeneração da prole."

[1021] ENGEL, Magali. *Meretrizes...*, p. 63.

[1022] ENGEL, Magali. *Meretrizes...*, p. 23.

[1023] COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...*, p. 33.

[1024] COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...*, p. 33.

[1025] ENGEL, Magali. *Meretrizes...*, p. 51: "Foi preciso, ainda, excluir da tarefa o *curandeiro* e o *charlatão*, já que somente ao saber *científico*, único *legítimo*, caberia cumpri-la."

[1026] ENGEL, Magali. *Meretrizes...*, p. 53: "A perspectiva adotada na abordagem médica destas questões se orienta no sentido de definir o Rio de Janeiro como uma *cidade doente,* ou seja, como um espaço infectado que deve ser conhecido e tratado."

[1027] ENGEL, Magali. *Meretrizes...*, p. 51.

[1028] MACHADO, Roberto *et alii. Danação...*, p. 260 *apud* ENGEL, Magali. *Meretrizes...*, p. 54.

[1029] ENGEL, Magali. *Meretrizes...*, p. 66: "A concepção da prostituição como principal meio de produção e difusão das moléstias venéreas definia-a, antes de tudo, como *doença*, inserida seguramente no campo dos estudos de higiene médica e saúde pública."

[1030] ENGEL, Magali. *Meretrizes...*, p. 64.

[1031] ENGEL, Magali. *Meretrizes...*, p. 64.

[1032] ENGEL, Magali. *Meretrizes...*, p. 58: "...o Dr. JOÃO MACEDO JÚNIOR defendia, na Faculdade de Medicina do Rio de Janeiro, a tese *Da prostituição no Rio de Janeiro e da sua influência sobre a saúde pública,* onde mesmo caracterizando a prostituição como um 'cancro hediondo, que salientemente se destaca no quadro das misérias sociais', situava o seu estudo, antes de tudo, como um 'importante ponto de higiene pública'."

sanitária, ora, ou mesmo *pari passu*, em desfavor da sua não proibição[1033], servindo como outro exemplo a negação do vínculo entre escravidão e falta de emprego para os livres e sem posses, onde os médicos, numa visão romântica e minimalista da miséria nacional, atribuíam a pobreza dos escravos à indolência, enquanto na europa industrializada esta caberia à ausência de trabalho e aos salários diminutos.[1034]

Só em 1890 houve uma mudança dessa ótica passando a falta de emprego e os baixos salários pagos às mulheres a ser a pedra de toque da motivação da prostituição, porquanto aqueles fatores sociais condicionavam aquelas a optar, segundo um médico coevo, entre "a miséria ou a desonra."[1035]

Por outro lado, continua ENGEL, "a análise do campo semântico das palavras *prostituição* e *prostituta...* revela que o sentido da *doença*[1036] não se restringe ao aspecto físico, compreendendo também uma dimensão moral[1037] e uma dimensão social.[1038] Assim, a prostituição[1039] é classificada pelo médico como uma *ameaça*" - *pois, "incentivando o consumo e a circulação do luxo na sociedade, a prostituta, inadvertidamente, entrava para a lista negra da higiene*"[1040], *além disso, "as prostitutas cometiam... uma outra falta higiênica, a de perverterem com o exemplo desregrado de suas vidas, a moral da mulher-mãe"*[1041] -, "que, transcendendo a extensão física do corpo, atinge a família, o casamento, o trabalho e a propriedade."[1042] Doença e ameaça[1043] porque, na

---

[1033] ENGEL, Magali. *Meretrizes...*, p. 104: "Quanto às formas de tratamento prescritas, o discurso médico sobre a prostituição apresenta, portanto, uma certa heterogeneidade marcada pela presença de duas tendências: a *defesa* e a *oposição* à regulamentação sanitária da prostituição pública."

[1034] ENGEL, Magali. *Meretrizes...*, p. 96.

[1035] Dr. COSTA FERRAZ, citado por ENGEL, Magali. *Meretrizes...*, p. 97.

[1036] ENGEL, Magali. *Meretrizes...*, pp. 80 e 86: "A noção de *perigo disfarçado* que caracteriza a prostitução, tal como esta é concebida no discurso, revela-se também como um dos aspectos enfatizados na dissecação do corpo da prostituta. Caberia, portanto, ao médico descobrir, por trás de uma aparência saudável e bonita, a doença e os defeitos físicos. ...no início do século XVIII, J. B. SILVA esforça-se para justificar cientificamente essa convicção que, por si só, leva a considerar as prostitutas como mulheres perigosas."

[1037] ENGEL, Magali. *Meretrizes...*, p. 88: "Como a doença física, a doença moral também manifesta um caráter contagioso, o que amplia o seu grau de periculosidade."

[1038] ENGEL, Magali. *Meretrizes...*, pp. 30 e 93: "Associada à *vadiagem, mendicância* e *alcoolismo*, a prostituição é situada, nos textos legais que vigoraram durante o período imperial, no âmbito da desordem *moral* e *social.* ...Se devassar o bordel e a intimidade da família implica a necessidade de proteger a instituição do matrimônio, perscrutar os espaços da sexualidade expressa o compromisso da medicina com a *verdade científica* e o dever do médico de preservar a saúde não só física, mas também moral, do corpo."

[1039] ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias...*, p. 243: "O higienista mais conhecido foi o médico francês ALEXANDRE PARENT-DUCHÂTELET (1790-1836), autor, no mesmo ano da sua morte, de um tratado sobre a prostituição, o grande tema dos higienistas, na cidade de Paris."

[1040] COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...*, p. 266.

[1041] COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...*, p. 265.

[1042] ENGEL, Magali. *Meretrizes...*, p. 16.

[1043] ENGEL, Magali. *Meretrizes...*, p. 98: "A prostituição é ainda definida como fonte da doença social em dois sentidos básicos: seja enquanto *espaço de reprodução da miséria,* seja enquanto *lugar de produção do luxo ilícito*. Ambos constituem, no discurso, os eixos fundamentais em torno dos quais o médico constrói a imagem da *ameaça* social que marcaria os contornos da prostituição. ...Mas, no plano da ameaça social, o luxo e a miséria igualavam-se no perigo que representavam, pois ambos simbolizavam a negação do trabalho."

concepção da sociedade daquela época, a prostituição era equiparada à desordem[1044], cuja averiguação e terapêutica cabia ao médico.

Além dessa, contribuindo naquela ótica coeva e oblíqua para o efeito de desordem e de periculosidade - *presumida, o que é pior* -, havia, requente-se, a presença de escravos e dos setores livres desclassificados, representando uma ameaça cotidiana em razão do embate e da confusão resultante do acotovelamento do mundo do trabalho com o mundo do caos, cuja juzante se expressaria nas constantes epidemias citadinas.[1045] Daí, a necessidade de (re)disciplinarização e (re)normativização - *bem à maneira daquela dissertada por ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA e SLOKAR*[1046] -, capitaneadas, repita-se, pelo médico[1047] na busca de uma (re)civilização.[1048]

Dimensionar esse poder[1049] presenteado ao, ou conquistado pelo médico, implica reconhecer que ele, imiscuindo-se no seio privado das pessoas, bem como no interior das famílias, "usando argumentos de autoridade, respaldado na sua formação universitária e científica... passava a opinar sobre tudo o que dissesse respeito à mulher: desde os aspectos relacionados à sua constituição física e mental até a conveniência do vestuário e dos hábitos da moda - como o uso de espartilhos, a frequência a bailes *etc*. -, para a sua saúde." [1050]

De maneira que, "a higienização das cidades, estratégia do Estado moderno, esbarrava frequentemente nos hábitos e condutas que repetiam a tradição familiar e levavam os indivíduos a não se subordinarem aos objetivos do Governo"[1051], precisando, em razão disso, o médico, penetrar no "espaço familiar e, através do estabelecimento da confiança e de um contato mais íntimo com a mulher, ir tentando modificar, aos poucos, o perfil das relações familiares"[1052], porquanto, "a reconversão das famílias ao Estado pela higiene tornou-se uma tarefa urgente dos médicos"[1053], pois, sem ela, não conseguiriam espraiar sua atuação para toda a *urbe*.

[1044] ENGEL, Magali. *Meretrizes...*, p. 32: "Desde 1830, quando foi criada a Câmara Municipal da cidade do Rio de Janeiro, as Posturas Municipais seguiam, com relação à prostituição, a mesma linha de orientação que observamos na legislação produzida pelo governo central, ou seja, a prática da prostituição não seria objeto de repressão, a não ser nos casos em que *ameaçasse* a *tranqüilidade e a moral públicas*, podendo, assim, ser identificada à *desordem*."
[1045] Meio que por aí, ENGEL, Magali. *Meretrizes...*, p. 38.
[1046] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal brasileiro*: teoria geral do Direito Penal, v. I. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 53.
[1047] Que, embora fosse o segmento menos importante da classe dirigente, era o que possuía os rendimentos mais elevados. *In* ENGEL, Magali. *Meretrizes...*, p. 38, nt. 47.
[1048] ENGEL, Magali. *Meretrizes...*, pp. 38-39.
[1049] ENGEL, Magali. *Meretrizes...*, p. 69: "...o saber médico buscou *legitimar-se* e *consolidar-se* ao longo do século XIX, como uma nova instância de poder na sociedade."
[1050] ENGEL, Magali. *Meretrizes...*, pp. 43-44.
[1051] COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...*, p. 30.
[1052] ENGEL, Magali. *Meretrizes...*, p. 44.
[1053] COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...*, pp. 30-31.

Daí que, já como discurso dirigido aos despersonalizados da instituição aberta de sequestro, confinamento e disciplina totais que se tornou a cidade, nessa empreitada (re)organizadora votada à (re)construção de "estratégias disciplinares do cotidiano urbano"[1054] e

> "fundamentados na antiga teoria dos miasmas[1055], os médicos pintavam um quadro dramático, onde a doença e a morte faziam parte do cotidiano urbano. Ruas estreitas e tortuosas, a presença de morros e elevações dificultavam a renovação do ar, tornando-o pesado e insalubre. A inexistência ou precariedade de um sistema de esgotos fazia indispensável a atividade dos *tigres*[1056], transformando as praias em depósitos de detritos. O lixo acumulado nas ruas, as condições precárias de abastecimento de água, os mangues e pântanos, as aglomerações de pessoas em habitações que não ofereciam as menores condições de salubridade - os cortiços, os casebres dos morros de Santo Antônio e do Castelo, os casarões coloniais *etc*. -, eram aspectos considerados essenciais na configuração de um ambiente propício ao surgimento e reprodução da doença. As epidemias grassavam pela cidade - febre amarela, cólera, varíola *etc*."[1057]

Nessa época, em que as doenças não tinham mais origem sagrada ou divina, tampouco era uma mais sagrada ou mais divina que outra[1058], a origem de todas migrou, inevitavelmente, para o meio ambiente - *e, o que é pior, para o ser humano descartável, que também já o compunha* -, viés natural, a partir de então, que motivou tanto a dessacralização da morbidade, quanto a sua atribuição e fixação em elementos, agora[1059], exclusivamente naturais.[1060] Mas, aqui se mantinha o mesmo erro de perspectiva de antes, qual sendo, o *"ares, águas e lugares* não se dedica à terapia, apenas a sugere, ao identificar o mal."[1061]

[1054] ENGEL, Magali. *Meretrizes...*, pp. 47 e 53: "As origens de uma produção médica voltada, prioritariamente para questões relacionadas ao cotidiano urbano situam-se, como vimos, na década de 1830, com a criação da Academia Imperial de Medicina e da Faculdade de Medicina do Rio de Janeiro."

[1055] CAIRUS, Henrique F.; RIBEIRO JÚNIOR, Wilson A. *Textos...*, p. 65, nt. 87: "o termo *miasma* em nosso idioma - no qual essa palavra significa 'emanação deletéria' - não tem o mesmo significado que no grego, onde designa a mácula moral hereditária ou física (*De flatibus*, 5)."

[1056] ENGEL, Magali. *Meretrizes...*, p. 47, nt. 64: "Os escravos encarregados de remover as matérias fecais ficaram conhecidos como *tigres*."

[1057] ENGEL, Magali. *Meretrizes...*, p. 47.

[1058] CAIRUS, Henrique F.; RIBEIRO JÚNIOR, Wilson A. *Textos...*, p. 143: "O problema que o tratado *Ares, águas e lugares* - assim como o *Da doença sagrada* - propõe não é, portanto, a dessacralização da doença, mas a distribuição igualitária da característica por todas as doenças...."; embora, em outra ocasião (*idem*, p. 145), afirmem, que: "Os tratados *Da doença sagrada* e *Ares, águas e lugares* parecem tentar substituir o espaço do sagrado por uma patologia fisiológica..."

[1059] Quanto ao "antes", veja CAIRUS, Henrique F.; RIBEIRO JÚNIOR, Wilson A. *Textos...*, p. 138: "O solo, as águas e os ventos, com as suas características, formam as contingências divinas com as quais os homens têm de conviver, dispondo as suas vidas de acordo com essa realidade à qual nem o leigo nem o médico têm acesso."

[1060] Comentando dois tratados inseridos no "universo do século da tragédia", dizem CAIRUS, Henrique F.; RIBEIRO JÚNIOR, Wilson A. *Textos...*, pp. 131-132: "Para os dois tratados, determinadas doenças não podem ser mais sagradas do que outras, ainda que nenhuma deixe de sê-lo. Para o autor dos tratados, o erro não é considerar as doenças sagradas ou divinas, mas considerar uma especialmente mais divina do que outra. Os dois tratados partem do mesmo princípio: nenhuma doença é mais divina, nem mais sagrada do que qualquer outra. Entretanto, cada um dos tratados dirige-se para uma direção diferente na observação da doença. Poder-se-ia mesmo dizer que, quanto à idéia de sagrado, o discurso do *Da doença sagrada* é mais negativo do que o do *Ares, águas e lugares*. Enquanto o primeiro parece ter por motivação a negação do caráter especialmente divino de uma determinada doença, o outro procura essa sacralidade pelo viés da natureza do meio ambiente."

[1061] RIBEIRO JÚNIOR, Wilson A. *In* CAIRUS, Henrique F.; RIBEIRO JÚNIOR, Wilson A. *Textos hipocráticos*: o doente, o médico e a doença. *In* coleção história e saúde, clássicos e fontes. Rio de Janeiro: Fiocruz. 2005, p. 133.

2.7 O controle, a disciplina e a neutralização da loucura a favor de um mercado de trabalho dominado pelo capital

Como visto, mirando a civilização, bem como a disciplina da cidade, não se limitou a intervenção médica ao corpo físico, contagiando, também, o corpo social. Mas, tal discurso só foi possível mediante a substituição do contratualismo pelo organicismo que, ainda que sem saber, apropriou-se da "fábula utilizada na antiga Roma por MENÊNIO AGRIPA para convencer os plebeus a trabalhar para os patrícios e controlar sua revolta, visto que se tratariam dos membros e da cabeça, respectivamente, de um mesmo corpo."[1062] E o fez não alienando a alienista psiquiatria que, inserida no discurso de uma medicina individual, e amasiada à sua alma gêmea social - *também chamada higienista* -, não se incomodou em, não conseguindo envergar aqueles física e mentalmente imodificáveis[1063], romper-lhes, forçada e indelicadamente, suas estruturas mesmo que à laia de destruí-las de forma indelével[1064] e sob a escusa de um utilitarismo organicista[1065], porque, na ocasião, subsidiado pelo controle populacional[1066] tendente a fornecer cidadãos saudáveis aos fins burgueses, num movimento pendular entre o crime e a doença[1067] e, respectivamente, entre o encarceramento e a hospitalização, resumindo, um grande sequestro com fins de otimização e adequação, sem os quais a cura, sobretudo mental, seria impossível.[1068] Com efeito, ensina MEDEIROS PEREIRA,

> "sob essa... perspectiva, as instituições psiquiátricas são vistas... como exercendo funções características de instituições sociais de controle; ou seja, inserindo-se entre o homem (como cidadão ou não) e o sistema social (fundamentalmente representado pelo Estado ou por grupos sociais dominantes), de modo a garantir que (ou pressionar para que) as pessoas sejam

---

[1062] ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias...*, pp. 251-252.
[1063] Embora mais à frente refira-se ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias...*, p. 239, ao seguinte: "A intenção seria a de modificar o modificável. Era absurdo, nessa época, pensar-se em mudar o clima ou a geografia, mas era possível e desejável modificar o *habitat* e, particularmente, as populações de um ponto de vista geral ou individual."
[1064] ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias...*, p. 237: "Igualmente, e de maneira diretamente relacionada com a modificação do indivíduo, o caráter e o meio social também podiam ser mudados."
[1065] Que olvidou a síntese dialética exposta por MIRA Y LÓPEZ *apud* TEIXEIRA, Julius Martins. O homem..., p. 138: "'O ser humano é, na verdade, um aglomerado de substância viva, uma imensa colônia celular, mas nela se observam, além das atividades próprias da vida 'elementar' de cada uma de suas micropartes, outras - globais, individuais, inter e supracelulares ou pessoais -, que lhe imprimem um peculiar modo de viver e comportar-se, assegurando não só sua sobrevivência no espaço e no tempo, como sua expansão e transcendência em outro plano, mais recente: o plano superpessoal ou social.' (Quatro gigantes da alma, p. 3)."
[1066] ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias...*, p. 242.
[1067] PEREIRA, José Carlos de M. *A explicação...*, p. 138: "...da definição e tratamento da doença mental poder-se-ia dizer o que FOUCAULT diz da definição e punição das infrações, ou seja, que são feitas 'para manter os mecanismos punitivos e suas funções'."
[1068] Entendendo exagerada e equívoca essa conclusão, PEREIRA, José Carlos de M. *A explicação...*, p. 130 e seguintes.: "...há uma tendência acentuada (e errônea) de analisar a psiquiatria como se ela tivesse sido criada para sujeitar os que transgrediam os valores da sociedade burguesa emergente às normas racionalizadoras criadas por essa mesma sociedade. Na verdade, os fenômenos foram contemporâneos. A psiquiatria não nasceu para atender a uma necessidade da ordem burguesa. Simplesmente seu aparente caráter técnico-científico era mais congruente com os valores dessa sociedade (quanto mais não seja, porque sua origem é comum, obedecendo aos mesmos fatores causais), especialmente em relação ao entendimento e tratamento daquilo que passou a ser considerado doença mental."

> convenientemente adestradas para o exercício de atividades que garantam a continuidade e a integridade desse sistema."[1069]

Desafivela-se, portanto, a outra faceta do discurso médico, mais uma censitária, fiscalizadora, controladora e neutralizante, qual sendo, a da detecção, exclusão por inclusão nas instituições totais manicomiais, e neutralização dos mentalmente considerados anormais para o mercado de trabalho. Disse-se, dos mentalmente anormais, apesar de a psiquiatria, aliando-se à polícia, à igreja e à justiça, não se limitar, atualmente, mais a eles, alcançando e controlando com sua órbita, segundo MEDEIROS PEREIRA, "condutas desviantes que originalmente nada tinham a ver com a 'anormalidade' medicamente definida", passando "comportamentos tidos como 'anormais' ou 'imorais' na esfera da sexualidade, antes tidos como pecaminosos e, portanto, sob autoridade decisória da Igreja - e também, às vezes, da polícia -, ...para o seu campo."[1070] Atingindo e alterando o indivíduo - *nessa última hipótese, como prefere ainda MEDEIROS PEREIRA, em razão de "o cumprimento de funções tão extensas" exigir do psiquiatra, "como não poderia deixar de ser" "que o diagnóstico 'de doença mental' se tornasse tão ou menos 'científico' que na primeira metade do século XIX, baseando-se, ainda, no relato e nas denúncias de pessoas, grupos e instituições interessadas na rotulação de alguém como 'doente mental'"*[1071] -, e, ou, atingindo-o e sequestrando-o, alcançava-se, por ricochete, a sociedade que via no manicômio ou asilo[1072] a instituição total[1073] da proscrição[1074], repressão, disciplina e controle dos indesejados ou inaptos à nova economia[1075], leia-se, o "outro"[1076] que, sob o infeliz rótulo genérico, sufragado no Código Criminal Imperial de 1830, e repetido no Código Civil de 1916, continha, ou melhor, fazia conter os "loucos[1077] de todo o gênero"[1078], alvos primeiros que, outrora - i. e., *no início da Idade Moderna* -, da indistinção entre loucos e delinquentes, todos

---

[1069] PEREIRA, José Carlos de M. *A explicação...*, pp. 142-143.
[1070] PEREIRA, José Carlos de M. *A explicação...*, p. 143.
[1071] PEREIRA, José Carlos de M. *A explicação...*, p. 143.
[1072] ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias...*, p. 237.
[1073] Equivalendo a nomenclatura e a função, WACQUANT, Loïc. *As prisões...*, p. 143.
[1074] PEREIRA, José Carlos de M. *A explicação...*, p. 138: "De modo geral e fundamentalmente, atribuem-se às instituições psiquiátricas asilares as mesmas funções atribuídas a uma série de instituições sociais voltadas para o controle social: isolar e excluir do convívio com o meio social (para tratamento, punição *etc*.) pessoas ou grupos sociais determinados."
[1075] PEREIRA, José Carlos de M. *A explicação...*, pp. 138-139: "Asilando, excluindo de alguma forma, ou ainda, simplesmente imputando a uma pessoa o caráter de enfermo mental (frequentemente associado, no julgamento popular, ao 'louco'), a psiquiatria (por uma de suas facetas, a de instituição de controle) pode esvaziar o discurso do doente, impedir a frutificação de exemplos de conduta e, até mesmo, evitar (ou pelo menos minorar) conflitos ou desentendimentos que podem surgir em vários níveis (na família, no ambiente de trabalho, na vizinhança, na comunidade *etc*.), decorrentes da desobediência às normas por parte das pessoas ou grupos nomeados como doentes mentais. Isso porque a questão relativa a essas pessoas é tornada médica, o que é a mesma coisa que dizer que é tecnificada."
[1076] "Outro" que, *verbi gratia,* pode ser muito bem representado pelos, unanimemente, indesejados moradores do cortiço Cabeça de Porco, inseridos no contexto da sua demolição desse, segundo CHALHOUB, Sidney. *Cidade...,* p. 19; ainda, ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias...*, p. 248.
[1077] Sobre quem, dizia BARRETO, Lima. *O cemitério dos vivos*. São Paulo: Brasiliense, 1956, pp. 151-152 *apud* CHALHOUB, Sidney. *Cidade...,* p. 23: "...A polícia, não sei como e por que, adquiriu a mania das generalizações, e as mais infantis... [para ela] todos os loucos hão de ser por força furiosos e só transportáveis em carros blindados."
[1078] No Código Civil de 1916, veja artigo 5°, inciso II, enquanto que no Código Criminal do Império, veja artigo 10, 2°.

"possuídos pelo demônio"[1079], a psiquiatria[1080], ramo da medicina mais em voga então, fazia questão de, desfocadamente, não errar, principalmente quando o escopo último era seu confinamento[1081], sanção, afirma FREIRE COSTA, em última medida, supletiva daquela cabida, mas inaplicável pela não responsabilidade[1082], pelo rompimento do contrato social que, determinada e executada pelo médico psiquiatra não deixava de respeitar, *in these,* os preceitos humanitários.[1083]

Em pormenor, como teria sido possível à psiquiatria agir desse modo?

> "Atuando de forma a parecer a todos (aos dominados e aos próprios agentes sociais da dominação, os médicos psiquiatras) que tal intervenção era inteiramente neutra em face dos interesses das camadas sociais hegemônicas. Ou seja, a psiquiatria, diante de uma série de problemas gerados pelo funcionamento 'normal' dessa sociedade, produzia um discurso cientificista suficientemente coerente e capaz de mascarar e desarticular as relações entre a alienação mental e a sociedade. ...Ancorada num discurso política e socialmente asséptico, a 'Psiquiatria tornava-se necessária para recolher, através dos asilos, esses seres que eram considerados obstáculos ao bom andamento da Ordem social'."[1084]

Não tendo a conjuntura mudado muito desde então[1085], porquanto, se na Revolução Francesa a loucura era atribuída a uma causa física[1086] exigente de cuidados e não de castigo, a realidade terapêutica repete um tratamento obviamente punitivo[1087], malgrado os avanços que a psiquiatria, em sua inaugurada fase romântica, obteve desde JOHANN CHRISTIAN REIL, no século XIX, quando este considerou "a doença mental um fenômeno predominantemente psicológico."[1088] Sendo que, para MEDEIROS PEREIRA, que parece adotar um funcionalismo social, e não econômico, doença mental[1089]

> "poderia ser (e é), com certa frequência, encarada como uma 'disfunção', no sentido de as pessoas manterem (ou não manterem) relacionamentos sociais que diminuem a adaptação ou ajuste do sistema social, na definição de disfunção de MERTON. Ou seja, elas teriam uma conduta divergente, sendo incapazes de exercer um papel social útil (ao sistema social existente) ou, então, o exerceriam inadequadamente. Diga-se de passagem que PARSONS teve oportunidade de definir o papel de enfermo em geral como um tipo de conduta divergente, tanto que, para legitimar socialmente seu papel, o doente necessitaria do assentimento da coletividade, especialmente do aval de seu representante técnico nesse campo, o médico. No caso do doente, principalmente

---

[1079] ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias...,* p. 246; genérica e historicamente, MUCHEMBLED, Robert. *Uma História do Diabo*: séculos XII a XX. São Paulo: Bom Texto, 2001.
[1080] Todavia, o termo "psiquiatria" só surge no século XIX, segundo ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias...,* p. 247; fixando, ainda que indiretamente, a partir de 1830, COSTA, Jurandir Freire. História da psiquiatria no Brasil: um corte ideológico. 5. ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2007, p. 39.
[1081] ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias...,* p. 246.
[1082] COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...,* p. 52.
[1083] Nessa direção, ancorando-se em CASTEL, veja COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...,* p. 51.
[1084] PEREIRA, José Carlos de M. *A explicação...,* p. 140.
[1085] Mesmo após a metade do século XIX, MOREL ainda "colocava a delinquência ao lado da loucura e da doença mental....", *in* ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias...,* p. 249.
[1086] TEIXEIRA, Julius Martins. O homem..., p. 137: " Durante a maior parte da história da humanidade o homem vem se empenhando em desvendar cientificamente os fenômenos naturais, especialmente no mundo físico, secundarizando aqueles que acontecem na sua subjetividade, como os afetos, isto é, os sentimentos e as paixões que formam a base do seu comportamento psicossocial."; mais tarde, conforme ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias...,* p. 248: "Chegava-se, assim, a objetivar a loucura como um problema próprio de uma falha somática no cérebro ou como consequência da interrupção de sua evolução."
[1087] ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias...,* p. 247.
[1088] TEIXEIRA, Julius Martins. O homem..., p. 143.
[1089] PEREIRA, José Carlos de M. *A explicação...,* p. 131 e seguintes.

> mental, atribuir-lhe a enfermidade a um comportamento divergente também teria funções sociais (contribuição, agora, para o ajuste do sistema). Tal atribuição, por exemplo, retira do comportamento o possível conteúdo de rebelião contra (ou simples indiferença aos) valores estabelecidos e social e culturalmente aceitos. Como diz PARSONS, por meio desse mecanismo, eliminam-se dois perigos: 'A formação de um grupo de desviantes e sua pretensão em fazer reconhecer sua legitimidade. Ligados a um grupo de não-desviantes, os doentes mentais formam um grupo apenas estatístico, sendo-lhes recusada a possibilidade de constituir uma coletividade solidária', além de se atribuir ao papel uma condição pouco invejável."[1090]

Entrementes, é possível discordar desse reconhecimento apenas social do doente mental como um desviado. Ora, doente mental ou não, socialmente ele é reputado neto, filho, irmão e até mesmo pai, não sendo preciso parar por aí a relação de parentesco, sempre reconhecível, além da condição de cidadão possuidor de todos os direitos, excluídos os financeiros ou, ao menos, os redutíveis a essa categoria. Enquanto que é, como acabou-se de rascunhar, economicamente[1091] - *embora, na lição de WEBER, não o seja, nem o deva ser, exclusivamente*[1092] -, que seu desvio é reconhecido, classificado, realçado e disciplinado, agora sim com o aval do médico, colimando-se proscrevê-lo do mercado de trabalho, depositando-o como entulho desinteressante ao capitalismo. De todo modo, parece mais adequado, *tout court*, considerar a condição de insatisfatório do doente mental, perante um marco referencial socioeconômico, perceptível em três aspectos:

> "na improdutividade dos próprios doentes; no obstáculo à expansão e dominação da ideologia típica da sociedade industrial burguesa, representado pela não-adesão a ela (ou sua não-concretização) por parte dos 'alienados'; no impedimento maior ou menor, por parte destes, de suas famílias trabalharem adequadamente, uma vez que, 'inativos e mantidos em casa, necessitavam de observação permanente e de cuidados, o que equivaleria a subtrair braços ao processo de trabalho'."[1093]

De tudo isso, talvez, a única certeza seja que não pode haver rigidez entre normalidade e loucura[1094], se é que essa, como alertou THOMAZ SZASZ[1095], realmente existe, mesmo considerando-se que a inclusão por exclusão de uma pessoa nessa ou naquela categoria depende quase que exclusivamente do preenchimento ou não de condições mais econômicas e sociais[1096] que médicas.[1097] Essa rotulação - *elaborada, tecnicamente, pelo médico, com o aval da*

[1090] PEREIRA, José Carlos de M. *A explicação...*, pp. 130-131.

[1091] A influência da questão econômica, do lado da medicina, pode ser encontrada em PEREIRA, José Carlos de M. *A explicação...*, pp. 179-180: "Em suma poderíamos, por exemplo, no caso de certas associações de caráter econômico voltadas para a prestação de serviços médicos, alterar nosso interesse e ordenar a relação social investigada mais por seus elementos econômicos que propriamente médicos."

[1092] PEREIRA, José Carlos de M. *A explicação...*, p. 159: "Julga [WEBER], contudo, que teria sido fecunda e criativa a análise dos fenômenos sob a perspectiva de seu condicionamento econômico. O que repele vigorosamente é aquela postura metodológica segundo a qual um fenômeno histórico não fica devidamente explicado enquanto não forem encontradas suas causas econômicas."

[1093] BIRMAN, Joel. *A psiquiatria como discurso da moralidade*. Rio de Janeiro: Graal, 1978, pp. 240-241.

[1094] Sobre isso, veja PEREIRA, José Carlos de M. *A explicação...*, p. 135.

[1095] SZASZ, Thomas S. *O mito...*, *passim*.

[1096] PEREIRA, José Carlos de M. *A explicação...*, p. 136: "...se verificaria a influência de fatores sociais como o grau de instrução, posição social, religião *etc*., como variáveis que poderiam dificultar ou favorecer o surgimento de sintomas identificados como de doença mental."

[1097] Ancorando-se em SINGER, P.; CAMPOS, O.; OLIVEIRA, E. M. de. *Prevenir e curar*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 59, veja o que diz PEREIRA, José Carlos de M. *A explicação...*, p. 143: "Isso significa que a categoria 'doença mental' é elástica e

tecnicidade do discurso da medicina[1098] -, maquiaria, mediante a desqualificação dos interlocutores, passados, então, a desqualificados, as contradições de um sistema social que teima tanto em esquivar-se de uma autocrítica, tampouco em enxergar que sempre o comportamento anormal é mais imposto que natural, estimulando, com efeito,

> "o desenvolvimento de instituições de controle... as quais, extravasando seus limites iniciais, poderão vir a controlar desviantes políticos (ao facilitar sua categorização como doentes mentais). ...Isso significa que, para decidir se um determinado fato social constitui uma função ou disfunção seria preciso fazer um balanço de suas contribuições positivas e negativas e verificar qual o seu saldo líquido para o ajuste ou desajuste do sistema social. Obviamente, nesse balanço, as funções latentes (nem sempre devidamente reconhecidas pelos participantes do processo) devem ser ativamente buscadas e analisadas. Isso nos levaria, por sua vez, à discussão do problema de quais grupos, segmentos ou classes sociais seriam beneficiados, e quais seriam prejudicados por um determinado entendimento da doença mental e pelas ações postas em prática para tratá-la."[1099]

Podendo ser acrescentado a esse balanço atuarial a questão econômica, mote principal do lançamento contábil que se enquadrará na coluna dos anormais - *e, para usar uma classificação civilística* -, imóveis para os efeitos legais, ou na dos normais, meros semoventes e, portanto, úteis ao mercado de trabalho.

Marionete entre as exigências da cultura e da natureza, o homem ao longo do tempo precisou equacionar umas e outras sob pena de ser reputado louco.[1100] Sendo que esse equacionamento exigiu um constante reequilíbrio no sentido de ele se adequar menos às normas naturais, aproximando-se cada vez mais das culturais de seu tempo, pois sua anacronicidade ou ucronicidade - é dizer, sua *"demora cultural", no dizer de* OGBURN -, o enlouqueceria, ao menos aos olhos da sociedade, ansiosa em utilizar o homem miserável, embora normal e culturalmente atualizado.[1101]

Se bem que, ainda que veladamente, *ab initio*, e ainda hoje pela Igreja e, mais tarde, também pelo Estado burguês já havia, estatisticamente, mediante um conhecimento anotado e anotável, uma técnica de controle diretamente populacional, e, indiretamente econômico por meio do registro dos nascimentos, batismos e óbitos[1102] em que, com o apoio do saber, podia-

---

que, apesar de criada por médicos, é influenciada pelos interesses do sistema social (o que é o mesmo que dizer interesses das classes sociais dominantes), que poderiam ser afetados de alguma forma pela conduta desviante de pessoas que se recusam, por exemplo, a cumprir 'adequadamente' seus papéis sociais, não importando se a recusa é um protesto ou uma incapacidade."

[1098] PEREIRA, José Carlos de M. *A explicação...,* p. 139: "Pessoas e grupos sociais, ao terem seu comportamento desviante devidamente rotulado, identificado e explicado por uma instituição técnica afeita a essa tarefa, acabam recebendo uma pecha que os desclassifica como interlocutores válidos: a de marginas e insensatos. Seu discurso, e principalmente seu comportamento, são avaliados superficialmente ou mesmo negativamente, dando-se a eles uma atenção e significado diferentes daqueles que usualmente seriam atribuídos a pessoas tidas como normais. Porém, e nessa mesma linha de raciocinio, a direção do doente mental pelo médico constituiria (teria por função) uma tentativa, por parte deste, de introduzir no universo mental (e moral) daquele as normas e valores sociais vigentes na subcultura dominante (identificada com 'a cultura'). Em qualquer nível de atuação, as táticas instrumentais utilizadas pela instituição psiquiátrica visariam, em última instância, no dizer de BIRMAN, transformar o alienado mental, no período que estudo, pelo menos em sujeito-das-normas."

[1099] PEREIRA, José Carlos de M. *A explicação...,* p. 137.

[1100] BIRMAN, Joel. *A psiquiatria...,* p. 152 *apud* PEREIRA, José Carlos de M. *A explicação...,* pp. 133-134.

[1101] BIRMAN, Joel. *A psiquiatria...,* pp. 240-241 *apud* PEREIRA, José Carlos de M. *A explicação...,* p. 134.

[1102] ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias...,* p. 239.

se transformar o (*in*)transformável[1103] porquanto, em verdade, apenas o impróprio e imprestável é que deveria submeter-se a um procedimento de mudança.[1104] Com a chegada do legalismo, ou melhor, de um certo positivismo - *e sua boa acolhida, "justamente por esse repouso que permite ao espírito as definições irresistíveis e imperativas do sistema de* COMTE*"*[1105] -, e consequente saída, ainda que pela porta dos fundos - *que dá acesso a um novo cômodo desapegado nesse novo ambiente social* -, dos castigos[1106], assumiu a polícia médica[1107] - *visto que o Estado não podia, descaradamente, violar as liberdades individuais, ancoradas na ideologia liberal*[1108] -, a função[1109] ordenadora, é dizer, higienizadora e profilática dessa nova classe de desajustados à economia nascente, cabendo sua terapêutica às instituições totais como os asilos, manicômios, penitenciárias *et reliqua*[1110], naquilo que "FOUCAULT chamou de 'grande confinamento'."[1111]

Ainda quanto à dita loucura, a não facilidade contrafática de refutação ou comprovação - *empiricamente menos difícil que na frenologia* -, pelo leigo, do acometimento de uma doença mental - *provavelmente em razão de a morbidez que acomete o cérebro estar encerrada em uma caixa óssea inacessível, além da, muita vez, invisibilidade dos sintomas daquela* -, escancarava os portões para a entrada, nessa categoria, desde pequenas perturbações até desatinos efêmeros, tudo ao sabor da conveniência do discurso médico e, de corolário, dos "métodos das ciências naturais e do que será o 'positivismo'"[1112] - *que, em terras de cá, enebriavam-se por um "racismo científico" que enxergava, por razões históricas coetâneas à adoção da etiqueta de classes perigosas, sobretudo nos afro-*

[1103] Embora ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias...,* na passagem da página 239 para a 240, nos diga, que: "O saber, a ciência ilustrada e a desse século de invenções aproximava-se cada vez mais da tecnologia, pois se trataria de um saber para transformar."; nesta mesma página revela, que: "Como se observa, havia, nessa intervenção estatal, mais intenção conservadora do que intenção transformadora."; todavia, ao final, elucida seu pensamento: "Para mudar algo com o objetivo final de que o importante não deve ser modificado."; de sorte que, em verdade, o que há é um relato, pelo autor, do diálogo entre conservadores e progressistas. Daí, a dubiedade da palavra acima.

[1104] ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias...,* p. 240.

[1105] HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes...,* p. 158: "Para seus adeptos, a grandeza, a importância desse sistema prende-se exatamente à sua capacidade de resistir à fluidez e à mobilidade da vida."

[1106] ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias...,* p. 247: "...na realidade também se aplicará sobre o qualificado de louco uma tarefa disciplinar que continuará mantendo traços em comum com a das orientações filantrópicas dos castigados."

[1107] Sobre essa instituição e suas funções, veja ROSEN, George. *Da polícia médica à medicina social*: ensaios sobre a história da assistência médica. Rio de Janeiro: Graal, 1979, *passim*. Ainda, MACHADO, Roberto *et alii*. *Danação...,* p. 167 *apud* COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...,* pp. 32-33, nota 10: "'Polícia médica passa a ser definida como o conjunto de teorias, políticas e práticas que se aplicam à saúde e bem-estar da população, dizendo respeito a: procriação, bem-estar da mãe e criança, prevenção de acidentes, controle e prevenção de epidemias, organização de estatísticas, esclarecimento do povo em termos de saúde, garantia de cuidados médicos, organização da profissão médica, combate ao charlatanismo (...) É na obra de JOHANN PETER FRANK, publicada de 1799 a 1817, que o conceito de polícia médica aparece sistematizado com maior precisão. Pode-se ver como a sociedade como um todo se torna passível de regulamentação médica, que a saúde passa a ser problema social. Daí a necessidade de autoridades constituídas para agir no sentido de preservá-las (...)' A medicina, integrada no Estado, adquire estatuto social ao fazer da sociedade seu objetivo. A polícia médica é sua expressão."

[1108] COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...,* p. 51.

[1109] Sobre as funções da polícia médica, veja ROSEN, George. *Da polícia médica à medicina social*: ensaios sobre a história da assistência médica. Rio de Janeiro: Graal, 1979, *passim.*

[1110] ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias...,* p. 238.

[1111] FOUCAULT, Paul-Michel. *História da loucura*: na idade clássica. *In* estudos. São Paulo: Perspectiva, 2008, n° 61, p. 45 e seguintes *apud* ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias...,* p. 238.

[1112] ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias...,* p. 248, e p. 249: "Todo delito seria definitivamente um fenômeno patológico, causado pela interação de fatores biológicos hereditários e sociológicos ambientais. Isso se relaciona, evidentemente, com o positivismo criminológico, presente particularmente em um livro posterior, *Sobre a formação de tipos,* de 1864."

descendentes, alvos preferenciais da suspeição a partir de 1888, em razão da perda de controle, outrora voltado à acumulação de riqueza do proprietário sobre o (ex)escravo[1113]*, "'hábitos condenáveis' na sua maneira de morar, vestir, trabalhar, se divertir e curar"*[1114]*, entendendo isso como algo congênito e inerente àqueles, certamente em razão da observação de* MURILO DE CARVALHO*, de que "diziam os positivistas*[1115] *que os mortos governavam os vivos, o passado o presente"*[1116]*, numa ressurreição recalcada onde os erros de antes voltariam para atormentar aqueles que só erraram aos olhos dos etiquetadores de ontem e de hoje, porquanto, para ele "a República não produziu correntes ideológicas próprias ou novas visões estéticas", misturando correntes ideológicas já prontas "como o liberalismo e o positivismo", malgrado impulsionando outras, "como o socialismo", e importando outras, "como o anarquismo"*[1117] -, o que justificava, segundo ANITUA, o imenso número de aprisionados, na época, sob aquela justificativa, autografada por uma medicina muito mais policial - *cujo mote era conjugar a ordem social com a saúde pública* -, que preocupada, necessariamente, com a doença e o doente.[1118] De sorte que, a suspeição generalizada foi a parafernália substitutiva encontrada para, mantendo os dispositivos de controle - *outrora dispostos confortavelmente nas mãos de um senhor* -, reestabilizar, agora fora da unidade produtiva, os ganhos de ontem, *ad instar* de uma fetichização da mercadoria[1119], aferível, desde então, com arrimo em caracteres abstratos e impalpáveis, mas sem direito à devolução como nos contratos de venda a contento!

Encarada como uma epidemia, ou melhor, uma endemia - *ainda que grassando apenas na geografia que convinhava à medicina formal-oficial* -, a loucura[1120], em toda generalidade que esse termo encerra, inclusive hoje, mas, considerando-se, sobretudo, o que escreveu GIALLUISI DA SILVA SÁ, ou seja, que "o que a sociedade rejeita é loucura não partilhada, a loucura 'anormal', isto é, aquela que foge à insanidade comum" e que "tantas vezes têm sido classificados de loucos comportamentos que, entretanto, nada mais são do que diferenças culturais não assimiladas e nem admitidas", sendo que, "as definições de loucura variam não só de região para região, como de família para família, em obediência a normas de comportamento que

---

[1113] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...,* p. 23.
[1114] BATISTA, Vera Malaguti. Cuidado..., p. 307.
[1115] HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes...,* p. 159: "No Brasil, os positivistas foram sempre paradoxalmente negadores. Não eram positivos – pode dizer-se -, em nenhum dos sentidos que a essa palavra atribui AUGUSTO COMTE em seu *Discurso sobre o espírito positivo.*"
[1116] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...,* p. 14.
[1117] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...,* pp. 24 e 42.
[1118] ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias...,* p. 238.
[1119] DEBORD, Guy. *A sociedade...,* p. 28: "O princípio do fetichismo da mercadoria, a dominação da sociedade por 'coisas supra-sensíveis embora sensíveis', se realiza completamente no espetáculo, no qual o mundo sensível é substituído por uma seleção de imagens que existe acima dele, e que ao mesmo tempo se fez reconhecer como o sensível por excelência."; veja, ainda, CHALHOUB, Sidney. *Cidade...,* p. 24.
[1120] SÁ, Domingos Bernardo Gialluisi da Silva. Ayahuasca: a consciência da expansão. *In Discursos Sediciosos, Crime, Direito e Sociedade*, 2° semestre 1996, ano 1, n. 2, p. 168: "O que, um dia, foi definido como loucura, absurdo, herético ou fantasioso e, por isso, até condenado à morte e queimado nas fogueiras, hoje integra, muitas vezes, o quadro das ciências ou doutas formulações doutrinárias. ...E somos pródigos em condenar, como loucos, aqueles que percebem o que não atingimos."

acabam por codificar 'a forma corrente de ser louco'", chegando mesmo a observar "MARIA JOSÉ DE QUEIROZ, acrescentando que para MICHEL FOUCAULT, 'cada cultura faz da doença uma imagem cujo perfil é desenhado pelo conjunto das virtualidades antropológicas que ela negligencia ou que reprime'; e conclui: 'há, em toda parte, a maneira conveniente ou aceitável de ser louco'"[1121]; a loucura, estava sendo dito acima, promovia a transmissão da exceção para a regra, onde a polícia médica, a todo instante, e sob qualquer indício intervinha a fim de restaurar ou manter as ideologias do novo governo.[1122] Daí a passagem, pois repercutiu essencialmente nas teorias da pena, para um defensismo social utilitarista, visto que sob um ângulo de visada não mais contratual aquele que delinque "revela, desse modo, sua natureza associal, isto é, trata-se de uma célula doente dentro do organismo"[1123], merecendo ele, em vez da retribuição, a cura ou, o que é pior, a eliminação[1124] mediante uma exclusão inclusiva.

Durante o século XIX, portanto, ou melhor, na virada desse para o XX[1125] - *e, consoante VERA MALAGUTI BATISTA, "é neste contexto que surge a ideologia da higiene"*[1126]*, que no início da República transformadora urbana potencializou, ao ver de MURILO DE CARVALHO, "os velhos problemas de abastecimento de água, de saneamento", culminando no "mais violento surto de epidemias da história da cidade"*[1127] *fluminense* -, a transcendência de um Estado feudalista para um burguês remeteu a densidade populacional existente no campo para os, em razão disso, grandes centros, ocasionando, de corolário, também, um aumento demográfico nesses que passaram a ser uma única e grande instituição total aberta - *mas, não desvigiada* -, de concentração[1128] que, aliada ao entendimento da sociedade como um organismo vivo, diga-se ao passar, mas também doente - *e, com efeito, primeiramente exigente de controle*[1129] -, podia ser tratada seja mediante a cura ou a eliminação do indivíduo doente, seja mediante a cura de todo o organismo - *sujeito, perigosamente, a um contágio por todos aqueles desfavorecidos economicamente*[1130] -, e isso só podia, em uma união necessária, irreversível e indelével entre saber e poder, obviamente, ser feito pelos únicos competentes à época, quais sendo, os médicos que disciplinando os espaços públicos e particulares, à laia de reorganizar o organismo, higienizavam-no[1131], quando, em verdade, a programação

---

[1121] Interpolando QUEIROZ, Maria José de. *A literatura alucinada*. Rio de Janeiro: Atheneu, p. 71 *apud* SÁ, Domingos Bernardo Gialluisi da Silva. *Derecho...,* p. 161.
[1122] ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias...,* p. 239.
[1123] ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias...,* p. 242.
[1124] ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias...,* p. 242.
[1125] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...,* p. 36.
[1126] BATISTA, Vera Malaguti. Cuidado..., p. 306.
[1127] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...,* p. 19.
[1128] Os mais curiosos que pesquisarem a origem etimológica da palavra "concentração", verão que sua alocação no texto não é debalde.
[1129] ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias...,* p. 244: "Certamente, 'controle' era a palavra-chave deste movimento médico."
[1130] BATISTA, Vera Malaguti. Cuidado..., p. 306.
[1131] ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias...,* p. 242.

higienizadora secundária estava, em última medida, voltada para abastecer um sistema que "precisava criar uma estragégia de repressão contínua fora dos limites da unidade produtiva."[1132]

Esse lugar que acolheria referida repressão contínua seria o hospício, em mais um acasalamento da medicina com agências envolvidas com a questão penal, qual sendo, a polícia, dando no que deu, ou seja, na medicina legal e na psiquiatria.

Pois bem. O acasalamento entre o discurso médico e o penal chegou às bodas de diamante. E a sua lua de mel começou, como visto, logo com um arrombamento, *i. e.,* "o pé-na-porta sanitário", dizem ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA e SLOKAR, fundamentou-se

> "num discurso cujas metáforas foram incorporadas por criminólogos e juristas, na conjuntura favorável da invenção européia das medidas de segurança (as quais no entanto só ingressarão *expressamente* no Direito Penal brasileiro em 1940). Num livro de 1894, VIVEIROS DE CASTRO divulga um pensamento segundo o qual o crime 'é o effeito do *contagio*, transmite-se como um micróbio'"[1133],

quiçá o "micróbio da pândega", de que nos fala MURILO DE CARVALHO[1134].

Continuando, dizem ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA e SLOKAR que,

> "dois anos mais tarde, o futuro chefe de polícia, AURELINO LEAL, daria a lume seu *Germens do Crime*; um oficial superior do Exército publicava em 1926, na edição inaugural da Revista Policial, artigo intitulado *O micróbio do crime*. Como esses transportes são geralmente recíprocos, um médico contemporâneo daquele oficial - a expressão higiene mental entrava em moda -, se preocupava com as taxas de 'incapazes, de mendigos[1135], de criminosos, de anormais de todo gênero que dificultam e oneram, pesadamente, a parte sã e produtiva da sociedade'.[1136, 1137] A intervenção higienista, que das casas e quintais[1138] do 'bota abaixo',[1139, 1140, 1141]

[1132] BATISTA, Vera Malaguti. Cuidado..., p. 306.

[1133] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...,* v. I, p. 443.

[1134] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...,* p. 28.

[1135] ENGEL, Magali. *Meretrizes...,* p. 28: "O aviltamento da idéia de *trabalho*, relacionado ao caráter escravista da sociedade colonial, bem como o traço agroexportador da economia, conferem especificidade e abrangência ao significado das expressões *vadio* e *vadiagem*, que serviam para designar todo o universo de atividades que se situavam fora da estrutura básica da produção colonial. Assim, o controle dos desclassificados caracterizar-se-ia... pela ambigüidade da ação dos poderes estabelecidos que, ora os concebendo como *ônus*, ora os concebendo como *utilidade*, oscilava entre a repressão, através de mecanismos explicitamente violentos, e a sua utilização em serviços complementares, mas, contudo, essenciais."; foi o que aconteceu, por exemplo, com as prostitutas em Sorocaba, segundo informa *idem,* pp. 28-29: "Em 1771, por exemplo, Dom LUIZ ANTÔNIO DE SOUZA recomendava ao Capitão-Mor JOSÉ DE ALMEIDA LEME a prisão e o desterro das 'mulheres fadistas' existentes em Sorocaba. ...A intenção da punição é clara: de *perturbadoras da ordem*, estas mulheres seriam transformadas em elementos *úteis*, contribuindo para o povoamento de regiões desertas."

[1136] *Ad exemplum,* consulte o que diz ENGEL, Magali. *Meretrizes...,* pp. 100-101: "Apontada como um dos principais núcleos de contaminação da doença física e/ou moral do corpo a prostituição apresenta-se como espaço de reprodução da incapacidade para o trabalho. Degenerando física e moralmente corpos saudáveis, transforma-as em corpos inúteis, socialmente doentes. ...Gerando incapacidade para o *trabalho* e a devastação da *propriedade,* produziria o indivíduo *inútil*, ou seja, *inabilitado* para o exercício da cidadania."

[1137] Advertindo que o médico referido no texto não coincide com o que ora se cita, traz-se à lume os dizeres ofensivos, porém reais, deste, sendo ele SILVA, Manoel Vieira da. *Reflexões sobre alguns dos meios propostos por mais conducentes para melhorar o clima da cidade do Rio de Janeiro, in* SILVA, Manoel Vieira da; PEIXOTO, Domingos Ribeiro dos Guimarães. *A saúde...,* p. 78: "Deixando aos homens de literatura as mais convincentes respostas a semelhantes argumentos, dizemos só a bem da sociedade, juntando ao que fica dito: que se os pretos fossem mais caros, não haveria tanta gente miserável no Brasil, que apenas por si, ou por outros, chegou a possuir um preto, ou dois, roubou-se todo o outro meio de indústria, vive unicamente do trabalho daqueles miseráveis, entregando-se a uma vida ociosa, que se deve considerar a mais carinhosa mãe dos vícios; e daqui se segue, que no estado de doença os miseráveis pretos morrem à míngua de alimentos e medicamentos, porque, cessando os lucros deles, cessam as possibilidades dos donos."

> modernizador[1142] se deslocara para os próprios corpos, na revolta da Vacina[1143], invadia agora a subjetividade pelos caminhos da 'degenerescência'[1144, 1145] e da 'higiene mental'; para a viabilização política deste percurso, foi preciso que ela houvesse chegado à teoria da pena. No livro de um dos fundadores da escola de Polícia do Rio, GIZLENE NEDER percebe essa chegada: 'no lugar do castigo, remédios'.[1146] Este saber médico, que influencia cada vez mais as decisões judiciais criminais, e mesmo na prática decide diretamente uma parcela dos casos (inimputáveis por doença mental), se acasalará clinicamente com a técnica policial"[1147]

- *inclusive utilizando, ambos, o mesmo discurso técnico-simbólico, favorável a todos*[1148] -,

---

[1138] Que de espaços de "ordem", bem policiados e ordenados, na ruptura do vigilantismo proposta por COLQUHOUN, em seu *A Treatise on the Police of the Metropolis*, passaram, evidentemente, a espaços de "ordenação", obviamente, sem perda do policiamento, deslocado, agora, aos higienistas. Sobre as idéias de COLQUHOUN, veja NEDER, Gizlene. Absolutismo..., p. 205.

[1139] MOACYR SCLIAR, em introdução à reedição de opúsculos sobre medicina publicados na época em que D. João este no Rio de Janeiro, *in* SILVA, Manoel Vieira da; PEIXOTO, Domingos Ribeiro dos Guimarães. *A saúde...*, p. 21: "Feitas as condições gerais, o médico analisa o caso particular do Rio de Janeiro, cuja topografia considera desastrosa: 'Huma immensidade prodigiosa de serras empinadas e horrorosas o cercão por todos os lados.' Como VIEIRA DA SILVA, considera particularmente nocivo o Morro do Castelo, que barra o caminho dos ventos e represa a água da chuva (mais um argumento a favor da destruição do morro, que depois viria a acontecer). Os cursos d'água são poluídos; os prédios, mal construídos, as ruas, estreitas; as 'immundicias' estão por toda parte. Parece que GUIMARÃES PEIXOTO preparava o terreno para o 'bota-abaixo', a reforma urbana que PEREIRA PASSOS, com base no que fizera o Barão HAUSSMANN em Paris, levaria a cabo algumas décadas depois."

[1140] SILVA, Manoel Vieira da. *Reflexões sobre alguns dos meios propostos por mais conducentes para melhorar o clima da cidade do Rio de Janeiro, in* SILVA, Manoel Vieira da; PEIXOTO, Domingos Ribeiro dos Guimarães. *A saúde...*, pp. 71 a 79: "O Morro do Castelo será tão prejudicial à cidade como até agora se tem suposto! Deverá entrar no plano da polícia do Rio de Janeiro a sua demolição? ...Temos demonstrado que a atmosfera própria desta cidade e o Morro do Castelo, considerados isoladamente, são por si muito débeis obstáculos à saúde pública; ver-se-á agora a grande força que adquirem na sua reunião as outras grandes causas. ...As águas estagnadas adquiriram pelas continuadas observações de todos os tempos o principal lugar entre as causas da insalubridade de qualquer local; é logo para lastimar que o homem observador entrando nesta Cidade a descubra por todos os lados cercada de lugares pantanosos. Nós sabemos que ali estão em digestão e dissolução substâncias animais, e vegetais, as quais, na presença dos grandes calores, entrando em putrefação, dão origem a pestíferos gases, que devem levar a todos os viventes os preliminares da morte, já pela sua ação imediata na periferia do corpo e na continuação das suas membranas, já pela entrada nos órgãos da respiração. ...É por conseqüência da boa polícia o aterrar todos os lugares pantanosos, o encanar as águas para aquelas valas que se julgarem suficientes ao seu despejo, e que devem participar das alternativas da maré; ...é igualmente certo que a nutrição depende da boa dissolução dos alimentos, donde se forma o bom quilo; porque, do contrário, segue-se a demora de substâncias degeneradas no estômago, de que se seguem as doenças que mais reinam na cidade...."

[1141] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...*, p. 40: "As reformas tiveram como um dos efeitos a redução da promiscuidade social em que vivia a população da cidade, especialmente no centro. A população que se comprimia nas áreas afetadas pelo bota-abaixo de PEREIRA PASSOS teve ou de apertar-se mais no que ficou intocado, ou de subir os morros adjacentes, ou de deslocar-se para a Cidade Nova e para os subúrbios da Central."

[1142] NEDER, Gizlene. Absolutismo..., p. 204: "Na passagem à modernidade temos um deslocamento do controle social que era realizado dentro da própria unidade de produção (o feudo/o engenho/ou a fazenda de café) que passa a ser exercido pelo Estado. O panoptismo passa a ter, portanto, uma forma mais difusa de organização e exercício de prática política"

[1143] CHALHOUB, Sidney. Medo..., p. 187: "A luta entre estes modos diferentes de viver a vida deu-se nas ruas, e a revolta da vacina em 1904 pode ter sido o último grito de protesto da cidade negra clássica - o grito estridente de consciências diferentes, que chamavam apenas por um pouco de tolerância."

[1144] Sobre os caminhos da degenerescência no Brasil, veja SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo...*, pp. 46 e 56-57.

[1145] ENGEL, Magali. *Meretrizes...*, p. 15: "...assistimos, hoje, à transformação da AIDS num instrumento de controle da sexualidade não menos sutil, nem tão distinto da sífilis, que vigorou durante o século XIX e princípios do XX. Não é, pois, de se estranhar que, em 1987, o delegado aposentado, TELES DE MENEZES, inspirado nas velhas propostas de regulamentação sanitária da prostituição - formuladas por médicos e chefes de polícia no século passado -, apresente um projeto para retirar '...todas as prostitutas da Boca do Lixo (SP) e colocá-las numa área cercada e identificá-las por número, com a presença de policiais."; outrossim, BRETAS, Marcos Luiz. O informal..., p. 221: "...esta parece ser a atitude comum da polícia em relação a prostitutas, constrangê-las a mudar-se para outra área, de preferência as zonas de tolerância."

[1146] CAIRUS, Henrique F.; RIBEIRO JÚNIOR, Wilson A. *Textos hipocráticos*: o doente, o médico e a doença. coleção história e saúde, clássicos e fontes. Rio de Janeiro: Fiocruz. 2005, p. 71, nt. 114: "Mesmo que se considere que o termo 'remédio' é semanticamente mais abrangente do que a palavra 'medicamento', a proximidade, em nosso vernáculo, entre esses vocábulos, leva-me a considerar a ênfase no fato de se tratar de um procedimento terapêutico em sua íntegra, e não somente na aplicação de um medicamento."

[1147] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...*, v. I, pp. 443-444.

[1148] CHALHOUB, Sidney. *Cidade...*, p. 37: "Em primeiro lugar, as autoridades policiais utilizam uma retórica semelhante à dos higienistas, e clamam por ação contra a suposta imundície de um cortiço e o despejo irregular de lixo. Esse tipo de

> "num lugar arquitetônico especial: o anfiteatro dos institutos de medicina legal[1149], na superação da luta por poder travada entre a academia e as repartições médico-policiais, segundo um modelo que NINA RODRIGUES implantaria na Bahia e AFRÂNIO PEIXOTO aplicaria no Rio. Bastem-nos tais notas para a compreensão dessas trocas, que edificaram o manicômio judiciário[1150]; que ainda hoje perduram, se já não nos salões nobres das universidades, onde viveram, certamente nos obscuros laudos que cotidianamente orientam o poder punitivo; que prestamente acorreram à épica moderna da eletricidade para inventar as terapias de eletrochoque, da eletrotortura e - no país das grandes empresas e da pesquisa científica -, da cadeira elétrica."[1151]

Na sua concepção moral - *com certeza a mais perseguida*[1152] -, talvez pela confusão com uma tentativa de higienização mental, melhor dizendo, de estandardização burguesa, pois tudo aquilo que refugisse do modelo moral burguês, reputado normal, seria considerado anormal, imoral, incível ou doente[1153], atingiram os higienistas a penologia que não se limitava apenas a propor o encarceramento do preso "num lugar isolado para que se 'curasse' mediante a moralização"[1154] - *servindo a casa, no caso das prostitutas, como padrão de instituição total de sequestro* -, copiando, desfaçatadamente, aspectos ideológicos e arquitetônicos das instituições totais religiosas já conhecidas à época, que também excluíam pelo confinamento. Por outro lado, como não era impossível que uns poucos membros da burguesia fossem acometidos por malefícios físicos ou morais - *noticiando a passagem da invulnerabilidade*[1155] *para uma vulnerabilidade, ainda que provisória* -, as instituições totais nosocomiais foram divididas em aquelas destinadas a alienados, cuja periculosidade indissociável lançava-os em espaços pouco distintos das prisões, e aquelas dirigidas àqueles burgueses, ditas "'balneários' de cura"[1156], tentativa infeliz, já naquele tempo de, simbolicamente, demonstrar à massa hostilizada que a igualdade burguesa não era somente formal, senão, também material, ou seja, de que não há um bode expiatório, senão, todo um rebanho expiado![1157]

---

procedimento se acentuará a partir da década de 1870; na verdade, higienistas e autoridades policiais estarão quase sempre do mesmo lado da trincheira...."

[1149] SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo...,* p. 209: "A partir de inícios deste século [XX], os ensaios sobre medicina legal tornam-se constantes. Neles, o objeto privilegiado não é mais a doença ou o crime, mas o criminoso. Abandona-se o vocabulário estrito da medicina, para alcançar um linguajar que mais se aproxima da fala policial e dos discursos dos juízes de direito."

[1150] SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo...,* p. 218: "...oficializados... durante o Estado Novo."

[1151] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...,* v. I, p. 444.

[1152] ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias...,* p. 244: "O higienismo sempre esteve impregnado de uma intenção moralizadora, mediante a qual seriam impostos modelos 'corretos' de sexualidade e de vida cotidiana, uma das partes mais evidentes dos seus objetivos."

[1153] ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias...,* p. 245.

[1154] ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias...,* p. 244.

[1155] Engraçado que, na lição de CESARE LOMBROSO, a invulnerabilidade constava dos "elementos physiologicos" mediante os quais se podia, objetivamente, prever o tipo físico do criminoso. Para tanto, veja SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo...,* p. 166.

[1156] ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias...,* pp. 245-246.

[1157] Sobre o bode expiatório, veja ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...,* v. I, pp. 54-55.

2.8 Absolvidos e bem pagos[1158], e, ainda, seletivos?

Temporalmente,

> "se a discussão sobre a higiene pública (que implicava uma grande atuação médica no dia-a-dia das populações contaminadas por moléstias infecto-contagiosas) mobiliza boa parte das atenções até os anos 1880, nos anos 1890 será a vez da medicina legal, com a nova figura do perito - que ao lado da polícia explica a criminalidade e determina a loucura -, para nos anos 1930 ceder lugar ao 'eugenista', que passa a separar a população enferma da sã."[1159]

Depois disso, surge um novo momento, aquele em que, conforme SCHWARCZ, "é hora de voltar às clínicas [e] abrir mão dos projetos de maior inserção social." Com efeito, continua ela, esse "novo momento parecia marcar o final da figura do médico missionário, obstinado pela 'cura da nação'; [pois] sanadas [estavam] as grandes epidemias que molestavam a população [e] oficializados a medicina legal e os manicônios judiciários durante o Estado Novo."[1160] Todavia, deve-se ser prudente em não encerrar em invólucros temporais estanques as fases referidas, porquanto, junto novamente com SCHWARCZ,

> "não se pode dizer... que essa interpretação médica da sociedade tenha desaparecido, assim como certa atitude altiva e auto-suficiente, descendente das vitórias do início do século. Ainda em 1929, MIGUEL COUTO - presidente da Academia Nacional de Medicina e professor emérito da escola carioca -, defendia no Primeiro Congresso Brasileiro de Eugenia a tese de que a mistura racial levaria à degeneração nacional. Seriam também os cientistas dessa faculdade que, aliados aos profissionais de saúde da escola baiana, em 1933, já na era Vargas, fundariam na capital federal o primeiro instituto de identificação nacional, sob a responsabilidade do perito LEONÍDIO RIBEIRO."[1161]

"Dessa forma", continua SCHWARCZ,

> "se de um lado é possível perceber - assim como nos demais estabelecimentos -, a crítica aos modelos raciais e deterministas de análise social que 'de há muito não fazem mais fiéis entre os profissionais médicos' (BM, 1930:102), de outro lado permanece certa postura intervencionista, herdeira dos modelos científicos da virada do século. Os médicos... continuarão a se reconhecer em sua missão salvadora, a enaltecer a oportunidade de sua atuação. De fato, pensar a sociedade como se pensava o indivíduo, fazer dela um grande hospital será ainda, nos anos 30, grande fonte de inspiração."[1162]

Se, antanho, o discurso médico se difundia com o adjetivo da imprescindibilidade, hoje sua retórica, seu público e seu espaço não são diferentes. Ainda é possível falar de uma higienização étnica e racial. Naquela, na vertente de uma etnogenia pura, enquanto nessa, também. Uma e outra buscando, quando menos, purificar o povo, ainda que miscigenado como o nosso, ou depurar a raça, indecifrável como a brasileira. Tem servido a esse propagandeado, ainda que veladamente, escopo, a genética mediante as seletivas células-troncos, extraídas de indivíduos, exclusivamente, sãos - *sendo, portanto, inservíveis os defeituosos,*

[1158] Esse subtítulo é uma paródia à satírica obra de BATISTA, Nilo. *Punidos e mal pagos*: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje. Rio de Janeiro: Revan, 1990.
[1159] SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo...*, p. 190.
[1160] SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo...*, p. 218.
[1161] SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo...*, p. 235.
[1162] SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo...*, p. 235.

mesmo que minimamente -, e, outrossim, mediante a possibilidade, luxuriosamente vaidosa, de escolha do sexo, da cor da pele, da dos olhos *etc.,* do nascível, com o consequente descarte dos embriões *démodés*, controlando e dirigindo a natalidade para um futuro alvinitente[1163], inclusive, ainda que indiretamente, "lançando mão de estratégias compulsórias de esterilização."[1164] Seletividade, portanto, que descarta, *in fieri,* todos aqueles que se acomodam no modelo rococó, inaceitável em uma sociedade, agora americanizada, onde a pele branca, os cabelos louros e os olhos azuis ditam a moda intraindumentária.

De sobra, há ainda a medicina coletiva explorada pelos planos de saúde que coletivizam apenas os dispostos, ou melhor, os que podem custear as escusas do peso de um serviço estatal cuja omissão é suprida pelo setor privado, em mais uma daquelas brechas que o discurso, no caso o médico, aproveita para pedir a palavra. Sobre esses, cabe aqui um aparte esclarecedor vindo de MEDEIROS PEREIRA:

> "O que ocorre é que formas de organização, externamente semelhantes, podem produzir resultados bastante diferentes. No caso da medicina institucionalizada, esses resultados são benéficos ou negativos para o paciente, dependendo das conexões de sentido e da prioridade quanto aos objetivos visados pelos participantes da relação social. A medicina institucionalizada estatal e a capitalista, por exemplo, certamente divergem quanto a uma coisa e outra. No caso específico das empresas capitalistas de prestação de serviços médicos, torna-se patente o objetivo econômico da atividade. Enquanto, em se tratando de profissionais autônomos, pode-se dar um significado elevado à atividade prosaica de ganhar a vida, sacralizando-a, a atenção médica levada a cabo por intermédio delas despe-se da aura do sagrado. De qualquer forma, esse tipo de empresa apresenta características específicas, quando comparada às demais empresas capitalistas. Uma dessas características é que, dada a monopolização legal da assistência médica pelos médicos, as empresas do setor só podem trabalhar usando essa mão de obra. Outra característica diferencial diz respeito à necessidade de se ajustarem às normas de outra esfera social (a médica), e não apenas às da ordem econômica. Ou seja, as organizações estão limitadas legalmente quanto ao modo de exercerem sua atividade e de buscarem lucros. Assim, quando intentamos compreender de um modo atual o sentido das ações realizadas por meio delas, notamos que é o de prestar assistência à saúde, aparentemene de acordo com os cânones da ordem médica. Só quando procuramos compreender os motivos dessas ações, verificando sua conexão de sentido, é que percebemos que a obediência às normas da ordem médica (e que dá a essas ações a possibilidade de serem examinadas da perspectiva sociomédica) visa a outros objetivos, integrando-se nos processos sociais de natureza econômica. Médicos de empresas médicas buscam salários, e elas têm como fim a obtenção de lucros. Ambos, contudo, estão limitados tanto pelo conteúdo de sentido da ordem médica como pela citada monopolização legal. No caso desses médicos assalariados, eles são colocados diante de uma situação contraditória: a de terem, na mesma ação social, de obedecer a concepções diferentes de ordem que dificilmente podem ser integradas, isto é, a médica e a econômica. Frequentemente, ver-se-ão obrigados a prestar obediência antes à segunda do que à primeira, se bem que a própria consecução dos objetivos econômicos exija um mínimo de ajuste entre as duas esferas. A contradição apontada fica patente se considerarmos que o objetivo primordial de uma empresa capitalista, voltada para a prestação da assistência médica, é o mesmo que de qualquer outra empresa: a obtenção do maior lucro possível. Não importa que suas atividades (econômicas) estejam se realizando num setor diferente daqueles em que atua a maioria das demais (que se caracterizam por estarem quase sempre integralmente inseridas na ordem econômica). Nessas condições, é de se supor que os pacientes que lhe são encaminhados não sejam necessariamente tratados segundo normas estritamente médicas. Nada nos pode garantir, desde que haja possibilidade de maior lucro (quando a empresa é retribuída pelo número

[1163] COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...,* p. 213: "Um dos objetivos do repovoamento do Brasil foi, por conseguinte, o de tentar criar uma população racial e socialmente identificada com a camada branca dominante. O controle familiar da higiene inseriu-se nesta política populacionista. Os médicos higienistas, através da disciplina do físico, do intelecto, da moral e da sexualidade visavam a multiplicar os indivíduos brancos politicamente adeptos da ideologia nacionalista."

[1164] Citando RENATO KEHL, STEPAN, Nancy. *The hour f eugenics*: Race, gender, and nation in Latin America. Ithaca: Cornell University, p. 158 *apud* SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo...,* p. 234.

> de atos médicos praticados), que esses pacientes não 'sofram' assistência excessiva de seus médicos assalariados (em termos de tempo e de atos médicos). Porém, se o contrato for por captação (ou seja, se a empresa recebe por pessoa vinculada a ela e não por atos médicos), é possível que o paciente, sofrendo dos mesmos padecimentos, seja devolvido às suas atividades normais mais rapidamente que o tempo medicamente desejável. Em ambos os casos, considerando-se o objetivo primordial da empresa, serviços médicos que não lhe rendam algo deixariam de ser realizados; inversamente, outros que pouco proveito trariam ao paciente, o seriam. A assistência médica proporcionada pode não ser, por vezes, mais que o objeto sobre o qual se atua para que se produzam lucros. Haveria, conforme o caso, aumento ou diminuição do número de atos médicos em relação ao ideal. Consequentemente, seriam deturpados os ideais da medicina. No entanto, essas empresas, se forem racionalmente dirigidas, não poderão afastar-se, exageradamente, desses ideais, porque as ações levadas a cabo terão de se ajustar (ainda que em grau variável) aos valores sociais correspondentes à esfera médica. Ou seja, como quaisquer outras, terão de procurar atingir seus fins econômicos usando meios que não divirjam acentuadamente daqueles socialmente aceitáveis. Mais ainda: como as demais, elas teriam de atuar de modo que suas ações do presente não repercutam negativamente sobre a possibilidade futura de continuarem a alcançar seus fins econômicos. Assim, na verdade, a própria necessidade de esse tipo de empresa manter uma situação favorável à consecução desses fins acaba se constituindo, talvez, no principal fator responsável pela sua obediência aos modelos de conduta próprios à ordem médica."[1165]

Aparte esse que tem a eloquência imposta pela própria necessidade, mas que socorre apenas alguns, porquanto, entre mortos e feridos, nem sempre se salvam todos. Métodos, outrossim, todos esses, excludentes, seletivos e confinantes, sobretudo pela dificuldade enfrentada ao migrar-se de um plano para outro, e pela dificuldade inconteste em, a despeito da contratual aderência - *literalmente, malgrado o disposto no artigo 51, na Lei n° 8.078, de 11 de setembro de 1990, vulgarmente conhecida como Código de Defesa do Consumidor* -, conseguir merecer do contratado uma atenção condizente com as cláusulas apregoadas no instrumento quando da sua propaganda e assinatura.

Ao final, invadiram os médicos a própria sexualidade, seja na condução da escolha do sexo do nascituro, seja na opção sexual dos homens e mulheres, condenando-os, inclusive - *e, porque esse alcunhado desvio é desinteressante aos interesses dos discursos, porquanto revela sua fragilidade em domesticar e adestrar os dominados* -, ao estigma de doentes que precisavam não só de medicamentos, senão, também, de educação mais rígida e controladora.[1166]

De maneira que, com o surgimento, posterior reconhecimento, aquisição e, ou, atribuição de poder e sedutora remuneração do ofício de facultativo, a medicina ganhou proporções penais preocupantes. Primeiro, por conta da obsolescência da medicina de então - *vindo a calhar, hoje, a defesa genérica do "erro profissional" que a justifica como perfeitamente plausível em consideração ao parco desenvolvimento da própria ciência médica, e acentuadamente obviada quando cotejada com a conjuntura mórbida atual, tipologicamente imensurável* -, e da inabilidade pessoal de alguns dos

---

[1165] PEREIRA, José Carlos de M. *A explicação...,* pp. 187 a 189.

[1166] COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...,* pp. 248-249: "A medicalização do homossexual obedecia à mesma tática coercitiva do comportamento de celibatários e libertinos. Com uma vantagem: a de poder ser extrapolada e servir de incentivo à domesticação da infância. Apresentando os homossexuais como 'infames' e afirmando que seu contingente era enorme e tendia a crescer, a higiene obtinha das famílias a adesão aos seus programas de educação infantil. Por meios semelhantes, buscava controlar medicamente a sexualidade adulta do homem, imputando à sífilis e às prostitutas a culpa pelo surgimento do homossexualismo."

seus intervenientes[1167], que, visando à cura, finalidade naturalmente aguardada[1168], quase sempre promoviam a piora da morbidade e, não poucas vezes, o óbito do paciente. Depois, e malgrado o avanço tecnológico que hoje nos espanta sem licença[1169], tem-se observado, não vezes raras, uma acentuada perda da qualidade de alguns dos agentes de repetição ideológica - *médicos* -, com o consequente aumento de insatisfações de alguns dos agentes de recebimento ideológico - *clientes-consumidores-pacientes* -, advindo, quando em vez, ora de uma reduzida[1170], mas significativa indiferença - *por motivos de natureza vária*[1171] -, dos profissionais da medicina para com o cliente-consumidor-paciente e para com o seu próprio aperfeiçoamento técnico, quando a culpa não é, exclusiva, ou, concorrentemente, das monopolizadoras agências de reprodução ideológica[1172] - *Universidades*[1173]-, ora de uma maior reivindicação do cliente-

[1167] MONTANELLI, Norberto. *Responsabilidad...*, p. 21: "*Quizás la mala praxis de mayor antiguedad sobre la que se haya tenido noticia, sea la del emperador Napoleón Bonaparte, qien como General victorioso llegó a dominar la mayor parte de Europa. Pues bien, su deceso el 5 de mayo de 1821 en la prisión de la isla de Elba, terminó con su vida y una larga enfermedad teñida de versiones históricas de conspiraciones para asesinarlo por medio del arsénico. A la fecha, un riguroso estudio publicado en la prestigiosa revista New Scientist, asegura que Napoleón murió a causa de los médicos que lo atendieron, quienes para aliviarlo de los fortíssimos dolores estomacales que sufría, lo sometieron a severas y múltiples purgas. Además, el famoso arsénico encontrado en los cabellos del insigne militar francés (que alimentó variadas tesis respecto a su asesinato) se debió a un tónico capilar de la época que lo contenía en bajas dosis.*"

[1168] CHAIA, Rubén A. *Responsabilidad...*, p. 19, nt. 5: "*El enfermo, la familia y la sociedad, en su fuero interno o de modo subconsciente exigen siempre la curación, la devolución a una existencia plena y fructífera que valga la pena ser vivida y les va en ello mucha ilusión, esperanza y expectativa, pero también desesperación, desconcierto, ansiedad, intranquilidad y miedo. Highton, Prueba del daño por mala praxis médica, en Responsabilidad profesional de los médicos, p. 936).*"

[1169] Quase sempre positivamente, conforme denunciam as maravilhosas descobertas médicas recentes.

[1170] Mensurando também nesse *quantum*, porquanto não se tratar da maioria, FERRERES, Alberto R. *El consentimiento informado en la práctica quirúrgica*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2006, p. 13: "*La conciencia de muchos médicos se puso de manifiesto en los juicios por atrocidades luego de la Segunda Guerra Mundial y se inició una corriente internacional en defensa de los derechos humanos. Estos derechos se profundizaron en el campo de la medicina, tanto en la investigación como en el ejercicio clínico.*"

[1171] Alguns, indicados por CHAIA, Rubén A. *Responsabilidad...*, p. 22: "*Podemos afirmar entonces que la combinación de los avances tecnológicos en matéria de salud y los cambios sociales e individuales (tanto en el profesional como en el paciente) han forjado una realidad totalmente distinta e impensada hace unos años, andarivel por el cual necesariamente discure la práctica médica diária.*"

[1172] Com justificativas históricas, PEREIRA, José Carlos de M. *A explicação...*, p. 245: "A defesa dos interesses corporativos era feita pela própria universidade. Por meio do monopólio da reprodução do saber, ela garantia as prerrogativas profissionais dos físicos. De situação bem diferente gozavam os cirurgiões, que 'não dispunham de um organismo coletivo e supra-regional semelhante às universidades'. Seu aprendizado se fazia mediante um relacionamento pessoal e singular, uma vez que 'as universidades não permitiam que os cirurgiões organizassem uma instrução pública'. Ou seja, enquanto o regime pedagógico dos físicos tinha um caráter coletivo e uniforme, o dos cirurgiões fundava-se sobre a prática privada de cada mestre."

[1173] Respondendo, CUMPLIDO, Manuel José. *Responsabilidad profesional del equipo de salud*: manual de información para la buena praxis. Córdoba: Alveroni, 1997, p. 38: "*Ahora hay que preguntarse: ¿las facultades de medicina, cuando forman a los estudiantes, los preparan para afrontar esta situación? La respuesta es no. La crisis de la educación hace que por la gran cantidad de alumnos que cursan medicina la formación no sea lo que realmente debe ser. Los estudiantes egresan sin tener los conocimientos suficientes y luego, cuando empiezan há recorrer el camino de tener que ejercer la profesión, están expuestos a cometer errores que terminam en una demanda. No se les enseña a escribir una historia clínica con letra clara y legible, sin tachas y enmiendas; a asentar permanentemente la evolución del paciente; a poner día y hora de cada consulta, etc., elementos de fundamental importancia para su defensa si algún día tienen la mala suerte de ser demandados. No se les informa que la mejor arma que tiene un médico o integrante del equipo de salud en caso de ser demandado, es una correcta confección de la ficha o historia clínica que lleve de sua paciente. No se les enseña como corresponde todo el capítulo del derecho médico, donde entra entre otros temas, el conocimiento de las leyes nacionales y provinciales que regulan el ejercicio profesional. Tampoco se les informa del derecho de los pacientes, del consentimiento informado, del derecho a rechazar un tratamiento, etc. Esto hace que al violar por desconocimiento estas disposiciones, reconocidas en todos los países avanzados del mundo, se genere una demanda. No se les enseña a desprenderse de la soberbia que muchos médicos tenemos y no queremos reconocer. Eso lleva a hacernos creer que el problema no es para nosotros, que nunca nos va tocar. Tenemos información porque nos enteramos que lo padece el vecino. Actuamos igual que la población frente ao SIDA,*

consumidor-paciente para com o reconhecimento de seus direitos[1174], ora da natureza inexata da medicina[1175], ora da sub-rogação do vetusto médico de família[1176] pelo médico massivo[1177], além da impossibilidade de acompanhar, a passo e passo, toda a evolução das

---

siempre piensa que outro se puede enfermar y él no, entonces no toma las precauciones necesarias para evitarlo, y cuando lo contrajo ya es tarde. En fin, no nos vacuamos a fin de crear los anticuerpos necesarios para luchar contra la enfermedad de la demanda médica. En repetidas oportunidades he dado charlas y conferencias al respecto, y cuál há sido mi sorpresa al ver que el auditorio tenía muchos espacios vacíos, lo que me demostró la indiferencia que existe sobre este problema que afecta a la gran mayoría de los que ejercen la medicina en sus ditintas ramas."

[1174] Quanto a isto, acompanhamos CUMPLIDO, Manuel José. *Responsabilidad...*, pp. 67-68, quando afirma: "*Definición del término: consideramos derechos de los pacientes aquellos que se derivan de los derechos humanos respecto a su dignidade como persona, y a los que surgen de la normativa legal vigente. História del concepto: en la antiguedad clásica, donde primaba una ética marcada por el respecto de la physis, de la naturaleza, el médico aplicaba la ética de la filantropía, cuyo supremo objetivo es el bien del paciente, que éste profesaba en el sentido sacerdotal del término. Princípios clásicos como el de no maleficencia (primun non nocere) han sido guías permanentes desde la medicina hipocrática en la actitud puesta de manifiesto por los médicos para la defensa de los derechos de sus pacientes... Durante 25 siglos este modelo marcó la relación médico-paciente; aquí el médico, aplicando el principio de no maleficencia, indicaba a su paciente qué es lo que debía no hacer, de la misma forma que el padre aconsejava su hijo el buen camino a seguir. Este tipo de relación marcó el modelo paternalista donde el enfermo no tenía ningún tipo de participacíon en el tratamiento seguido para curar su enfermedad. Luego de muchos siglos de aplicación empezó a insinuarse poco a poco, con evolución muy firme, un cambio de este modelo. Se comenzaron a reconocer los derechos civiles del hombre, y luego, con el correr de más años, sus derechos como paciente. Esta evolución, que inicia su comienzo con la revolución francesa, cuando la Asamblea Nacional Francesa reconoce los derechos del hombre y del ciudadano, marca el comienzo del cambio hacia lo que hoy conocemos y aplicamos como principio de autonomía o de libertad del paciente, que le permite tomar decisiones junto con su médico en el proceso terapéutico empleado para tratar su dolencia. Como reacción al paternalismo, el modelo de alternativa, como ya dije, es el de autonomía del enfermo, como ocurre en Estados Unidos. La autonomía de la persona se inscribe aquí en el marco jurídico y social de las libertades individuales. H. T. ENGELHARDT, uno de los teóricos del principio de autonomía en el campo del derecho y de la ética médica, enunció los límites de la referencia moral de la profesión médica sobre la cual se funda el paternalismo "combatido en la sociedad americana en general, caracterizada por el liberalismo radical" (individualismo y Estado mínimo), la multiplicidad de las comunidades (especialmente religiosas) y el valor excesivo de las tecnociencias operatorias eficaces. De esta manera, asistimos actualmente en esse país a una verdadera floración de grupos de pacientes, cada uno ocupado de una enfermedad o síndrome determinado, en los que sobre todo se exhorta cada vez más la participación del paciente en su propio tratamiento. Tal participación implica, por un lado, una negociación que desemboque en una colaboración más estrecha con el médico, lo que el conjunto médico denomina "adhesión del paciente", y por otro lado, el autotratamiento. Esta tramitación constructiva há dado pie a una recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa, el 30 de abril de 1980, em los términos siguientes: "La transición de la sumisión a la cooperación debe ser motivda por razones particulares: la relación que se establece entre enfermos y profesionales debe transformarse en una relación de asociados basada en intercambios recíprocos {...} además convendría acentuar la {...} adopción de una concepción dinámica de la participación del púbico en la protección de la salud y de las enfermedades y a su curación". A partir de los años 60 y como consecuencia de los cambios sociales de posguerra, la defensa de los derechos humanos y las consecuencias del Juicio de Nuremberg, con la aparición de los movimientos reivindicativos de usuarios y abogados, se instala u nuevo modelo de contrato en la relación médico-paciente, que remplaza la relación clásica antes descripta. Comienza en los países anglosajones, inspirados en la filosofia de LOCKE, de MILL, y también en una gran cantidad de trabajos bioéticos basados en el principio de "autonomía de la persona". Aquí es bueno recordar las palavras del español GRACIA GUILLÉN, cuando dice: 'La no malefiencia es una versión del clásico principio de justiça, y las cuestiones de no maleficencia y justicia son previas a la autonomía de las personas'. Este segundo nivel es un principio doble, que es autonomía-beneficencia, porque no se puede hacer el bien a nadie en contra de su voluntad, y por esa razón habría que decir que no hay beneficencia sin autonomía.*"

[1175] CHAIA, Rubén A. *Responsabilidad...*, p. 208, nt. 18: "*Recordemos que la ciencia médica es inexacta por naturaleza, que no existen todas las respuestas a los fenómenos observables, incluso ni siquiera pueden ser observados todos os sucesos que se producen a partir de un acto en el cuerpo humano, ya que la carencia de elementos técnicos, sumado a la lógica ignorancia – que fogonea el progreso –, en la materia, impiden muchas veces ligar certeramente lo sucedido a un acontecimiento. Por otra parte, se suceden acontecimientos extraños, azarosos, únicos y condicionantes, muchas veces ligados a la estructura y composición de cada individuo; por tal motivo, hallar una ley o fórmula actual, única, universal, cierta y utilizable en todo tiempo y lugar, por medio de la cual pueda extraerse un parámetro de medición en cada caso concreto, es una tarea ilusoria. Prueba de ello es que las dudas insolubles del pasado no son más que hechos conocidos en el presente, y muchos hechos ciertos del pasado, no son más que falsedades actuales."*

[1176] A expressão não é nossa, senão, retirada de COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...*, p. 147.

[1177] CUMPLIDO, Manuel José. *Responsabilidad...*, pp. 35-36: "*Sabemos que en estos últimos 20 años se han producido una serie de avances y cambios en las ciencias médicas que prácticamente han modificado fundamentalmente el ejercicio profesional. Esas modificaciones han contribuido a que se produzca una alteración en la relación médico-paciente. Desapareció una figura respetable y respetada por toda la sociedad: el médico de familia. Cuando el médico era llamado para asistir a un enfermo en su domicilio, toda la familia se preparaba para atender-lo. La dueña de casa ponía su hogar de*

infinitas doenças que afligem a humanidade, bem como todas as inovações preventivas e curativas; tudo isso, aliado ao fato da iterativamente desumana condição laboral a que a maioria dos esculápios[1178], compelidamente, têm que se submeter.[1179]

Decepcionando-se e lastimando essa mudança na condução profissional promovida pelo médico, diz RUBEM ALVES, cotejando os efeitos da música no corpo com a atuação do galeno, que "em outros tempos, os médicos e as enfermeiras sabiam disso. Cuidavam dos remédios e das intervenções físicas - bons para o corpo -, mas tratavam de acender a chama misteriosa da alegria; mas essa chama não se acende com poções químicas. Ela se acende magicamente. Precisa da voz, da escuta, do olhar, do toque, do sorriso."[1180] Noticiando, mais tarde, e não sem tristeza - *embora entendendo que a atual condição se compadece com a conjuntura social e econômica do mundo moderno*[1181] -, a transição do médico que, malgrado sempre haver sido e continuar sendo um estranho, antes era cúmplice da dor e do sofrimento humanos e, hoje, passou a estar emocionalmente distante das agruras do paciente e da sua família. Pena que ele, RUBEM ALVES, se veja obrigado a revelar isso mediante uma crônica que, mesmo temperada com sal ático, o que é mais assustador, advém da observação de um certo quadro que adorna uma certa parede, como se o interpretasse, paradoxalmente, *ad instar* de FOUCAULT ao vislumbrar o quadro de RENÉ MAGRITTE[1182]:

> "Ao lado da menina, um estranho, assentado: o médico. Pois o médico não é um estranho? Estranho, sim, pois não pertence ao cotidiano da família. E, no entanto, na hora da luta entre o amor e a morte, é ele que é chamado. O médico medita. Seu cotovelo se apóia sobre o joelho, seu queixo se apóia sobre a mão. Não medita sobre o que fazer. As poções sobre a mesinha revelam que o que podia ser feito já foi feito. Sua presença meditativa acontece depois da realização dos atos médicos, depois de esgotados o seu saber e o seu poder. Bem que poderia retirar-se, pois que ele já fez o que podia fazer... Mas não. Ele permanece. Espera. Convive com a sua impotência. Talvez esteja rezando. Todos rezamos quando o amor se descobre impotente. Oração é isto: essa comunhão com o amor, sobre o vazio... Talvez esteja silenciosamente pedindo perdão aos pais por ser assim tão fraco, tão impotente, diante da morte. E talvez sua espera meditativa seja uma confissão: também eu estou sofrendo... Amamos o médico não pelo seu saber, não pelo seu poder, mas pela solidariedade humana que se revela na sua espera meditativa. E todos os seus fracassos (pois não estão, todos eles, condenados a perder a última batalha?) serão perdoados se, no nosso

---

punta en blanco, se le recibía con las mejores ropas de cama, la famosa toalla planchada y almidonada, y con un respeto absoluto. Su palavra era ley indiscutida y a nadie se le iba a ocurrir poner en tela de juicio su diagnóstico y tratamiento. Se consultaba a otro colega únicamene por su indicación."

[1178] A origem deste nome pode ser garimpada em, SOURNIA, Jean-Charles. *História...*, pp. 39 e 41: "Enfim, o imortal QUÍRON, o mais célebre, o mais sensato e o mais sábio dos centauros, ensina medicina e pratica mesmo a cirurgia no monte PÉLIO, na Tessália. É ele que educa ASCLÉPIOS. ...Entre os deuses, mas ocupando uma posição inferior, invoca-se frequentemente Asclépios, conhecido no Ocidente pelo nome latino de Esculápio. ...Finalmente, no decurso dos dois séculos que precederam e se seguiram ao nício da era cristã, parece que *Asclepíades*, se teria tornado, primeiro, um apelido adoptado pelos médicos ou dado pelos seus pacientes e, depois, um nome verdadeiro."

[1179] CHAIA, Rubén A. *Responsabilidad...*, p. 21, nt. 8: *"Comande y Turchetti, destacan entre los principales factores que han impactado en el aumento de la litigiosidade, al mejoramiento de la terapia, considerando que si bien la misma repercute en una mejora del cuidado de la saud, ha provocado un aumento proporcional en las hipóteses de causar daños. Además, asignan un valor importante al abandono de la lógica corporativista por parte de los médicos que son llamados a ser peritos en los procesos, y por último, le asignan un importante valor a la mayor conciencia de parte de la opinión pública sobre sus propios derechos (La responsabilità sanitária. Valutazione del rischio assicurazione, p. 7 y ss.)."*

[1180] ALVES, Rubem. *O médico...*, p. 10.

[1181] ALVES, Rubem. *O médico...*, p. 20.

[1182] FOUCAULT, Paul-Michel. *Isto não é um cachimbo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988, *passim*.

> desamparo, percebermos que ele, silenciosamente, permanece e medita, junto conosco. Hoje o quadro já não mais se encontra nas salas de espera dos consultórios médicos. A modernidade transferiu a morte do lar, lugar do amor, para as instituições, lugar de poder. E os médicos foram arrancados dessa cena de intimidade e colocados numa outra onde as maravilhas da técnica tornaram insignificante a meditação impotente diante da morte. ...Antigamente a simples presença do médico irradiava vida. Antigamente os médicos eram também feiticeiros. 'Mestre, diga uma única palavra, e minha filha será curada...'. A vida circulava nas relações de afeto que ligavam o médico àqueles que o cercavam. Naquele tempo os médicos sabiam dessas coisas. Hoje não sabem mais. Aquele médico ao lado da menina: não se parece ele com um cavaleiro solitário que vai sozinho lutar contra a morte? Naquele tempo os médicos sabiam qual era seu destino. Havia muito sofrimento, sim. Havia muito medo, sim. Medo e sofrimento são parte da substância da vida. ...A imagem do cavaleiro solitário que luta contra a morte é uma imagem romântica. Bela. Comovente. Quem não desejaria ser um? Criticam o romantismo. FERNANDO PESSOA comenta: mas não é verdade que a alma é incuravelmente romântica? O médico de antigamente era um herói romântico, vestido de branco. As jovens donzelas e as mulheres casadas suspiravam ao vê-lo passar. Ainda bem que a consulta permitia o gozo puro do toque da sua mão. ...O cavaleiro solitário que luta contra a morte é um santo. Quem, jamais, ousaria pensar qualquer coisa de mau contra o médico? Hoje são comuns os processos contra os médicos por imperícia. Ser médico transformou-se num risco. Porque ninguém mais acredita na sua santidade. Talvez porque eles tenham deixado mesmo de ser santos... Mas naquele tempo as pessoas julgam que o médico era um santo, e porque as pessoas pensavam assim, eles eram santos. Um dia fui ouvir uma palestra do diretor do hospital da cidade de Princeton, NJ, onde eu estudava. Ele começou sua preleção com esta afirmação que estilhaçou o quadro: 'O hospital de Princeton é uma empresa que vende serviços'. 'Meu Deus!', eu pensei. 'Aquele médico não existe mais!'. E percebi que, agora, os médicos se encontram lado a lado com os prestadores de serviço, os encanadores, os eletricistas, os vendedores de seguro, os agentes funerários, os motoristas de táxi. É só procurar na lista de classificados. A presença mágica já não existe. O médico é um profissinal como os outros. Perdeu sua aura sagrada. E me veio, então, uma definição do médico compatível com a definição que o diretor dera para o hospital de Princeton: 'um médico é uma unidade biopsicológica móvel, portadora de conhecimentos especializados, e que vende serviços'. ...Nos tempos antigos todas as pessoas eram espelhos para o médico. Todos o conheciam. Todos olhavam para ele com admiração. Hoje, morto o médico do quadro, o médico é agora procurado não por ser amado e conhecido, mas por constar no catálogo do convênio. Seus espelhos não são mais os clientes, parentes, todo mundo. ...A relação do médico de hoje com seus espelhos é uma relação de inveja e competição."[1183]

Como explicar essa aparente indiferença de uma minoria, tenho certeza, em uma época como a nossa em que as descobertas médicas são cada vez mais vitoriosas, bem como esse crescimento da criminalização dos atos médicos?

Muito bem. Embora essa realidade possa ser constatável pelo olho despido, e possa aparentar uma

> "tradição milenar de responsabilidade médica, é nos albores da modernidade que toma maior auge uma corrente de pensamento que procurava localizar o princípio de 'irresponsabilidade médica'[1184], evitando todo tipo de sujeição de parte dos profissionais da área a normas ou regras que impliquem eventuais castigos provenientes de seu descumprimento ou não acatamento às regras preordenadas.[1185] Nesse aspecto, se pretendeu consagrar legislativamente essa questão,

---

[1183] ALVES, Rubem. *O médico...*, pp. 14 a 21.

[1184] MONTANELLI, Norberto. *Responsabilidad...*, p. 26: "*Desde mediados del siglo XIX y principios del XX, existía una regla general que conducía a la más absoluta irresponsabilidad médica. Del contexto histórico cultural de una sociedad personalista surge que el galeno se obliga no con sus pacientes sino con la sociedad toda. Surgiendo así una obligación legal que "...una vez violada acarreaba la responsabilidad aquiliana" (responsabilidad extracontractual). En el siglo XIX los tribunales europeos no diferenciaban acción delictual de acción contractual; los argumentos eran que: "el carácter intelectual del trabajo se opone a la existencia de contrato entre el médico y su paciente". La idea de ciencia-arte dava un pátina de imprevisibilidad, con muy poco o ningún sustento para que un juez tomara cualquier determinación opuesta/adversa o simplemente objetara las ciencias médicas. Cerraba esta "idea-fuerza" la absoluta presunción de idoneidad que brindaba el título universitario y la total certidumbre/seguridad en los peritajes médicos que resolvían la litis. Además los médicos gozaban de la total confianza de sus pacientes y estos ni remotamente pensaban en las interconsultas, hoy tan frecuentes*."

[1185] GARAPON, Antoine. *O juiz...*, p. 24: "Vimos o juiz desempenhar um papel importante na *vida moral*; são-lhe submetidas, principalmente em matéria de bioética, questões quase que impossíveis de serem julgadas."

> por exemplo, no Código Civil francês, mediante um preceito que estabelecia que 'os médicos e cirurgiões não são responsáveis pelos erros que possam cometer de boa fé no exercício da sua arte'. Um dos mitos mais utilizados a favor da irresponsabilidade era sustentar que a constante evolução da medicina se veria paralisada por controles impostos por outras disciplinas, o que seria uma espécie de limitação ao avanço da ciência, trazendo o consequente atraso na busca de soluções à grande quantidade de enfermidades. Exibiu-se, também, como contrapartida daqueles que pregavam a necessidade de investigar as condutas médicas, a suposta falta de preparação dos juízes para poder julgar temas técnicos ou científicos, questão que, sem dúvida, conspirou na busca de uma adequada resposta no sistema repressivo dos estados modernos."[1186]

Com efeito, a origem do Direito Penal Médico[1187], em toda medida, desconhece peculiaridade quando comparada com a do Direito Penal visto sob um ângulo de visada geral, senão, quando menos, pode-se inclusive dizer, sem receio de incorrer em equívoco, que aquele, em verdade, depois de algum tempo tornou-se apenas uma vertente especializada deste aproveitando para si todo histórico por este arrecadado ao longo de séculos. Pois bem, ultrapassada essa crise existencial pode-se dizer que à guisa dos demais ramos do Direito Penal, digamos, geral, o Direito Penal Médico também encontra seu passado concentrado em um Direito Penal cuja unicidade, além de ser, até bem pouco tempo, sua característica predominante é, de certa forma, reflexo menos da rudimentariedade das sociedades de então - *que quase sempre nunca foi obstáculo para a evolução científica do Direito Penal* -, que de uma involução propriamente interna que somente experimentou dividir-se com a especialização das tarefas tribais e, de consequência, com o reconhecimento de que leis penais gerais, somente, não eram mais suficientes para atender os apanágios que outro ou um caso demandava. Foi, então, nesse *habitat* que misturava inadequação e insuficiência normativas, que o Direito Penal Médico encontrou ambiente propício para ser concebido, porquanto, se por um lado mostra-se-lhe praticamente inútil qualquer regra sobre, *v. g.*, furto ou roubo, por outro, o consentimento do ofendido, quase que imprevisto, a ele se acomodava amiúde e confortavelmente.

O ângulo de visada mudou, pois, na lição de CHAIA,

> "o certo é que, na atualidade, a medicina está vista como um serviço essencial ao qual o homem tem direito a aceder, e desde essa ótica são cada vez menos os enfermos ou seus parentes que se conformam ante o fracasso. Quando a arte médica não consegue a cura desejada se busca sancionar o presumido responsável do prejuízo sofrido, solicitando sem hesitar a intervenção penal com a idéia de que ela é o instrumento idôneo para resolver esse conflito. Ademais, dessa mudança de concepção avançou-se tanto no terreno científico que muita vez - animados pelos próprios profissionais -, o paciente ou o entorno que o rodeia está convencido que não pode existir um risco desfavorável em seu tratamento e, desde essa posição, descarta qualquer tipo de influência contrária a uma boa evolução, inclusive afasta a possibilidade de que possa se dar um resultado negativo, o que, a efetivar-se, resulta reprovado a quem realizou a prática. Chega-se, inclusive, ao extremo de crer ou afirmar que não existe morte sem responsabilidade médica e, desde esta particular visão, busca-se justiça no sistema penal."[1188]

[1186] CHAIA, Rubén A. *Responsabilidad...,* pp. 18-19.
[1187] Aqui, adrede, retoma-se e mantém-se, por enquanto, a confusão, ao menos vocabular, entre poder punitivo e Direito Penal, também, Médico.
[1188] CHAIA, Rubén A. *Responsabilidad...,* pp. 19-20.

Estamos hoje diante não só de um capitalismo de serviços, mas de um capitalismo de serviços de massa[1189], que se ressente - *e justamente porque o vaticínio de NIETZSCHE de que viver é estar em perigo, confirmou-se* -, de qualidade bastante para minimizar os riscos - *que desde a obra de ULRICH BECK*[1190] *ganharam atenção privilegiada* -, que as intervenções médicas naturalmente ensejam.[1191] E a antecedência disso foram os julgamentos por má praxe, iniciados no final do século XIX com um caso resolvido perante a Corte de Apelações do Estado de Nova York, mais precisamente no ano de 1878[1192]. No entender de CHAIA,

> "todos esses fatores, unidos entre si, fizeram variar a imagem que se tinha do médico que deixa de ser um homem mágico, infalível, com resposta para todas as perguntas e cujas conclusões, longe de ser questionadas, eram seguidas ao pé da letra, para converte-se em um elo, em um aparte do enorme conjunto de serviços que o cidadão recebe e consome diariamente, em alguém a quem controla - mesmo que com ele discuta e de quem, às vezes, desconfia -, tal como o faz com o resto dos prestadores, adjudicando, desmedidamente, à sua incompetência todo fracasso na prática médica realizada. Esse abandono da tradicional atitude de resignação trouxe aparelhado um aumento exponencial de casos ventilados em sede judicial[1193], e tem como contrapartida o lógico temor do médico a ser submetido a um processo que examine sua responsabilidade, pondo-se em prática um verdadeiro exercício da medicina defensiva, pelo que certamente se sobrepõe o interesse do médico por prevenir futuros prejuízos ao tratamento para o padecimento apresentado pelo paciente, destacando-se uma automática implementação de diversos e intermináveis estudos que desde o início mesmo da relação conspiram contra uma adequada comunicação entre médico e paciente, chegando muitas vezes a impedir este último de realizar uma explicação minuciosa de sua sintomatologia, ação que certamente dificulta a inter-relação entre ambos."[1194]

Por outro lado, sejamos convinháveis em admitir com BUARQUE DE HOLANDA que, como visto, "a inclinação geral para as profissões liberais" interpretada "como aliada de nossa formação colonial e agrária, e relacionada com a transição brusca do domínio rural para a vida urbana, não é, aliás, um fenômeno distintamente nosso", pois, se "apenas, no Brasil... fatores de ordem econômica e social - comuns a todos os países americanos -, devem ter contribuído largamente para o prestígio das profissões liberais, convém não esquecer que o mesmo prestígio já as cercava tradicionalmente na mãe-pátria."[1195] Ademais, continua o saudoso escritor,

> "a dignidade e importância que confere o título de doutor permitem ao indivíduo atravessar a existência com discreta compostura e, em alguns casos, podem libertá-lo da necessidade de uma

---

[1189] CHAIA, Rubén A. *Responsabilidad...*, p. 20: "*Ocurre también que la constante evolución a la que se ve sometida la práctica y los permanentes cambios derivados tanto del obrar médico como de la forma en que las prestaciones son brindadas por el centro asistencial, confluyen en una evidente mutación de la relación médico-paciente, pasando de un trato digno y personificado a una práctica masificada, buscando de esa forma reducir costos y aumentar la rentabilidad.*"

[1190] BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*: hacia una nueva modernidad. Barcelona/Buenos Aires/México: Paidós, 1998.

[1191] CHAIA, Rubén A. *Responsabilidad...*, p. 201, nt. 5: "*Son múltiples las actividdes humanas creadoras de riesgo, pero indudablemente el ejercicio de la medicina, en cuanto incide directamente sobre la salud y la vida de las personas, a merced del acierto o desatino de profesiones, conlleva un plus especial de exposición y contingente peligrosidad; la atención, perícia y reflexión han de prodigarse en dosis mayores que en otros menesteres o dedicaciones. La práctica de la medicina exige cuidadosa atención a la lex artis, sin sentar apotegmas absolutos dada la evolución constante de la ciência médica" (STS del 29/3/88).*"

[1192] CUMPLIDO, Manuel José. *Responsabilidad...*, p. 15.

[1193] Com relação à Argentina, CUMPLIDO, Manuel José. *Responsabilidad...*, p. 15: "*En la República Argentina, recién cuando comienza la década de los años 80, aparece en nuestros tribunales un nuevo tipo de demanda: por actos médicos cometidos con irresponsabilidad por los profesionales actuantes en los mismos.*"

[1194] CHAIA, Rubén A. *Responsabilidad...*, pp. 21-22.

[1195] HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes...*, pp. 156-157.

> caça incessante aos bens materiais, que subjuga e humilha a personalidade. Se nos dias atuais o nosso ambiente social já não permite que essa situação privilegiada se mantenha cabalmente e se o prestígio do bacharel é sobretudo uma reminiscência de condições de vida material que já não se reproduzem de modo pleno, o certo é que a maioria, entre nós, ainda parece pensar nesse particular pouco diversamente dos nossos avós. O que importa salientar aqui é que a origem da sedução exercida pelas carreiras liberais vincula-se estreitamente ao nosso apego quase exclusivo aos valores da personalidade. Daí, também, o fato de essa sedução sobreviver em um ambiente de vida material que já a comporta dificilmente. Não é outro, aliás, o motivo da ânsia pelos meios de vida definitivos, que dão segurança e estabilidade, exigindo, ao mesmo tempo, um mínimo de esforço pessoal, de aplicação e sujeição da personalidade, como sucede tão frequentemente com certos empregos públicos."[1196]

E o prestígio relatado acima influencia sobremodo na dominação do discurso pelos médicos e pela medicina. É que, como o discurso médico é técnico por excelência, e justamente porque é somente como técnico que ele se indisponibiliza aos dominados - *o ritual de não-permutabilidade, de que fala* FOUCAULT[1197] -, e como toda estratégia corre sempre o risco de, repetindo-se, poder ter suas técnicas aprendidas e apreendidas por quem não retém, por enquanto, o poder sobre o discurso - *o ritual de apropriação de segredo, explicado por* FOUCAULT[1198] -, essa eloquência médica precisa se atualizar amiúde, evitando, assim, qualquer acessibilidade dos não credenciados e não abastecidos, previamente, com uma comunicação social suficiente.

Portanto, a detonação de estratégias interventivas pelo discurso médico, no poder punitivo, se reitera a cada nova oportunidade, conforme percebeu NILO BATISTA, porquanto "os inúmeros encontros, em distintas circunstâncias históricas, entre os saberes jurídico-penal e médico, compõem uma inconclusa novela de terror."[1199]

Uma das últimas estratégias interventivas, mas, sem dúvida, uma das mais espetaculares e impressionantes foi em 1940. Ano em que "o Estado Novo aprova o Código Penal".[1200] Como ensinam ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA e SLOKAR,

> "a história do código de 1940 e do sistema penal que se constitui tomando-o como referência programadora axial tem raízes no conjunto de transformações implantadas a partir da chamada revolução de 1930. Politicamente, 1930 exprime uma reação contra o federalismo exacerbado da primeira República, que se materializou na 'política dos governadores' apoiada no mandonismo local dos 'coronéis'. ...Economicamente, 1930 marca a ruptura com a teoria liberal do estado *gendarme*... e a consequente implantação de um estado intervencionista. ...Socialmente, 1930 é sobretudo o ponto de partida para a 'incorporação da classe trabalhadora ao cenário político da sociedade brasileira. ...A incorporação do proletariado foi instrumentalizada pela legislação previdenciária - que das Caixas de Previdência, em 1931, chegaria aos Institutos de Aposentadoria e Pensões das diversas categorias profissionais, envolvendo assistência médica e programas habitacionais -, pela organização sindical... e pelas leis trabalhistas. ...Paralelamente à configuração dessa nova economia nacional... edifica-se um Estado intervencionista e

---

[1196] HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes...*, p. 157.
[1197] FOUCAULT, Paul-Michel. *A ordem...*, pp. 40-41: "Mas que ninguém se deixe enganar; mesmo na ordem do discurso verdadeiro, mesmo na ordem do discurso publicado e livre de qualquer ritual, se exercem ainda formas de apropriação de segredo e de não-permutabilidade. ...Mas existem ainda muitas outras que funcionam de outra maneira, conforme outro regime de exclusividade e de divulgação: lembremos o segredo técnico ou científico, as formas de difusão e de circulação do discurso médico...."
[1198] FOUCAULT, Paul-Michel. *A ordem...*, p. 40.
[1199] BATISTA, Nilo. *A lei...*, pp. 20 a 38.
[1200] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...*, v. I, p. 463.

> previdenciário. As cidades... começam a crescer, na razão direta da oferta de postos de trabalho industriais."[1201]

Previdenciarismo, medicalização, habitação e sindicalização, todos conversíveis em imediato controle.

Ora, a difusão político-administrativa, o quase abandono do modelo agro-exportador, preterido pelo crescimento industrial, e a instalação de um intervencionismo estatal, sobretudo previdenciário, explicam, em parte, os porquês de os crimes contra a vida constarem na primeira rubrica capitulária - *como sabido, a que elenca os crimes reputados mais ofensivos e importantes* -, da parte especial do nosso Código Penal quase septuagenário. É que o Estado intervencionista, porque preocupado em controlar as relações de mercado, teve que se imiscuir, mediante auxílio do discurso médico, no nosso capitalismo atrasado[1202], reequacionando e reequilibrando as diferenças sociais e trabalhistas.[1203]

Ademais, alguém duvida que o artigo 121, que trata do homicídio simples, que o artigo 121, § 1°, que tipifica o homicídio privilegiado, que o artigo 121, § 2°, inciso III, que trata do homicídio qualificado, que o artigo 121, § 4°, que cuida do homicídio por inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, é dizer, culposo, que o artigo 121, § 5°, que trata do perdão judicial, que o artigo 122, principalmente o inciso II, que trata do induzimento, instigação ou auxílio a suicídio, que o artigo 123, que trata do infanticídio, que o artigo 124, que cuida do abortamento provocado pela gestante ou com o seu consentimento, que o artigo 125, que tipifica o abortamento provocado por terceiro, que o artigo 126, que prevê como crime provocar abortamento, sem o consentimento da gestante, que o artigo 127, que trata da forma qualificada do abortamento, que, enfim, o artigo 128, que descriminaliza o abortamento nos casos em que ele encerra, todos do Código Penal, não precisam, ou melhor, *in these,* não precisariam de um parecer médico que avalizasse se o crime (a criminalização) e o criminoso (criminalizado) podem ser assim rotulados, justamente? Pois não é o médico quem afirma se a vítima está ou não morta, se o criminalizado estava dominado por uma emoção violenta, se a morte se deu em razão de haver sido ministrado veneno à vítima, se o colega médico agiu contra a *lex artis*, levando a vítima a óbito, se essa poderia, mentalmente, ter sido induzida por este ou aquele apelo, se a progenitora encontrava-se sob estado

---

[1201] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...,* v. I, pp. 459 a 461.
[1202] Sobre o capitalismo tardio, veja MELO, João Manuel Cardoso de. *O capitalismo tardio*. São Paulo: Unesp, 2009.
[1203] E, tanto, que é nessa época que os sindicatos se organizam, é criada a Justiça do Trabalho e editada a Consolidação das Leis do Trabalho. *In* ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...,* v. I, p. 461.

puerperal, se estava mesmo grávida e se o abortamento apresentava-se como meio exclusivo de salvamento da gestante, ou era aquele autorizado em razão da concepção estupradora?

Em igual medida, alguém duvida que a interpretação do artigo 121, § 4°, do Código Penal, que tipifica o homicídio culposo quando praticado por profissional médico, não terá alguma dificuldade em não se deixar contaminar pelo corporativismo retórico do discurso médico?

E, de acordo com o artigo 5°, inciso XXXVIII, alínea '*d*', da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, por se tratarem todos esses crimes, dolosos, afeitos à competência do júri, composto por juízes leigos, resta patente que, por não dominarem a técnica do discurso da medicina, inaferível aos mesmos, a última palavra quanto à absolvição ou condenação do criminalizado caberá ao médico, mesmo porque, como é sabido, ao Magistado do Júri, não se ressentindo de quaisquer vícios processuais, resta *tout court* a dosimetria da pena.

A fortiori, isso tudo acontece também porque a culpabilidade, montada sobre o pé da potencial consciência da ilicitude, nada mais é que um pedido de socorro à medicina, à psicologia e à psiquiatria, únicas capazes de afirmar com segurança - *considerada a propaganda do discurso médico, obviamente* -, se a psique do criminalizado estava programada socialmente para perceber o caráter rotulado de ilícito do ato levado a termo.

Mas a intervenção médica não pára aí. Quem se debruçar sobre os verbos do artigo 129, do Código Penal, logo perceberá que o discurso dominial médico nele se reitera. E, na versão do § 1°, incisos I e III, e § 2°, incisos I, II, III, IV e V, para atender, quando da sua criação, às finalidades de mão de obra de um Estado intervencionista, ainda hoje úteis, agora ao neoliberalismo.

Foi em razão disso tudo que ocorreu outra detonação impressionante de estratégias interventivas pelo discurso médico, em mais um de seus acasalamentos com a política. Novamente, ensinam ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA e SLOKAR que,

> "as representações políticas comprometidas com as transformações econômicas e culturais que, com raízes na crise de 1973, conduziriam ao que se costuma chamar de neoliberalismo ou globalização, chegaram ao poder no Brasil em 1989 e nele se mantiveram até hoje. ...A desaceleração do crescimento econômico - acompanhada, em países periféricos como o nosso, da destruição de parques industriais -, a queda nos rendimentos dos trabalhadores que logram escapar ao desemprego massivo ou se submetem à flexibilização de suas garantias ou ao sub-emprego, em contraste com uma fantástica acumulação financeira, o desmonte de programas assistenciais públicos característicos do estado previdenciário, tudo isso gera gravíssimas consequências sociais. À reflexão jurídica acerca dessa conjuntura cabe, no âmbito penal, deter-se sobre mutações na estrutura e funcionamento do sistema penal, e um dos indicadores mais importantes reside na programação criminalizante. A hipótese de que o sistema penal do empreendimento neoliberal, vertido para o controle dos contingentes humanos por ele mesmo marginalizados, opera mediante uma dualidade discursiva que distingue os delitos dos consumidores ativos (aos quais correspondem medidas despenalizadoras em sentido amplo) dos delitos grosseiros dos consumidores falhos (aos quais corresponde uma privação de liberdade

> neutralizadora) pode ser experimentada num rápido exame de dois grupos de leis penais extravagantes. No primeiro destes grupos encontraríamos a lei n° 9.099, de 26.set.95 (criando os Juizados Especiais Criminais, orientados à obtenção da reparação do dano *ex delicto* e à aplicação de pena não privativa de liberdade..., introduzindo a transação penal e a suspensão condicional do processo), a lei n° 9.268, de 1°.abr.96 (que alterou o artigo 51 CP para impedir a conversão da multa não paga em privação de liberdade, além de amenizar as condições do *sursis* do condenado que reparou o dano), a lei n° 9.714, de 25.nov.98 (que elevou de 1 para 4 anos a possibilidade de substituição de penas privativas de liberdade aplicadas em crimes dolosos, acrescendo contudo a exigência de que em tais crimes não interviesse violência ou grave ameça, e criando duas novas penas restritivas de direito) e a lei n° 10.259, de 12.jul.01 (que, ao instituir os Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal, dilargou o cabimento da supensão condicional do processo). Este grupo de leis poderia legitimamente situar-se na linhagem daquele discurso tático de redução da execução da privação da liberdade (*ultima ratio*), se não tivesse como contrapartida necessária sua mais cabal negação. Podemos perceber com clareza esta ambiguidade na exposição de motivos ministerial da mensagem que se converteria na lei n° 9.268, de 1°.abr.96: se o argumento de que "a prisão não vem cumprindo o principal objetivo da pena, que é reintegrar o condenado ao convívio social" fundamentava ali uma notável ampliação do uso substitutivo das penas restritivas de direito, poucas linhas adiante o argumento desapareceria perante "agentes de crimes graves cuja periculosidade recomenda seu isolamento do seio social", pouco importando que a prisão não viesse cumprindo seu objetivo, o qual, diga-se de passagem, jamais cumpriu. No segundo grupo de leis encontraremos uma política criminal diametralmente oposta à do primeiro. Podemos formatar boa amostragem" no que nos interessa aqui, com "as 'leis Serra' de n° 9.677, de 2.jul.98 e n° 9.695, de 20.ago.98 (para alavancar a candidatura presidencial do ministro da Saúde, a primeira delas eleva delirantemente as penas dos crimes contra a saúde pública, e a segunda os inclui entre os 'crimes hediondos')...."[1204]

A história do Direito Penal médico, portanto, estende-se desde a coisificação do paciente, reputado mero objeto da atuação médica, até a sua consideração como sujeito principal da relação médico-paciente, em que sua vontade deve ser relevada, à exceção das situações em que está em posição sobranceira a tutela da saúde pública[1205], mas, obviamente, não como veículo para a manutenção e, ou, ampliação do discurso médico de *per se*.

Finalmente, você é ruim da cabeça ou doente do pé? Então, cuidado! Os médicos e os higienistas já voltaram! Só o vetor da dengue, as doenças ocasionadas pela falta de saneamento básico, as viroses, mormente a SIDA, as septicemias hospitalares *et reliqua,* não sabem disso ainda. Isso, se não for melhor admitir logo que elas fazem parte do repertório político de necessidades mantidas, omissivamente, no "armário dos venenos"[1206], para, depois, o governo vender sua atuação técnica - *via medicina* -, como a única útil e competente para eliminação daquelas, pois é preciso, antes de se tentar vender um serviço, demonstrar que ele é necessário, o quanto, e para quem!

[1204] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...,* v. I, pp. 484-486.
[1205] CHAIA, Rubén A. *Responsabilidad...,* p. 23.
[1206] Onde eram guardadas as obras literárias de leitura proibida pelo nacional-socialismo. Para saber mais, consulte CONDE, Francisco Muñoz. *Edmund Mezger e o Direito Penal de seu tempo*: estudos sobre o Direito Penal no Nacional-Socialismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 31: "A partir dos anos oitenta surgiu na Alemanha um renovado interesse por revisar a vida e obra de famosos juristas que haviam desempenhado um papel preponderante na época nacional-socialista e que logo depois da Segunda Guerra Mundial seguiram desempenhando-o já em plena época da República Federal. A isso contribuiu, sem dúvida, a superação dos tabus e mistérios com que se rodeou o passado obscuro destes juristas, algumas de cujas obras mais comprometidas desapareceram das bibliotecas públicas e da bibliografia dos livros melhor informados ou simplesmente encerram sob sete chaves no que se chama '*Giltschrank'* (armários dos venenos), guardado sigilosamente nos porões mais recônditos das Faculdades de Direito. Mas também a desaparição física, ou, pelo menos, a aposentadoria destes já idosos juristas, cuja presença ativa nos claustros universitários até bem entrados os anos sessenta e, às vezes, setenta, impediu qualquer tipo de valoração das obras publicadas naquela época e a comparação com as escritas posteriormente."

3 O MÉDICO E OS PRINCÍPIOS (MEIOS OU FINS?) BÁSICOS DO DIREITO PENAL

Prima facie, e na esteira de um Direito Penal de contenção, tal qual vai-se, declinadamente, defender, devem os princípios funcionar como excludentes, retentores ou redutores dos marcos criminalizadores do insaciável poder punitivo - *essa espécie de "guardião do ânus do rei"*[1207] -, que, insatisfeito, pretende abocanhar - *e, para que uma boa tão grande?* -, inclusive mediante afastamento constitucional, parcela inapropriável de certos conflitos - *se já não fosse, de todo, inapropriado o confisco realizado*[1208] -, muita vez nem tão graves, mas que tenham ganhado foro de significativa e indevida importância graças ao discurso propagandeado pelas agências de comunicação midiática, sobretudo as comerciais - *mormente porque "temos, todos, dentro de nossas casas, a janelinha pela qual nos fita, extasia e controla, o olho do poder; chama-se televisão, e este é o novo nome do Panótico; e algumas pessoas se admiram pelo fato de existirem, nas casas dos pobres brasileiros, mais televisões que geladeiras; poderia ser diferente?*[1209] -, que, mediante aquilo que ZAFFARONI apelidou de "a caixa idiota", têm veiculado a seletividade dos novos escolhidos[1210] - *os médicos* -, como a pauta criminal oportuna para arrefecer e esconder a sucataria da saúde pública nacional, estadual e municipal.

Todavia, "a seletividade punitiva não é de todo arbitrária, pois em geral se orienta pelos padrões de vulnerabilidade dos candidados à criminalização"[1211], desimportando se referida vulnerabilidade é efêmera, ou mesmo quais seus reais ou sonegados motivos, não podendo, tampouco devendo, ser desprezado que

> "o sistema penal também pode ser usado - e normalmente o é -, como fator que interfere nas disputas do poder hegemônico, subtraindo proteção àquele que é derrotado na pendenga: os raros casos em que o sistema penal cai sobre alguém invulnerável se devem a que este perdeu sua invulnerabilidade em uma luta hegemônica com outro competidor de quase igual poder."[1212]

Ou, quando menos, para que ao menos um véu, ainda que transparente, impeça a visão perfeita e direta da imagem que, uma vez tornada invisível, camufla alguns dos defeitos dessa face caricatural, é dizer, conforme anuncia KARAM, "servindo o excepcional sacrifício,

---

[1207] SOURNIA, Jean-Charles. *História...*, p. 34."

[1208] Sobre o confisco do conflito, veja ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo...*, pp. 30 a 32; em sentido contrário, HASSEMER, Winfried. *Introdução...*, p. 400: "Nós sabemos que o Direito Penal estatal não neutralizou a vítima de aproximar-se."

[1209] BATISTA, Nilo. Fragmentos de um discurso sedicioso. In *Discursos Sediciosos, Crime, Direito e Sociedade*, 1° semestre 1996, ano 1, n. 1, p. 73.

[1210] O que, em nenhuma medida, autoriza entender que o poder punitivo tenha desistido, tampouco renunciado aos, costumeiramente, escolhidos. Genericamente interessante, porque, implicitamente envolve a crise financeira que, desembocando na crise da educação, exclui milhões de braços técnicos médicos do mercado de trabalho, viabilizando o etiquetamento daqueles que já foram, previamente, envazados pelos sistemas penais, MENEGAT, Marildo. *O olho...*, pp. 33-34: "As crises adquirem outras formas de manifestações e ameaças, visíveis, por exemplo, na exclusão de milhões de braços do mercado de trabalho (essa força produtiva arcaica e em vias de superação), sobre os quais recai, então, o jugo de um robusto e crescente sistema punitivo, cuja função é "ordenar" o caos resultante da continuidade dessa forma de sociedade em decomposição."

[1211] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Crime...*, p. 57.

[1212] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Crime...*, p. 57. Também, KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. *In Discursos Sediciosos, Crime, Direito e Sociedade*, 1° semestre 1996, ano 1, n. 1, p. 81: "...a retirada de cobertura de invulnerabilidade dos membros das classes dominantes só se" dá "em pouquíssimos casos, em que conflitos entre setores hegemônicos permitem o sacrifício de um ou outro responsável por fatos desta natureza, que colida com o poder maior, a que já não sirva."

representado pela imposição de pena a um ou outro membro das classes dominantes (ou a algum condenado enriquecido e, assim, supostamente poderoso), tão somente para legitimar o sistema penal e melhor ocultar seu papel de instrumento de manutenção e reprodução dos mecanismos de dominação."[1213]

A final, qualquer semelhança com as contendas entre médicos e planos de saúde, com evidente e inegável derrota daqueles, é mera coincidência.

Em termos médicos, seletividade que se pretende comparar, também, a uma sintomatologia polimórfica, porque, despida de um estudo anatômico e fisiológico sérios - *inconfundíveis com um positivismo jurídico, advirta-se desde já*[1214] -, como base da morbidade, e, no nosso caso, de um estudo biopsicossocial para a pretensa criminalização, caracterizador das reais etiologia - *já bastante desbancada pelo interacionismo*[1215] -, e patogenia - *para mim, "etiquetamento" mais ou menos à laia do que,* mutatis mutandis*, antanho nos dizia o saudoso* GALDINO SIQUEIRA *da mulher cuja adulterinidade era corresponsabilidade do marido, vazada nos termos populares de que "a mulher é uma cera que toma a forma que se lhe dá"*[1216]*, mesmo porque, consoante* VOLTAIRE*, "são as próprias leis punitivas e as perseguições que criam os delitos que dizem perseguir"*[1217] -, acaba desaguando em terapêuticas criminalizadoras, penalizadoras e de prisonização generalizantes, veiculadas, de acordo com NAVA, por "práticas de encantamento e quase completamente inoperante[s]", ou melhor, improfícuas, a partir do instante em que aceita os influxos exclusivos dos síndromos, dos sintomas, das lesões aparentes, sentidas, quase sempre temporariamente, pelo doente-lesado, ou pela sociedade-consumidora como condicionantes suficientes para, "professando um etiologismo mágico dos mais primários", representado por este nosografismo sintomático primitivo, nomear-se como criminoso, muita vez sem o ser, este ou aquele profissional da medicina, confundindo-se o nosologismo externo e evidente, com uma patologia interna que sequer se conhece, ou reconhece a existência, *ad instar* do que faziam os íncolas colonizados ao exemplo da "boca amarga", da "dor de estômago", do "arroto fétido" *etc.*[1218], que, evidentemente não podem servir para socorrer na perquirição da eventual culpabilidade dos

---

[1213] KARAM, Maria Lúcia. A esquerda..., p. 81.

[1214] Deve o leitor atento apreciar com a devida reserva as palavras utilizadas neste parágrafo, porquanto, obviamente, aqui se quis apenas aproveitar a nomenclatura médica, ou mesmo darwinista, para, dando coesão vocabular ao contexto, sequer pretender alavancar uma ressurreição do discurso positivista.

[1215] CERQUEIRA, Carlos Magno Nazareth. Política de segurança pública para um Estado de Direito democrático chamado Brasil*. In Discursos Sediciosos, Crime, Direito e Sociedade*, 2° semestre 1996, ano 1, n. 2, p. 206: "Na nossa observação, a questão da etiologia dos crimes teve a contestação mais enfática com a abordagem do 'labeling approach', conhecida como teoria da rotulação social; para esse novo modelo teórico não teria sentido estudarem-se as causas do crime, apropriando-se da metodologia das ciências naturais, já que o crime não era um ente ontológico e sim um fenômeno contingencial, que existe como uma definição jurídico-penal, isto é, como definição de um determinado Código Penal."

[1216] O problema é que, na atualidade, os novos etiquetadores não assumem qualquer corresponsabilidade nessa tarefa. Quanto ao texto acima *apud* BRETAS, Marcos Luiz. O informal..., p. 219.

[1217] VOLTAIRE. *Dicionário filosófico apud* ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias...*, p. 136.

[1218] NAVA, Pedro. *Capítulos...*, pp. 189 e 191.

galenos e, o que é pior, tampouco serve para curar, ou melhor, desrotular, sobretudo quando o remédio limita-se ao apego do critério analógico, como quando contra os "hemoptisos usava-se a urupétauá (*Boletus sanguineus*), por causa da sua cor sanguinolenta; a casca escura, avermelhada e rugosa de certas árvores, contra os exantemas e as crisipelas; a madeira amarelada de outras, contra doenças do fígado; e a raiz ondulante e serpentina da 'pereira brava', contra a picada das cobras."[1219]

Entrementes, embora os princípios devessem merecer uma orientação limitadora absoluta, isso daria azo à sua violação amiúde, sobretudo perante o espaço bastante limitado predisposto às agências judiciais ocupantes de uma função meramente de prosseguimento e interrupção da criminalização, incidente, geralmente, sobre sua faceta secundária. De sorte que, a eleição de princípios limitadores de aplicação absoluta incomodaria as agências de programação criminalizante primária, responsáveis pela escolha dos selecionados e inauguração da perseguição aos mesmos, de maneira terrânea ou mesmo subterrânea, que se veriam desabastecidas da sua única e falida justificativa, qual sendo, a pena. Semelhante desconforto implica aceitar, pacificamente, que o Direito Penal viole a Constituição - *mantendo íntegra a interpretação com evidente desprezo diferido de texto, v. g., do artigo 3º, do CP* -, e o Direito Internacional. Por outro lado, a gradiente absolutização da aplicação dos princípios, embora ainda tímida, ganhará proporção direta na medida em que eles progridam como regras de elaboração, aperfeiçoando-se e, com isso, aumentando sua eloquência, bem como quando se apagarem os defeitos do Estado de direito, que insiste em pôr as agências punitivas a cavaleiro das judiciais. Inexistindo um *ius puniendi*¸ senão um *potere puniendi* do Estado que, mesmo assim, carece de contenção e redução, igualmente não pode existir uma catalogação *numerus clausus* dos princípios solicitados para o exercício dessa retenção, tampouco uma interpretação acabada dos mesmos que, quando menos, devem acompanhar a atualização das novas pautas criminalizadoras prenunciadas pelas agências de comunicação, de repetição e reprodução ideológicas e as políticas que, quase sempre na vanguarda, pegam de surpresa as agências judiciais, cuja atuação, requente-se, já previamente é pífia. Portanto, toda elaboração desses princípios é transitória e perfectível e todo enunciado deles, provisório, porquanto marca - *e jamais poderá ser diferente* -, uma etapa a partir da qual é necessário avançar em sua realização e na consequente contenção e redução do poder punitivo[1220] que, consoante VERA MALAGUTI BATISTA, diante de "qualquer ameaça de diminuição", é socorrido pelos "meios de

[1219] NAVA, Pedro. *Capítulos...*, p. 192.
[1220] Com pouquíssimas e indevidas interpolações, o texto, quase que por completo, pertence às penas de ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...,* v. I, pp. 200-201.

comunicação de massa" que "se encarregam de difundir campanhas de lei e ordem que aterrorizam a população e aproveitam para reequipar a polícia para os novos tempos."[1221] Daí, seu ensaio exigir reparos e ajustes limitadores constantes, como obra inacabável que são, sendo mister o manejo de uma peça do tabuleiro após - *ou mesmo antes* -, o avanço de outra pelo poder punitivo.

3.1 Os princípios (meios ou fins?) da legalidade e da reserva legal

Certamente, hoje, tanto quanto ou mais do que antes, "não só o limite da lei era [é] necessário para habilitar o poder punitivo, mas também para que este, uma vez habilitado, não se excedesse [exceda] em suas formas e conteúdos"[1222], apesar de que, mediante ele, o nazismo, com a fórmula vazada no § 2°, do seu Código Penal, elaborou e levou a termo horrores inefáveis. É que, conforme FRAGOSO, "o § 2° do Código Penal alemão foi alterado em 1935, para permitir o emprego da analogia, sempre que o fato não expressamente previsto merecesse punição 'segundo os princípios fundamentais do direito penal' e 'o são sentimento do povo'."[1223]

Já não fosse engraçado notar que a vinheta latinamente atemporal cunhada por FEUERBACH - nullum crimen, nulla poena sine lege[1224], *cuja síntese converteu-se em seu enunciado corrente*[1225] -, em seus originariamente amplos termos, jamais teve a pretensão de excluir como interpretação sua o princípio da reserva legal, tampouco limitar-se ao da legalidade[1226] - *cujos aspectos dúbios, favoráveis no Iluminismo, fragilizaram sua confiança no presente*[1227]*, desprestigiada, de acordo com VERA MALAGUTI BATISTA, por existir "uma renúncia expressa à legalidade penal, através de um controle social militarizado e verticalizado sobre os setores mais pobres da população ou sobre os*

[1221] BATISTA, Vera Malaguti. Drogas e criminalização da juventude pobre no Rio de Janeiro*. In Discursos Sediciosos, Crime, Direito e Sociedade*, 2° semestre 1996, ano 1, n. 2, p. 234.
[1222] ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias...*, p. 190.
[1223] FRAGOSO, Cláudio Heleno. Oservações sobre o princípio da reserva legal. *In Revista de Direito Penal,* n. 1, jan-mar/1971, e, também, em http://www.fragoso.com.br/cgi-bin/heleno_artigos/arquivo11.pdf.
[1224] FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania*. *In* colección criminalistas perennes, v. 1. Buenos Aires: Hammurabi, 1989, p. 63.
[1225] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...*, v. I, p. 202.
[1226] Com o que parece concordar FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*: parte geral. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp. 111-112: "A fórmula latina... resultou dos princípios assentados por FEUERBACH... O fato legalmente ameaçado (o pressuposto legal) é condicionado através da pena legal (*Nullum crimen sine poena legali*)... Formulava, assim, FEUERBACH, os princípios básicos do Direito Penal... O princípio da reserva legal recebia, desta forma, fundamentação jurídica. Sob esse aspecto pode-se dizer que o princípio da legalidade é essencial à estrutura jurídica do crime e da pena no Estado de Direito."
[1227] ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias...*, p. 144: "O princípio da legalidade passaria então a definir os delitos e as penas. Isso é algo complexo, pois certamente ao fazê-lo permite-se que um poder estatal limite a atividade individual, sempre sob a justificativa de proteger outros indivíduos. A proteção dos direitos de terceiros foi o limite racionalizador, a dupla ferramenta justificadora e limitadora, que o Iluminismo traçou." *Idem,* p. 165.

dissidentes"[1228] -, autorizando, ao revés, considerar o vocábulo *lege,* como sói acontecer até hoje, como sendo a lei formalmente produzida[1229], única capaz de - *sacramentalizando a programação criminalizante primária* -, alçar ao nível dos ilícitos criminosos um fato a que se vinculará uma pena, alguns, alheios a isso, sequer consideram a reserva legal[1230], sendo que outros, conscientes disto, reconhecem a identidade entre o princípio da legalidade e este[1231], enquanto outros, porém, *ad instar* da nomenclatura, entendem-nos conteudisticamente diferentes[1232], além de haver aqueles que sustentam que este completa aquele[1233], havendo, outrossim, aqueles que sudividem o primeiro formal e materialmente.

Para os que vislumbram uma identidade, ambos não passariam do reconhecimento de que a existência de um delito está condicionada ao surgimento de uma lei prévia, ou seja, alguém só poderá ser punido se houver comando legislativo anterior considerando seu comportamento como criminoso. Assim, além de engendrar o princípio da legalidade (ou da reserva legal) no inciso XXXIX, do art. 5º, da CRFB/88, o constituinte ao mesmo tempo consolidou o princípio da anterioridade, sendo que, por este, o reconhecimento do delito pressupõe a prática do fato após a entrada em vigor da lei incriminadora.[1234] Todavia, sob o ângulo de visada da criminalização primária, eventual identidade entre um e outro não tem serventia menor do que a de facilitar, descomplicando, a emissão e a recepção do discurso punitivista em razão de uma pseudo-coincidência vernacular, gramatical e teleológica que promove a sensação de que toda homogeneidade equivale a, e garante, certeza e segurança, é dizer, a sensação de que tudo está bem, pois é mesmo inegável que no dorso do órgão

---

[1228] BATISTA, Vera Malaguti. Drogas..., p. 234.

[1229] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...,* v. I, p. 202: "De acordo com este princípio, constrói-se o *tipo normativo de lei penal constitucional,* que serve para eliminar as restantes (as leis penais ilícitas). A Constituição da República atribui privativamente à União competência para legislar sobre Direito Penal (art. 22, inc. I, CR), atribuição que será exercida pelo Congresso Nacional (art. 48, CR), observados os procedimentos constitucionais do processo legislativo (arts. 59, e seguintes., CR)."

[1230] SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal*: parte geral. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2006, p. 19.

[1231] Ao que parece, FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto Penale*: parte generale. 4. ed. Bologna: Zanichelli, 2004, p. 64; indistinguindo-os, ROXIN, Claus. *Derecho Penal*: parte general, fundamentos, la estructura de la teoría del delito, t. I. 2. reimpressão. Madrid: Civitas, 2003, p. 137; PUIG, Santiago Mir. *Derecho Penal*: parte general. 7. ed. Montevideo/Buenos Aires: B de f, 2004, p. 114; e PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*: parte geral, artigos 1° ao 120, v. I. 7. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 132; confusamente, BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado...,* p. 10; ao menos inicialmente, porquanto, logo depois, submete-se a um giro a favor da diferença, BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, pp. 127 e 254.

[1232] STRATENWERTH, Günther. *Derecho Penal*: parte general I: el hecho punible. 4. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2005, p. 84. Ainda que sem utilizar a expressão "reserva legal" para promover a diferença, BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal*: parte general. Buenos Aires: Hammurabi, 1987, p. 90.

[1233] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...,* v. I, pp. 202-203: "A legalidade penal se completa com o princípio geral de legalidade, que PONTES DE MIRANDA preferia chamar de "legaliteraliedade" e também costuma ser designado por princípio de reserva, segundo o qual "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (art. 5º, inc. II, CR). Legalidade e reserva constituem dois indícios da própria garantia de legalidade, correspondentes a um único requerimento de racionalidade no exercício do poder, emergente do princípio republicano de governo."

[1234] Alhures, malgrado entendê-los complementares, vão neste sentido em outra oportunidade, ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...,* v. I, pp. 212-213; e, BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição...,* p. 254.

auricular externo do ser humano sempre vem estacionar aquele pulicídeo - *pulex irritans* -, toda vez que algo pareça ser contraditório.

Ao contrário do que possa parecer, com e pela diferença entre princípio da legalidade e princípio da reserva legal não se encontra incomodada a criminalização primária que dessa se utiliza para, antecipando - *e aqui lhe vale a reserva legal* -, a criminalização dos outros, menos a sua, guarnecer seus estoques de possibilidades criminalizáveis[1235], que ficam de sobreaviso, prontos para dispararem imediatamente - *pois já ultrapassados os inconvenientes da morosidade legislativa* -, contra quem encostar na arapuca armada e, ao mesmo tempo iludir os destinatários fazendo-os acreditar que, conhecendo a lei, previamente, nela não se enquadrarão quando, na verdade, não é o conhecimento, atrasado, ou desconhecimento da lei, pontual, que gera a criminalização, senão, é a submissão ao discurso punitivo que pouco se importa com essas questiúnculas. Usufruir o princípio da legalidade nessa conjuntura também não lhe é difícil, visto que ele serve para autenticar, inobstante falsamente, que a lei é igual para todos, e que isso lhes possibilita um controle mais factível sobre eventuais arbitrariedades do poder punitivo, como se tudo que é visível pudesse ser mensurável *ictu oculi*, e tudo que é palpável pudesse ser contido ao alcance da mão. Pura tinta e papel! Mas, não é só! É que, entender como legalidade - *e hoje o discurso dominante não quer admitir interpretação diferente* -, somente a lei que foi produzida pelo Congresso Nacional não mitiga, senão, pode acentuar o problema que passará do produto para o fabricante, isso se não se mantiver a autorreferida responsalidade solidária pelo vício oculto na manufatura, prevista nos artigos 12 e 13, da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990.

Pela diferença, dizia-se, sustenta-se que a reserva legal, inclusive com sede constitucional, prescreve que em matéria penal não se imporão penas nem se punirão delitos que já não estejam vaticinados legalmente no momento de sua encenação pelo protagonista. De outro lado, somente a lei - *em sentido formal*[1236] -, é fonte do Direito Penal, no sentido de que somente ela[1237] determina o que é delito e que pena deve ser imposta ao crime previamente tipificado por lei.[1238] Todavia, a questão parece se enuviar à medida em que se coteja o artigo

---

[1235] O pleonasmo é adrede, mesmo porque inevitável.

[1236] Neste sentido, ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...*, v. I, p. 203: "Do ponto de vista formal, a legalidade significa que a *única fonte produtora de lei penal no sistema brasileiro são os órgãos constitucionalmente habilitados e a única lei penal é a formalmente deles emanada*." Ver, também, FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto...*, p. 53.

[1237] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...*, v. I, p. 203: "A CR não admite que a doutrina, a jurisprudência ou o costume sejam capazes de habilitar o poder punitivo."

[1238] CONTRERAS, Joaquín Cuello. *El Derecho Penal* español: parte general, nociones introductorias, teoría del delito. 3. ed. Madri: Dykinson, 2002, p. 175; PUIG, Santiago Mir. *Derecho...*, p. 118; conquanto implicitamente, FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. São Paulo: RT, 2002, p. 302: ...somente as leis (e não também a moral ou outras fontes externas) dizem o que é delito..."

5º, incisos II e XXXIX, da CRFB/88, com o artigo 59, da mesma. Ora, embora o processo legislativo formal - *visando prever crimes e impor penas* -, disposto constitucionalmente de forma genérica, englobe desde as emendas à Constituição até as resoluções, não sendo possível ao intérprete, portanto, dissecá-lo em termos sacramentais, em normas distintas, já quanto à exigência de regra normativa obrigatória incriminativa ou apenativa, respectivamente constante nos incisos II e XXXIX, do artigo 5º, pode-se sim, limitar sua confecção à lei em sentido formal, *i. e.,* nesses casos, inviabilizar seu espraiamento a todas as possibilidades legislativas previstas no artigo 59, devendo a *vox* lei - *agora em sentido material, abrangendo, de efeito, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos, resoluções*[1239] -, portanto, ser interpretada não como qualquer fonte advinda da agência legiferativa federal, consoante largamente, *in fieri,* parece autorizar o artigo 22, inciso I, da CRFB/88[1240], senão, com bitola restritiva, alcançando apenas as emendas à Constituição, as leis complementares e as leis ordinárias[1241], conforme impede, ao menos em parte, o gabarito do artigo 63, § 1º, inciso I, alínea *b,* da CRFB/88.[1242]

Por outro lado, nem se diga que o apego à literalidade da palavra lei, antevista nos incisos II e XXXIX, do quinto artigo constitucional, esvaziaria e inutilizaria seus comandos, pois, em toda medida, debalde se procurará no *numerus clausus* do artigo 59, da CRFB/88, qualquer item que atenda aquela que, quando menos, é sucedida de um complemento[1243] que, sejamos convinháveis, em muito modifica seu sentido. E, justamente por modificar o sentido material da norma é que as que prevêem crimes e impõem sanções só podem advir de lei em sentido formal e material, com exclusão dos incisos IV a VII, do *menu* apresentado pelo artigo 59, da CRFB/88.[1244] Da legalidade, eflui, por sua vez, em respeito aos termos constitucionais, a impossibilidade de haver crime ou pena sem legislação e cominação legal formais e materiais, esta, no sentido de "'legalidade estrita', que, como quer FERRAJOLI, requer, como

---

[1239] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...,* v. I, pp. 203-204: "Perante a Constituição da República, qualquer pretensa lei penal material emanada da administração é obviamente inconstitucional. A *matéria penal* fica excluída das *medidas provisórias* (arts. 62 e 84, inc. XXVI, CR). Por conseguinte, do tipo normativo de leis penais constitucionais devem ser excluídas todas aquelas não-emanadas dos órgãos legislativos do Estado dentro de suas respectivas atribuições. Em nenhum caso o Poder Executivo, o Judiciário e a Administração em geral podem criar leis penais. Somente o Congresso Nacional está habilitado para a programação criminalizante primária, refugindo portanto ao *tipo normativo de lei penal constitucional* qualquer norma dessa natureza produzida pelas Assembléias Legislativas dos Estados membros da Federação ou pelas Câmaras Municipais."

[1240] Com esta amplidão, embora dirigida a ordenamento alienígena, JAKOBS, Günther. *Derecho...,* p. 88: "*Ley en el sentido del principio de legalidad es toda norma jurídica escrita, bien se trate de una ley formal, de un reglamento o de un decreto*."

[1241] Em sentido contrário, FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto...,* p. 54.

[1242] Equivalente ao texto, FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições...,* p. 113.

[1243] *E. g.*: II - leis "complementares"; III - leis "ordinárias" e IV - leis "delegadas".

[1244] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...,* v. I, pp. 212-213; e, BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição...,* p. 254.

limite ao legislador para definir o que é delito, que a ação assim qualificada seja, em primeiro lugar, uma ação externa, que lesione um bem jurídico de terceiro....”[1245]

Finalmente, há os que, subdividindo-o, outorgam ao mesmo um significado ultraformalista visto que, embora se o respeite formalmente, pode-se, *pari passu,* vulnerá-lo materialmente.[1246] Quanto a isto, o

> “âmbito real do proibido se impõe na legalidade porque, ao contrário, a simples omissão das agências políticas ampliaria fantasmaticamente as proibições. O punitivo é um âmbito que as agências políticas só podem planificar e aumentar mediante lei, e a omissão daquelas diante de mudanças significativas no contexto cultural ou tecnológico não pode ser interpretada como renúncia à sua função, como uma espécie de delegação aos juízes para fins de ‘atualização’ legal constitucionalmente inadmissível. *A criminalização primária*[1247] *se estabelece por ação - jamais por omissão -, das agências políticas*.”[1248]

Evidentemente, tudo o que foi dito não se aplica ao Direito Penal favorável ao réu médico[1249], porquanto para ele não existem os impedimentos legais, tampouco os legais reservistas, mormente por ser prescindível, nestes casos, a obrigação de o benefício advir, exclusivamente, da lei e por lei.[1250] Aí, o direito também pode provir de um exercício de fato, como no direito consuetudinário, ou da *praxis* da jurisprudência[1251], como direito judicial[1252], desde que, obviamente, o faça em benefício do médico, sobretudo excluindo, retendo ou limitando o poder punitivo.[1253] Todavia,

> “tal garantia deve ser entendida de boa-fé, ou seja, não pode ser invertida em benefício da arbitrariedade. O princípio significa que a doutrina e a jurisprudência não podem habilitar o poder punitivo além da lei, mas de modo algum acarreta o cancelamento da supremacia constitucional, mediante a pretensão de que a jurisprudência não pode limitar o poder punitivo, ao reduzir a termos racionais o alcance meramente semântico da lei, ou de que a doutrina não pode propor às agências judiciais essa redução. Isso tampouco significa que a jurisprudência e o costume sejam indiferentes em outro sentido: se é verdade que não se proclama a derrogação da lei penal por dessuetude, também é verdade que uma lei penal jamais aplicada ou interpretada pacificamente em um determinado sentido proibitivo (ou prescritivo) não pode, de surpresa, ser esgrimida contra um cidadão, só porque o poder desejou selecioná-lo. Um tipo penal não é um instrumento para que o poder surpreenda os cidadãos com sua arbitrariedade. A indiferença absoluta das agências

---

[1245] ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias...,* p. 189; e, no original, FERRAJOLI, Luigi. *Direito...,* pp. 302 e seguintes.
[1246] CONTRERAS, Joaquín Cuello. *El Derecho...,* p. 199: “*La facultad de los órganos jurisdiccionales alemanes de aplicar la ley penal por analogia en el régimen nazi estaba consagrada a nivel legal, en el proprio CP*”. Outrossim, MANTOVANI, Ferrando. *Principi di Diritto Penale*. Padova: Cedam, 2002, p. 3.
[1247] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...,* v. I, p. 43: “O processo seletivo de criminalização se desenvolve em duas etapas denominadas, respectivamente, primária e secundária. Criminalização primária é o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas.”
[1248] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...,* v. I, p. 212.
[1249] FERRAJOLI, Luigi. *Direito...,* p. 307: “Está claro que a “lei prévia” exigida por tais princípios é somente a lei propriamente *penal,* quer dizer, desfavorável ao réu.”
[1250] Exemplificando, embora de maneira mais estrita que no texto, ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...,* v. I, p. 203: “...os usos e costumes servem para estabelecer os limites da tipicidade penal quando a própria lei, de modo tácito ou explícito, a eles se remete: limites da fraude no comércio, o conceito de “objeto obsceno”, o devido cuidado em múltiplas atividades não-regulamentadas etc.” Mais do mesmo em FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto...,* p. 56.
[1251] Especificamente, sobre a influência da jurisprudência na interpretação e efetivação da criminalização secundária, ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...,* v. I, pp. 223-224.
[1252] STRATENWERTH, Günther. *Derecho...*, pp. 82 e 93.
[1253] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...,* v. I, p. 203.

> de criminalização secundária[1254] ou mesmo sua compreensão da lei condicionam uma perda da consciência de ilicitude e, por conseguinte, uma criminalização secundária omitida por longo tempo não pode, sem aviso prévio, ser posta em funcionamento[1255], ainda que somente pela impossibilidade de reprovação da conduta, à visão da reiterada omissão ou indiferença anterior das próprias agências criminalizantes."[1256]

3.1.1 O princípio (meio ou fim?) da legalidade e a lei penal (a)tempor(ã)al

Notável que seja a influência do princípio da legalidade, e dele como lastro para a interpretação espacial e temporal da lei penal[1257], nem sempre, porém, quando desta, tem ele merecido o destaque que lhe cabe, pertencendo à maioria da doutrina a responsabilidade pelo equívoco de interpretrar o artigo 3º, do Código Penal, desvinculado sistematicamente do parágrafo único, do artigo 2º, do mesmo diploma, e desvestido do sobretudo constitucional. Existem situações excepcionais ou transitórias que demovem a necessidade de uma legislação definitiva, cuja permanência, ainda que despropositada, porém indevida, reclamaria perigosamente, vez ou outra, o sacrifício inútil de um ou outro bem jurídico tributário da sua já agora e já por esse motivo, não tão debalde mantença, ficando atendidos, assim, os motivos insatisfatórios de um Direito Penal em liquidação. Não que se abrangeriam todas as situações, como nas leis penais atemporais - *de vigência indeterminada* -, senão, que essa legislação promocional efêmera se contentaria em se vender por poucos fatos que mediante ela ainda pudessem ser incriminados, saindo caro o benefício da sua indigna sobrevida. Costuma-se afirmar, ao olvido da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que a programação criminalizante primária temporal - *sob pena de inutilizar-se e, assim, não alcançar, ao menos a partir de determinado instante, qual sendo, o da irrealizabilidade do processamento e condenação de fatos acontecidos, geralmente próximos do seu ocaso*[1258]*, uma aproximação quantitativa, mas nem sempre qualitativa com a criminalização secundária, frustrando-se, com efeito, ainda que em certa medida, seus objetivos criminalizadores* -, precisa remarcar sua força seletiva, escolhendo dentre os selecionáveis, aquele que representará a pujante, embora aparente, infalibilidade desse sistema legal heterodoxo.

[1254] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...,* v. I, p. 43: "...criminalização secundária é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas..."

[1255] *Ad instar* do crime previsto no artigo 302, do CP brasileiro, sob a rubrica de "falsidade de atestado médico."

[1256] Abstraído o texto de ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...,* v. I, p. 203.

[1257] FERRAJOLI, Luigi. *Direito...,* p. 307: "A irretroatividade das leis penais é um corolário do princípio da mera legalidade..."

[1258] Em termos meramente citatórios, ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...,* v. I, p. 216: "O fundamento usual para o reconhecimento de tal exceção está na constatação de que, devido aos trâmites do processo penal que supõem uma sucessão encadeada de atos procedimentais, tais leis jamais seriam na prática aplicadas, se não dispusessem de ultratividade."

Com isso, tem-se propalado que a programação criminalizante primária, quando submetida aos caprichos do tempo, e apesar disso, espraia sua *longa manus* seletiva para após o falecimento da sua vigência e, o que é pior, criminalizando condutas praticadas sob a vigência de uma legislação penal autofagocitada, *i. e.,* revogada pelo próprio decurso do tempo, ou pelo encerramento das razões que a justificaram e a justificavam, enquanto vigorante e aplicável legislação atual que favorece o médico (artigo 2º, parágrafo único, do CP). Tudo isso colimando sustentar uma autopromoção e uma autoalimentação intimidativas. Cabe, desde logo, refutar esse fundamento usual. Constitui logicamente uma petição de princípio postular que se imponha a punição só porque, caso contrário, não seria ela imposta. Por outro lado, asseveram ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA e SLOKAR que, "a preexistência de lei criminalizadora é a própria condição política" - *mas, não natural* -,

> "impostergável da criminalização, e está presente em todo e qualquer delito: o argumento de vinculá-la aos delitos previstos nas leis penais temporárias ou excepcionais poderia ser expandido para toda e qualquer lei penal, com afronta ao princípio da retroatividade benéfica. A fórmula imperativa e incondicional mediante a qual a Constituição consagrou o princípio (artigo 5º, inciso XL, da CRFB/88), questiona duramente a exceção aberta pela lei (artigo 3º, do CP), e a doutrina brasileira começou, após 1988 – houve quem o fizesse ainda na regência da Constituição de 1946 -, a caminhar na direção de compreender que também as leis penais temporárias e excepcionais não dispõem de ultratividade em desfavor do réu. Corresponderá ao legislador, perante situações calamitosas que requeiram drástica tutela penal de bens jurídicos, prover para que os procedimentos constitucionalmente devidos possam exaurir-se durante a vigência da lei; o que ele não pode fazer é abrir uma exceção em matéria que o constituinte erigiu como garantia individual."[1259]

Referida exceção é inviável porquanto ela arrepia a segunda oração do artigo 5º, inciso XL, da CRFB/88. De retroatividade se tratar, isso é inteligível com o mero encontro, ainda que casual, da interpretação gramatical, aditada pelo disposto no parágrafo único, do artigo 2º, do CP. E, justamente, por conta da condicionante do benefício que, evidentemente advindo da *lege lata* posterior, ou, como sói acontecer, da não mais existência da legislação revogada por seus próprios termos, adrede espraia seus efeitos libertários para trás, ficticiamente voltados para época em que a sua vigência legal causal somente tencionava, visto que latente, existir ou recrudescer. Então, sob o espeque constitucional, essa água pretérita não mais gira o moinho - *que movimentou, durante anos, também o artefato maquinário da tortura* -, que produzia a criminalização das condutas levadas a termo sob a vigência da programação criminalizante primária provisória, pois, ainda que de auspicioso bom grado - *inobstante a inumação das boas intenções*[1260] *já haver abastecido a capacidade hoteleira do inferno* -, deveria obrigatoriamente contar com a quase inevitável morosidade da justiça que em nenhuma medida poderá ser usada como desculpa

[1259] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...*, v. I, p. 217.
[1260] Usando a expressão "cemitério de boas intenções", para outra ocasião, DEBORD, Guy. *A sociedade...*, p. 55.

para sua ultratividade, requente-se, flagrantemente inconstitucional.[1261] Chegada, então, já é a hora de sermos convinháveis. Se a novel programação criminalizante primária - *que tem o mesmo efeito que a ausência* a posteriori *daquela dita transitória*[1262] -, colide com fato outrora embrulhado pela lei heterodoxa revogada, dando ensejo a uma melhora significativa da situação do réu médico que, no mínimo, de condenável passa a, necessária e *in continenti*, absolvido - *e, não só, absolvível (artigo 2º, parágrafo único, do CP)* -, é evidente que em respeito aos termos constitucionais beneficie-se o médico expurgando do seu histórico qualquer mácula. Se é para beneficiar, como viabiliza a Constituição, que retroaja, como é seu comando ininterpretável sob quaisquer outras condições, sobretudo impeditivas, porquanto onde ela não embaraça usufruir o direito, proibido ao intérprete usurpador, fazê-lo.

Assim, essa legislação induradoura, espremida entre programações criminalizantes primárias, provavelmente mais amenas, cuja mantença sobre os efeitos do ato nela praticado pretende a maioria, não sobrevive ao que determina o artigo 5º, inciso XL, da CRFB/88, que apenas admite a possibilidade de condenação, *ad instar* de poder-se praticar tipicamente o ato, exclusivamente durante a vigência da programação criminalizante primária temporária e excepcional, obrigando a coincidência, portanto, da tipicização do ato, do seu processamento, da sua condenação e da sua apenação, repita-se, antes da chegada do fim da sua vigência. E, nem se diga que, com isso, remanesceriam frustrados seus intimidativos objetivos programadores criminalizantes primários, com o consequente e integral esvaziamento da secundária criminalização, haja vista que a criminalização de segundo plano, por representar-se materialmente, e por revelar a falibilidade persecutória do próprio poder punitivo, por si só já é suficiente para justificar o afastamento da primária, fragilmente disposta de maneira formal. De sorte que a contenção da vigência *post mortem* da programação criminalizante primária pode, ainda que com pouca vontade, ser realizada pela programação secundária[1263],

---

[1261] Pela inconstitucionalidade, ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...*, v. I, p. 217. Em sede lusitana, entendendo pela inconstitucionalidade, conquanto com argumentos inimportáveis, visto que igual e teleologicamente inconstitucionais, porque contrários à Constituição, ao menos à brasileira, DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal*: parte geral, questões fundamentais, a doutrina geral do crime, t. I. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 192: "Uma vez mais deve este entendimento ser contestado pelas razões aduzidas no § 45, a propósito da limitação, em certos casos, da aplicação da lei mais favorável pelo trânsito em julgado da sentença; e nomeadamente porque nem mesmo as leis constitucionais (e ainda menos os seus silêncios) devem em caso algum ser interpretadas contra a sua teleologia e a sua funcionalidade específicas."

[1262] Sendo oportuno lembrar sempre o que disseram ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...*, v. I, p. 212.

[1263] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...*, v. I, p. 44: "Apesar da criminalização primária implicar um primeiro passo eletivo, este permanece sempre em certo nível de abstração porque, na verdade, as agências políticas que elaboram as normas nunca sabem a quem caberá de fato, individualmente, a seleção que habilitam. Esta se efetua concretamente com a criminalização secundária... Desta maneira, elas estão incumbidas de decidir quem são as pessoas criminalizadas e, ao mesmo tempo, as vítimas potenciais protegidas... Isto corresponde ao fato de que as agências de criminalização secundária, tendo em vista sua escassa capacidade perante a imensidão do programa que discursivamente lhes é recomendado, devem optar pela inatividade ou pela seleção."

obediente, agora, aos reclamos constitucionais que prescrevem a retroatividade a benefício do médico. Benefício este, advindo da agora inexistente legislação temporal e excepcional criminalizadora. Mas esse aumento da contenção da programação secundária pelas agências judiciais, predispostas e preparadas para tanto, à obviedade, não é fácil porquanto extrai parcela significativa do poder das agências políticas - *responsáveis pela criminalização primária* -, além de ser perigoso, pois muito provavelmente assanhará o interesse destas por mais poder, em substituição ao perdido na medida em que se aumenta o poder das agências judiciais.[1264] Pensar em contrário[1265], *i. e.,* a favor da mantença da ultratividade do artigo 3º, do CP, seria fazer *tabula rasa* de regra geograficamente constante da própria Constituição[1266], e com lastro em norma hierarquicamente inferior (art. 3º, do CP), que, ao que consta, não foi recepcionada em 1988[1267], ao menos mediante uma interpretação com desprezo diferido de texto, sobretudo para fins de a *lege lata* temporalmente determinada alcançar, *ad futurum*, efeitos de fatos sob ela praticados. Mesmo porque, a despeito de o artigo 3º, do CP, reverenciar o *tempus regit actum,* deve-se dar prevalência ao comando constitucional posterior e hierarquicamente superior, não havendo que se falar de qualquer relação entre regra e exceção, senão, de determinação constitucional pautada pela retroatividade em benefício do réu, sem nenhuma restrição infraconstitucional que não recebeu da Carta Política de 1988 qualquer convite de hospedagem, gratuita ou onerosa. Igualmente, no âmbito infraconstitucional, do cotejo do artigo 2º, parágrafo único, com o artigo 3º, ambos do CP, proporcionalmente deve-se dar privilégio ao primeiro - *malgrado ser ele a regra de que o segundo é a exceção* -, por ostentar o mesmo

---

[1264] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...,* v. I, p. 40: "A mais óbvia função dos juízes penais e do Direito Penal como planejamento das decisões judiciais é a contenção do poder punitivo. Sem a contenção jurídica (judicial) o poder punitivo ficaria liberado ao puro impulso das agências executivas e políticas e, por conseguinte, desapareceriam o Estado de direito e a própria república."

[1265] Entendendo pelo alcance *post mortem* da lei provisória, JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*: parte general. 5. ed. Granada: Comares, 2002, p. 151: "*la razón de ello reside en que la abrogación de la Ley temporal sólo está motivada por la extinción de la causa que la originó pero no por un cambio en la concepción jurídica del legislador*."; ROXIN, Claus. *Derecho...,* pp. 168-169; MANTOVANI, Ferrando. *Principi...,* pp. 33-34; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito...,* p. 192; CONTRERAS, Joaquín Cuello. *El Derecho Penal* español: parte general, nociones introductorias, teoría del delito. 3. ed. Madrid: Dykinson, 2002, p. 251; TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 5. ed. 11. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 44; PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*: parte geral, artigos 1° ao 120, v. I. 7. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 199; e, BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte geral, v. I. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 151. Excepcionando a retroatividade, porque condicionada à previsão legal expressa da lei restaurada, tal qual dispõe o novel CP espanhol, MIR, José Cerezo. *Derecho Penal*: parte general, obras completas I. São Paulo/Lima: RT/ARA, 2007, pp. 287-288.

[1266] Fazendo um levantamento da doutrina espanhola, favorável em sua maioria à retroatividade, ao menos antes da vigência do novel CP espanhol e, embora, mediante uma ponderação de resultados, entenda pela irretroatividade, BACIGALUPO, Enrique. *Derecho...,* pp. 131-132. Outrossim, a favor dessa consequência, COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Curso de Direito Penal*, v. 1. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 29. Também, paradigmático, CARRARA, Francesco. *Programa do curso de Direito Criminal*: parte geral, v. II. Campinas: LZN, 2002, p. 229.

[1267] Pela falta de hospitalidade da Constituição para com o artigo 3º, do CP, ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...,* v. I, p. 217: "Cabe, pois, entender que o artigo 3º, do Código Penal não foi recebido pela Constituição da República."

conteúdo semelhante ao da Constituição, que não abriu a golpes de facão qualquer atalho desviante da retroatividade benéfica.

Se a programação primária criminaliza a omissão de notificação compulsória de conhecimento de determinada doença mediante legislação provisória, vigente apenas durante o surto infeccioso, desmerecerá qualquer sanção o médico que, desrespeitando-a durante a sua vigência, não é acusado, condenado e apenado também enquanto ela sobrevive, tal como aquele que não a notifica antes ou após seu vigor temporal. A vigência deve, *ipso facto,* abranger o *iter* que vai da prática do fato previsto até o cumprimento integral da sanção. Senão, não é ele típico, ou não se acusa o médico, ou não se o processa, ou não se o condena ou não se o apena, ou, quando menos, se o faz até a cessação da referida vigência da programação criminalizante primária. Nesse ínterim, obviamente, ao contrário do que dito acima, é a criminalização secundária quem deve obediência à sua antecedente.

Por fim, e voltando especificamente ao assunto, desmerece acolhimento o argumento de que a retroatividade da lei mais benéfica - *da programação (des)criminalizante temporalmente conglobante* -, anularia, ou mesmo afetaria sobremaneira a capacidade intimidatória da legislação temporal[1268], sobretudo considerando, equivocadamente por certo, que estas leis são ditadas para reforçar em circunstâncias excepcionais a proteção de determinados bens jurídicos[1269], pois, como é de sabença cediça, ou, ao menos deveria ser, a programação criminalizante primária não se presta a proteger bens jurídicos, senão, a proteger os bens jurídicos de qualquer ofensa que lhes seja desinteressante. Daí que, uma vez ofendidos quando da vigência da lei penal temporal, devem todas as condutas pressupostas ser imediata[1270] e integralmente sancionadas - *sem qualquer seletividade das que o serão sob a ainda vigente legislação, e das que,* in these*, somente o seriam mais tarde, não mais sob a vigência da lei induradoura* -, e justamente porque, deixadas para depois, correm o risco bastante provável de a sanção

---

[1268] Contraditoriamente, embora com outro argumento, igualmente inaceitável, JAKOBS, Günther. *Derecho...*, pp. 117-118: "*Sin embargo, no se entiende qué hay de inconveniente en el desmoronamiento de la autoridad de una ley que pronto va a perder vigencia. Así pues, este fundamento no se tiene en pie. En realidad, la ulterior ejecución de la conminación penal de la ley temporal no es que se verifique porque, de lo contrario, la norma no pudiera imponerse en el tiempo de su plena vigencia, sino porque el comportamiento pasado (el supuesto antiguo) se define aún en el momento del juicio como defraudación de expectativa necesitada de garantía normativa... La única peculiaridad de la ley temporal es que en el momento de la sentencia ya no se puede producir una defraudación de expectativa porque "los tiempos" han cambiado, bien signifique esto que el suceso ya no se produce más, o que como nuevo suceso ya no llama la atención como algo que decepcione*." De outro ângulo de visada, desconsiderando quaisquer expectativas, DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito...*, p. 192: "Não existem por isso aqui expectativas que mereçam ser tuteladas, enquanto, por outro lado, razões de prevenção geral positiva persistem." A favor da eficácia intimidante, MANTOVANI, Ferrando. *Principi di Diritto Penale*. Padova: Cedam, 2005, p. 34. Ver, ainda, BACIGALUPO, Enrique. *Derecho...*, pp. 131-132.

[1269] BACIGALUPO, Enrique. *Derecho...*, pp. 131-132.

[1270] Não se está, com isso, pretendendo eliminar o procedimento penal mister para tal feito, senão, quiçá, abreviá-lo com a consequente redução da quantidade e qualidade da sanção, como defende SILVA-SÁNCHEZ, Jesús María. *A expansão do Direito Penal*: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. *In* série as ciências criminais no século XXI, v. 11. São Paulo: RT, 2002, *passim*.

posterior ao fim do prazo de vigência dever ceder passo à (não) sanção de condutas mais atualizadas e, não porque estas instabilizam mais acesamente o discurso das agências políticas, senão, porque, num confronto com aquela, devem estas ser selecionadas pelas agências judiciais na razão direta da impossibilidade de atender a toda a seleção prévia das agências políticas, bem como pelas exigências, indevidas, mas inafastáveis por hora, daquele mesmo discurso que deve ser afastado gradualmente[1271]. Ademais, ultrapassado seu prazo legítimo é que ela não terá mesmo qualquer função intimidatória, senão, meramente retributiva, efeito este de há muito postergado das funções programadoras penais por representar, mediante puro e tosco exercício de poder e violência, pura vingança pública[1272], inútil, complemente-se, e que, ao contrário do que se tem sustentado não retribui o delito, senão a inabilidade do selecionado, visto que embora um número muito grande de pessoas protagonize delitos, o poder punitivo somente seleciona os inábeis.[1273] Pretende-se intimidar e, quando não se intimida mediante a programação criminalizante primária, se o faz pela via transversa da criminalização secundária seletiva, substitutiva da intimidação primária ineficaz. Mas, mesmo esta, entre os delitos atuais e os obsoletos, seleciona os primeiros, refazendo seu arremedo de discurso, autolegitimando-se. E, nem mesmo orientações de política criminal pretendendo justificar o reforço da programação criminalizante primária temporal - *que, nessas circunstâncias, ao contrário do que se propagandeia, frustrar-se-iam de pronto* -, conduzem ao entendimento contrário, porquanto é esta mesma política criminal contencionista que deve represar o poder punitivo em um sistema punitivo como o brasileiro, pautado em pôr a ordem constitucional a cavaleiro da infra. Nestes casos, compete ao sistema civil e administrativo - *ou seja, não penal* -, assimilar a eventual ofensa, sem olvidar que mesmo eles podem dar ensejo a uma sanção ainda mais insuportável que aquela que outrora poderia advir do poder punitivo criminal.

Debruçando-se sobre o tema, escreveu LUÍS GRECO, ancorando-se em TIEDEMANN, quase que indesafiavelmente, que

---

[1271] Pugnando por um afastamento gradual até chegar ao abolicionismo, passando-se, porém, pelo minimalismo, ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*: a perda de legitimidade do sistema penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, *passim.*

[1272] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...*, v. I, p. 142: "...c) não se explica tampouco que uma pessoa sofra o mal e que o Estado é que exija retribuição... Muito menos explicável é a pretensão de que a pena tem função retributiva. Não se pode compreender uma função retributiva fora do marco de uma reparação, porque a retribuição não é um fim em si mesma - nem sequer para KANT -, mas sim um meio que encontra sentido quando associado a uma finalidade diferente, tal como a reparação ou a vingança. Nenhuma dessas duas finalidades, porém, corresponde a um ente distinto do próprio ofendido como acontece com a pena."

[1273] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...*, v. I, p. 142.

> "a doutrina dominante continua a descrever e a defender a subsidiariedade entendida nos termos acima expostos.[1274] Mas um grupo minoritário de autores, encabeçado por TIEDEMANN, vem já há algumas décadas fazendo algumas colocações relevantes. Questiona-se, principalmente, a premissa da qual parte o referido princípio, a saber: a de que a sanção penal seja sempre a mais grave. Não só está claro que o direito administrativo e o direito civil podem atingir o cidadão de modo muito mais severo, com multas exorbitantes, sanções de perda do cargo no caso de funcionário público, proibições de licitar e indenizações imprevisíveis – compare-se a cesta básica paga em processos criminais de competência do juizado especial com o dano moral imposto também no juizado, mas desta vez cível -, como também que o direito penal dispõe de muito mais garantias, em especial de ordem processual, do que os dois outros ramos do direito. Ou seja, muitas vezes a intervenção do direito penal far-se-ia necessária, não porque ele, como meio mais grave, devesse sempre entrar em cena por último e sim porque ele já não seria o meio mais grave. Para TIEDEMANN, esta é a situação especialmente no direito penal econômico e ambiental."[1275]

Também, acolhida não terá o argumento de que com isso reduzir-se-ia, ilogicamente, a vigência da lei em prazo mister para, assim, poder-se outorgar às agências policiais e judiciais tempo suficiente para pesquisa, descoberta, coleta de dados, processamento e aplicação da programação criminalizante primária, passando sua cláusula temporal a ter que viger com uma redação que, de antemão, já previsse, com base em estatísticas ou em períodos processuais estandardizados, o necessário desconto temporal para sua efetivação.[1276] Isso é um problema de estratégia organizacional, inatribuível e incobrável ao acusado!

Insuficientes que pareçam ser os problemas - *cujo tratamento não difere muito daquele prognosticado por ZAFFARONI, embora para outra questão, quando afirmou que "sempre é secundário e somente merece atenção quando urge implantar alguma manobra clientelista e neutralizar algum prblema desacreditador"*[1277] -, que a questão indevida e inconstitucionalmente já suscita, absurdamente avoluma-os MANTOVANI quando entende pela constitucional desprodução de efeitos retroativos beneficiantes da *lege lata* temporária ou excepcional posterior, mais favorável ao réu que sua antecedente, para fatos praticados sob a vigência desta.[1278]

Para início de conversa, embora pareça coerente diminuir a culpabilidade em épocas de legislação transitória, ao fim da conta, o jogo acabará com um resultado fraudado, sobretudo quando embargada a transferência desse tratamento beneficioso às condutas praticadas sob a lei precedente. É que, conforme se tentará demonstrar, malgrado a diminuição da culpabilidade, notadamente acontece, nessas épocas de legislação heterodoxa,

---

[1274] GRECO, Luís Filipe. Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no Direito Penal. *In* BRITO, Alexis Augusto Couto de; VANZOLINI, Maria Patrícia (Coord.). *Direito Penal*: aspectos jurídicos controvertidos. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 150 e seguintes.
[1275] GRECO, Luís Filipe. Breves..., pp. 171-172.
[1276] Mais do mesmo, em CARRARA, Francesco. *Programa do curso de Direito Criminal*: parte geral, v. II. Campinas: LZN, 2002, p. 229: "Tal sistema é justo, embora enfrente a objeção especiosa de que de tal modo a lei ditada por um ano jamais durará um ano, mas sempre alguns meses ou algumas semanas menos, pela necessidade de um intervalo entre a sua violação e o julgamento definitivo." Já, JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado...*, p. 151: "*De lo contrario, además, tan pronto como la vigencia de la Ley temporal fuera aproximándose a su fin dejaría de poseer autoridad alguna*." Por sua vez, ROXIN, Claus. *Derecho...*, p. 169: "*Además, si no existiera el § 2, IV, se podría infringir sin peligro una ley temporal en la última fase de su período de vigencia, puesto que el autor estaría seguro de que ya no se le iba a juzgar antes de su derogación.*" Concorde, JAKOBS, Günther. *Derecho...*, p. 117.
[1277] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Crime...*, p. 57.
[1278] MANTOVANI, Ferrando. *Principi di Diritto Penale*. Padova: Cedam, 2005, p. 34.

um aumento do discurso criminalizante, abastecido pelas agências desburocratizadas (mormente as de comunicação), ansioso por mais criminalização secundária, única que, nessas ocasiões, pode ser majorada em termos práticos. Conforme entendem ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA e SLOKAR,

> "o Direito Penal se constrói, deste modo, como um discurso que racionaliza (legitima) o exercício do poder punitivo pois, de acordo com a sociologia por ele criada, atinge a todos igualmente, é exercido pelos juízes, através de mandato dos legisladores (representantes do povo) e se vale da coação direta das agências executivas apenas segundo suas instruções. ...De acordo com o mundo por ele criado, ensaia a planificação de todo o exercício do poder punitivo como se este se adequasse às pautas dos teóricos. Como esta construção não respeita a realidade do poder, o discurso que a enuncia se arvora em legitimante de um poder que não é jurídico, mas sim policial, político, comunicacional e também subterrâneo (ilícito). ...De que necessitam hoje, os que ascendem ao poder, afora uma boa milícia, aguardente e salaminho? - Necessitam de texto. Esta afirmação de ANDRÉ GLUCKSMANN é exata: sem discurso o poder se desintegra. ...Assim sendo, o Direito Penal preferiu exercer poder com o próprio discurso, em lugar de exercê-lo mediante decisões adequadas à realidade por parte das agências jurídicas, sacrificando sua orientação racional em favor da conservação do poder discursivo. ...A tática de poder empregada até presentemente está começando a fracassar: o Direito Penal deve incorporar o discurso midiático bélico, ou enfrentá-lo. No primeiro caso, ele se degradaria até acabar se diluindo no da mídia. No segundo, ele deveria mudar sua tática e recompor-se como discurso jurídico, na condição de orientador e enfatizador do poder direto das suas agências."[1279]

Francamente, essa situação que ali se contesta é realmente absurda e depõe contra uma política criminal contencionista e consequencialista em que não pode haver uma discrepância entre o discurso penal e a realidade do poder jurídico.

Dizer, *ex hipothesy,* que é justamente nas situações excepcionais e temporárias que o réu deveria majorar o seu cuidado e atenção, agravando sua culpabilidade[1280], equivale a desprezar a potencial consciência da ilicitude, tão mitigada nesses tempos de hiperinflação criminalizante primária, que remanesce diminuída - *ou mesmo excluída, porquanto não é admissível que se apene a quem não poderia conhecer a proibição*[1281]*, bastando imaginar o caso do médico de campanha que durante uma epidemia sequer tem tempo de se inteirar da novel programação criminalizante primária pertinente ao combate da morbidez em alastro, sendo descabido contraditar argumentando que o possível conhecimento exigido não pode, sempre, ultrapassar o senso comum do certo e do errado*[1282]*, imanente a todo ser humano imputável, porquanto aí, confundir-se-ia direito com moral ou ética, além de que, como é de sabença cediça, hoje em dia existem inúmeras prescrições legais penais que sequer podem ser mensuradas como certas ou erradas, não passando de meras exigências burocráticas das agências políticas que, não conseguindo fiscalizá-las, tentam contê-las mediante a imposição de requisitos que, uma vez descumpridos, ensejam não o temor da pena, que por si só já é fantasioso, mas a probabilidade da condenação, mediante um discurso criminalizante secundário propagandeado como necessário e infalível para realimentar o poder punitivo* -, nesses casos, como é inegável, o que demandaria, à laia de logicidade e coerência, e,

---

[1279] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...,* v. I, pp. 71 a 73.
[1280] Concentrando o problema na culpabilidade, BACIGALUPO, citado por ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...,* v. I, p. 224: "Não se trata de uma questão de legalidade nem de tipicidade, mas sim de culpabilidade, que deve ser apresentada como erro de proibição invencível."
[1281] Citando TAVARES, Juarez. ADCP, 1987, p. 767 *apud* ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...,* v. I, p. 224.
[1282] É por isso que se fala em potencial consciência da "ilicitude", e não do "tipo".

por ricochete, um tratamento mais ameno aos criminosos da lei temporal, e não um mais exigente.

Acontece, porém, que o consumidor das agências - *condicionado pelo artigo 37, do Código de Defesa Consumerista* -, não pensa assim, fantasiando em sua psique, quiçá conduzido por um discurso de massas amorfas, que, ao contrário do exposto, deveria haver sim, um aumento da culpabilidade em consonância com um, no seu entender e sentir, aumento da demanda por mais cuidado (por parte dos agentes) e proteção (por parte das agências) em épocas anormais. Por outro lado, contraditoriamente, e aí se começa a marcar as cartas que vão fraudar as regras da jogatina, o tratamento dissonante, então proposto, não desestimula a prática do crime pelo médico antes da chegada da lei temporária e excepcional, tornando ainda mais irrazoável o discurso penal, pois, sejamos convinháveis, nenhum médico deixará de praticar o crime seja porque sequer sabe que a novel legislação benéfica chegará, seja porque, surgindo ela, não a aguardará para, só depois, quando da sua vigência, atuar. Por isso, o famigerado atrativo da prática da ação somente após o início da vigência da lei temporal vantajosa, com o fim exclusivo do benefício da pena diminuída, em conjuntura em que a menor bitola da culpabilidade advém de não ter - *sabe-se lá porque cargas d'água* -, havido interesse das agências políticas em atender a uma possível demanda especial por maior proteção contra ofensas aos bens jurídicos, não atrai em nada, porquanto se destina ora àqueles que já praticariam o ato de qualquer maneira, e ora, tardiamente, àqueles que, apressadamente, já o praticaram. De sorte que a menor ansiedade das épocas de tranquilidade em que o discurso seletivo não vende comerciais, não atrai a atenção da mídia e, de consequência, dos seus consumidores, que não se condicionam, porque imprevisível, a qualquer alteração legislativa favorável, sempre meramente possível e inesperável.[1283]

"Como é natural, tudo o que chama a atenção pública move os políticos a usá-lo no campo do clientelismo e a polícia a lhe dedicar atenção preferencial"[1284], servindo, como assenta VERA MALAGUTI BATISTA, "os meios de comunicação em massa, principalmente a televisão" como vetor "para o exercício do poder de todo o sistema penal, seja através dos novos seriados enaltecedores do extermínio, seja através da 'invenção da realidade' no noticiário para produção de indignação moral, seja pela fabricação de estereótipos do

[1283] DUMAS, Alexandre. A pós-modernidade no Direito Penal brasileiro. *In Nilo Batista*: a luta pelo Direito. Rio de Janeiro: Chronos, publicação da Unirio, 2007, ano 2, n. 4, p. 45: "Também não é segredo que os veículos de comunicação elegem os assuntos que devem ser noticiados em função tanto de seus interesses - que podem variar dos mais nobres aos mais espúrios - , quanto do aleatório gosto de seus leitores. É nesse imponderável universo de tantas variáveis que se opera a eleição daquele que será perseguido pela polícia, pelo judiciário ou pelo sistema penitenciário. E, curiosamente, os eleitos nesse sinistro sufrágio, de um modo geral, são sempre os mesmos: desempregados, camelôs, prostitutas e demais excluídos do programa neoliberal em curso."

[1284] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Crime...,* p. 48.

criminoso."[1285] Enquanto que a maior intranquilidade desencadeia a necessidade do aumento do discurso que, se vier adstrito a uma diminuição da culpabilidade, igualmente não convencerá seus destinatários que, indiferentes a isso, não se furtarão de incorrer em seus crimes. Então, a solução da questão não está no discurso propagandeado, senão, na necessidade de considerá-lo de um modo ou de outro, desde que o seja de maneira lógica e, à laia de uma orientação racional, plausível, portanto, a atender aos reclamos que a realidade impõe.

A culpabilidade, decomposta na potencial consciência da ilicitude, deve ser aferida com arrimo na época em que o fato fora praticado, isso é verdade - *mormente porque o contrário se escancaria, à toda evidência, a um poder punitivo ainda irracional* -, mas, também é verdade que essa mesma culpabilidade, malgrado pressuponha uma análise subjetiva, possui limites máximo e mínimo, somente dentro dos quais pode pendular o magistrado. Ocorre que, havendo uma alteração desses marcos, tal qual na situação acima em que houve uma diminuição da reputação da culpabilidade - *pois passou a se contentar com menos culpabilidade* -, pela legislação transitória para níveis inferiores em relação aos da legislação revogada por ela, obrigatoriamente deverá haver, outrossim, uma influência desse redimensionamento na capacidade de manejo do julgador no que respeita àquela culpabilidade. Ora, embora *prima facie* a culpabilidade delineadora, qual sendo, aquela a apreciar - *que chamaremos de referida* -, devesse ser a inerente ao agente quando da prática do ato, ou seja, antes da entrada em vigor da lei temporária, esta, por sua vez, reduzindo os lindes da culpabilidade delimitadora - *que chamaremos de referencial* -, determina que a criminalização secundária, dirigida ao agente que praticou o crime antes da vigência da lei heterodoxa, leve isso em consideração quando da mensuração da culpabilidade (referida), de sorte que não haveria - *e isso, à toda evidência, é proposital* -, como a culpabilidade referencial não influir na referida, principalmente porque, repita-se, fora a própria agência política quem diminuíra seus marcos. Aliás, como disse CONTRERAS, o fundamento de vigência da lei temporal não é o de assegurar a punição de fatos do passado, como entende HASSEMER, senão, solucionar um conflito do presente, de acordo com JAKOBS.[1286] Se a intenção é solucionar um conflito do presente, deve ele ser medido com o instrumento do presente. Mas, não que se vá desprezar ou alterar a culpabilidade referida, mas sim, vai-se, apenas, o que já é muito, adequá-la a um novo gabarito, não se podendo ultrapassar o da lei temporária, sobretudo para cima. E, é essa apreciação coetânea que justifica a retroatividade das leis mais benéficas, porquanto é mediante ela que se moderniza o

[1285] BATISTA, Vera Malaguti. Drogas..., p. 234.
[1286] CONTRERAS, Joaquín Cuello. *El Derecho...,* pp. 252-253.

conflito, atualizando-o para o momento em que ele, realmente, será apreciado pelas agências judiciais. Não se diga, porém, que essa é uma empreitada exclusiva dessas agências, porquanto as políticas, as executivas, e até mesmo as subterrâneas, embora estas em menor medida, porquanto motivadas por critérios mais apegados à vindita que à demagogia, também amiúde atualizam suas pretensões, deixando de punir conflitos que não mais lhes interessam na medida em que, aumentando sua remoticidade, diminuem seu poder de legitimar, falsamente, o discurso que outrora selecionava os etiquetados e privilegiava os etiquetadores. Essa é uma das grandes consequências do distanciamento entre a criminalização secundária e a criminalização primária programada e prometida como eficaz.

Assim, desprezada qualquer intimidação - *visto que notadamente fantasiosa sua pretensão, pois nenhum médico deixará de cometer o delito por conta da fatigante leitura da programação criminalizante primária de bolso* -, esvaziada pela adveniência da lei nova transportadora de sanção mais amena, deve a questão merecer o mesmo tratamento que a anterior, qual sendo, o da retroatividade da lei mais benéfica, sobretudo porque deve haver uma mudança de concepção da agência política que passará a entender que aquele crime, embora praticado antes, mas com efeitos postergados, se praticado hoje, não mereceria a sanção mais dura da ocasião. Para se sustentar, não pode o discurso criminalizante usar o argumento da necessidade de eliminação ou diminuição dos crimes e dos seus efeitos e, em outro momento, em que há diminuição dessa necessidade - *tanto que reduzida a culpabilidade* -, manter a mesma partitura do discurso.[1287] Pensar em contrário é persuadir a prática do crime, teimosamente desejado pelo criminoso que, agora sob a vigência da lei nova excepcional ou temporária, o levará a cabo com o aval premiário do legislador, e num momento em que, com razão, estão realçadas as demandas - *então, não atendidas pelas agências* -, por maior criminalização. Mas, essa *contradictio in adiectio* é resolvida pela Constituição que admite, como visto, à laia de incondição, a incontinência da retroatividade da lei favorável, haja vista que, por ela, a culpabilidade não deve interferir como uma variável meramente formal e esporádica, porquanto se o próprio legislador, optante da consideração da lei como temporária ou excepcional, e apesar disso, reputou a prática do crime nela previsto - *quanto à culpabilidade* -, como mais amena - *malgrado as exigências otimizadas de atenção, cuidado e respeito pela inofensa ao bem jurídico* -, parece óbvio que ele entendeu, também, em conceder o devido desconto à culpabilidade levada a termo quando da vigência da lei anterior, que merecerá sim o benefício advindo da lei heterodoxa ou de prazo determinado.

[1287] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...*, v. I, p. 200: "Se o sistema não consegue evitar contradições internas, deve ser modificado ou substituído por outro que as evite sem afetar a validade dos limites indicados para sua função: o sistema é um meio, e não um valor em si mesmo. Sua construção lógica reconhece, dessa maneira, *caminhos proibidos* que derivam de sua função."

Seja como for, realisticamente, ao final da operação aritmética nada disso importará, seja a culpabilidade, seja a solução do caso presente *etc*., porquanto, de qualquer maneira - *e esse não é um discurso pessimista, mas de constatação* -, a seletividade continuará sendo estrutural e, por conseguinte, não há sistema penal no mundo cuja regra geral não seja a criminalização secundária em razão da vulnerabilidade do candidato, sem prejuízo de que, em alguns, esta característica estrutural atinja graus e modalidades aberrantes. Por isso, a criminalização corresponde apenas supletivamente à gravidade do delito, que é o conteúdo injusto do fato, sendo ela determinante somente quando, por configurar um fato grotesto, eleva a vulnerabilidade do concorrente.[1288] Ora, os médicos, durante e em razão do seu múnus, além de a princípio não comporem, por conveniência das agências, aquela parcela dita vulnerável, seus atos, ainda que grosseiros, mas também *prima facie* e por conveniência, não deveriam imiscuí-los nesse universo, tampouco deveriam aumentar sua vulnerabilidade, sempre considerando, obviamente, a pauta punitiva atual.

Ocorre que, aqui, em desfavor do médico geralmente não se dá aquilo que, tomando de empréstimo, designa-se de "efeito Doppler."[1289]

É dizer, as agências, observando a alteração - *muita vez irrelevante, penalmente falando, ou melhor, independente do que façam* -, na frequência dos atos de alguns candidatos - *mormente aqueles desvalorados, estereotipados ou pior adestrados*[1290] - que, apesar disso, permanecem domesticados - *tal qual aconteceu com os capoeiras que, não podendo ser destruídos, foram domesticados criando-se uma conjuntura favorável à sua reinserção ao sistema de maneira menos indiscreta*[1291]*, alcunhada por MURILO DE CARVALHO, como visto, de "estadania"* -, ou imóveis - *é dizer, nasceram e, muito provavelmente, continuarão sendo ou pertencendo a uma classe social, étnica, etária, de gênero ou estética reputada criminalizável com mais facilidade, dando a entender que são eles "os únicos delinqüentes" e que os seus atos seriam "os únicos delitos"*[1292] *praticados* -, "movimentam-se" constante e penalmente em direção àqueles - *seja na programação criminalizante primária, sempre produtiva e criativa, seja na criminalização secundária, tão seletiva quanto aquela* -, numa cruzada contra um mal que quase sempre só existe como justificativa para a acobertamento de um mal maior praticado por outros, menos vulneráveis e, por isso, menos diagnosticáveis, ainda que intencionalmente. Nesse "trágico baile de máscaras", as agências conduzem o espetáculo punitivo - *aplaudido de pé pelo próprio ANTOINE DE*

[1288] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...*, v. I, p. 51.
[1289] SOURNIA, Jean-Charles. *História...*, p. 380: "Modificação da freqüência de uma vibração, notada por um observador móvel enquanto a fonte das vibrações se encontra fixa. O estudo deste efeito utiliza-se no diagnóstico das anomalias dos vasos sangüíneos."
[1290] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...*, v. I, pp. 46 e 48.
[1291] CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados...*, p. 23.
[1292] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...*, v. I, p. 46.

SERVAN, o penalista mais conceituado e técnico da França do século XVIII[1293] -, tendo como dançarinos, exclusivamente, os etiquetados - *ou, nem tanto, como no caso dos etiquetáveis, a quem se dirige, também, os fins da punição*[1294] -, que, mesmo trocando de personagem[1295], e é só isso que podem fazer, infelizmente não conseguem se despersonalizar[1296] como inimigos, desempenhando sempre o mesmo papel[1297], previamente escrito.

Solução idêntica à elencada acima deve ser disposta quando houver uma sucessão de leis temporárias, prevalecendo a antecedente, quando mais benéfica que a consequente, para fatos praticados sob a vigência daquela, ou a sucedente, para fatos praticados sob sua vigência ou sob a da anterior, quando essa beneficie o réu, retroagindo, portanto.[1298]

Oscilante, todavia, parte da doutrina entende pela possibilidade, ou não, de retroatividade em casos de sucessão de lei temporária ou excepcional por outra de igual caráter, invocando como argumento para essa dependência, a natureza das leis em sequência. Se se tratar de leis determinadas pela alteração de condições político-sociais, deve negar-se a retroatividade da nova lei. Entrementes, continua afirmando esta parte da doutrina, se a inovação legislativa for determinada pela necessidade de regular de modo mais racional e equitativo a mesma matéria, permanecendo substancialmente inalteradas as circunstâncias excepcionais que sugeriram a legislação precedente, impor-se-ia a retroatividade da lei mais favorável.[1299]

Desmerece sustento, advirta-se, a afirmação de que é a natureza da lei quem dirigirá seu destino em caso de confronto com outra posterior de idêntico fundamento, porquanto, além de o próprio inesquecível FRAGOSO dela se afastar quando afirma que não são leis excepcionais as normas que prevêem fatos que só podem ter lugar em situações excepcionais,

---

[1293] ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias...*, pp. 168-169.

[1294] ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias...*, pp. 109-110: "No entanto,... ao lado das técnicas secretas de averiguação da verdade,... o poder também era exercido por outras técnicas públicas que foram denunciadas com igual vigor pelos iluministas. Estas outras técnicas e justiça e governo, aplicadas pelo poder punitivo como atribuição do soberano, realizavam-se por meio do espetáculo. Este espetáculo seria oferecido especialmente por ocasião da execução dos castigos, considerados um direito do monarca e do Estado. O principal dispositivo através do qual se exercia este direito (com o objetivo de manter a ordem), e que reproduzia o diagrama de poder, era o castigo mediante o suplício. Nele, o rei, através do carrasco, exercia sobre o corpo do condenado a mutilação ou a morte diante dos olhos do público, a fim de que a marca no corpo individual se gravasse nos corações dos outros indivíduos."

[1295] Em latim, *persona, æ* (donde se extrai o vocábulo "personagem"), significa máscara (de um ator no teatro). *In Dicionário de Latim-Português.* 2ª edição. Porto: Porto editora. 2001, p. 504.

[1296] A imagem das máscaras se deve, também, ao que disse ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo...*, p. 19: "É inevitável que o Estado proceda dessa maneira, porque por trás da *máscara* acredita encontrar um *inimigo*, retira-lhe a *máscara* e com isso, automaticamente, elimina-o do seu teatro (ou de seu carnaval, conforme o caso)."

[1297] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo...*, p. 104: "Aquele que pretende saber quem é o *inimigo* com um simples olhar para o mundo miniza ou nem sequer apercebe-se do risco da arbitrariedade política: o *inimigo é quem é inimigo*. Dessa perspectiva, pode-se afirmar que qualquer pretensão do poder político de impor a etiquea a quem *não é inimigo* seria imediatamente desqualificada ao verificar-se empiricamente que o rótulo é falso."

[1298] Implicitamente, MIR, José Cerezo. *Derecho...*, p. 288.

[1299] Ancorando-se em GRISPIGNI, FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições...*, p. 126.

a menos que estejam contidas em leis excepcionais[1300], o que, em toda medida, de forma inconteste, põe a fonte da lei acima do seu objetivo e conteúdo, a Constituição não fez qualquer reserva ou ressalva à retroatividade, determinando-a a cargo, exclusivamente, do benefício adveniável ao réu, e ponto final! Em palavras mais milimétricas, como dizia CARRARA, em todo caso, tais são os princípios gerais sobre este assunto. Inspiram-se, em substância, na regra da prevalência da benignidade, que pode dizer-se absoluta.[1301]

3.1.2 O princípio (meio ou fim?) da legalidade e a lei penal em branco

Não se pode, sob o pretexto da vagueza imanente aos vocábulos que compõem as leis, admitir o afastamento, ainda que para logradouro próximo, do princípio da legalidade[1302, 1303] - *tampouco sua aplicação integral*[1304, 1305, 1306] -, que deve impor o seu respeito na proporcional e *in continenti* medida da maior proximidade referencial funcional com o mandato de determinação advindo da exigência de clareza no direito[1307], sem o que remanesceriam os

---

[1300] Ancorando-se em GRISPIGNI, FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições...*, p. 126.
[1301] CARRARA, Francesco. *Programa...*, p. 230.
[1302] No mesmo sentido, ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...*, v. I, pp. 206-207.
[1303] SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito...*, p. 50: "...a transferência da competência legislativa para definir a *conduta proibida* para o Poder Executivo, ou para níveis inferiores de atos legislativos, infringe o *princípio da legalidade*, como o afirma um setor avançado da literatura penal - afinal, o emprego instrumental do Direito Penal para realizar políticas públicas emergenciais é inconstitucional."
[1304] Apontando os inconvenientes dessas duas teses extremas, citando MAGGIORE e CARNELUTTI, diz o garantista FERRAJOLI, Luigi. *Direito...*, p. 302: "'Quando se produza um ato novo', escrevia em 1939 o jurista moralista GIUSEPPE MAGGIORE, 'que seja *substancialmente*, mas não *formalmente* delito, porquanto não esteja incriminado por nenhuma disposição legal, o que fará o Estado? O Estado liberal, frente a uma eventualidade semelhante, permanecerá inerte, paralisado pelo ordenamento jurídico que lhe ordena *nec plus ultra*, e, ainda lastimando a impossibilidade de agir, tolerará que impere a completa impunidade; o Estado totalitário, ao contrário, ordenará a seus juízes que punam, criando eles a norma que falta.' E FRANCESCO CARNELUTTI acrescentava: "'Não existe nenhuma verdadeira razão pela qual um ato socialmente prejudicial apesar de não expressamente encontrar-se previsto pela lei penal não possa ser punido'." De outro lado, chamam a atenção ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...*, v. I, pp. 43-44: "A criminalização primária é um programa tão imenso que *nunca e em nenhum país se pretendeu levá-lo a cabo em toda a sua extensão nem sequer em parcela considerável, porque é inimaginável.* A disparidade entre a quantidade de conflitos criminalizados que realmente acontecem numa sociedade e aquela parcela que chega ao conhecimento das agências do sistema é tão grande e inevitável que seu escândalo não logra ocultar-se na referência tecnicista a uma *cifra oculta*. As agências de criminalização secundária têm limitada capacidade operacional e seu crescimento sem controle desemboca em uma utopia negativa. Por conseguinte, considera-se *natural* que o sistema penal *leve a cabo a seleção de criminalização secundária apenas como realização de uma parte ínfima do programa primário*."
[1305] Citando COBO DEL ROSAL e VIVES ANTÓN, diz CONTRERAS, Joaquín Cuello. *El Derecho...*, p. 207: "*Una concepción particularmente rígida de la taxatividad en Derecho Penal es la sustentada por COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, para quienes el principio de legalidad obliga a que la claridad y taxatividad de la ley excluya "la concreción efectiva de las infracciones o de las penas" por el poder judicial, resaltando que, em su aspecto técnico, la "ley penal há de formularse perfectamente por medio de conceptos descriptivos, evitando las cláusulas valorativas de contenido difuso" y "enunciados normativos difíciles de precisar*".
[1306] MIR, José Cerezo. *Derecho...*, p. 251: "*El principio de legalidad de los delitos y las penas es un principio que nunca es susceptible de plena realización. Esta exigiría un casuismo excesivo de las figuras delictivas y la utilización exclusvia de elementos descriptivos. Por grande que fuera el casuismo, que haría a los Códigos penales sumaente farragosos, nunca podría el legislador comprender la rica variedad de los hechos que ofrece la vida real. Las figuras delictivas se forman, por ello, en virtud de un proceso de abstracción a partir de los hechos reales*."
[1307] FERRAJOLI, Luigi. *Direito...*, pp. 304 a 306: "Da mesma forma que o princípio de mera legalidade, também o princípio de estrita legalidade, que opera consoante a fórmula *nulla lex poenalis sine necessitate, sine damno* etc., como norma de

jurisdicionados reféns do programador criminalizante primário que, inclusive mediante o atendimento, ao menos formalmente escorreito do processo legislativo[1308] poderia, mediante a criação de um diploma legal penal - *mormente quando fragmentado*[1309] -, desobedecer a segurança jurídica legitimando, por via oblíqua, o poder punitivo[1310] que, então, acabaria, *ad absurdum,* habilitado no próprio tipo[1311], mormente porque, "se se acrescentar a isso o fato de que ele representa hoje uma via evidente de delegação da potestade punitiva por parte do poder legislativo e que rompe a cláusula de *ultima ratio,* parece não haver muita coisa que discutir a seu respeito."[1312] O que não passaria de mera logomaquia cujo fundo arbitrário apresenta-se encoberto por uma cobertura lanuginosa, virtualmente inocente.[1313] Muita vez, porém, a desfaçatez na imposição do poder punitivo se escancara, chegando o programador criminalizante primário a desobedecer os próprios limites legais, ora formalmente, ora contenudisticamente, desprezando já na composição do tipo qualquer certeza e determinação,

---

reconhecimento de todas as leis penais formuladas validamente e só destas, tem para o jurista o valor de uma regra metacientífica, à qual poderíamos chamar de segundo postulado do positivismo jurídico: mais precisamente, na medida em que condiciona a validade das normas penais à denotação taxativa das figuras de delito que elas definem, equivale a uma regra semântica acerca das condições de uso da palavra "verdadeiro", não só na prática penal, mas, da mesma forma, na ciência jurídica. Também no plano científico são possíveis definições assertivas e juridicamente verificáveis do que seja delito somente se as correspondentes definições legislativas satisfazem o princípio de estrita legalidade, quer dizer, se estão dotadas de uma extensão tão determinada quanto seja possível. ...Com relação ao estatuto semântico das leis, tenho distinguido, em primeiro lugar, entre estrita legalidade e mera legalidade, conforme as previsões legais das figuras delituosas estejam mais ou menos dotadas de denotação empírica taxativa. Defini, depois, ...o princípio de estrita legalidade como uma regra metajurídica de formação da linguagem penal que para tal fim prescreve ao legislador o uso de termos de extensão determinada na definição das figuras delituosas, para que seja possível a sua aplicação na linguagem judicial como predicados "verdadeiros" dos fatos processualmente comprovados. ...Acrescento agora que, ...o princípio da estrita legalidade, no sentido que tem sido associado até o momento de metanorma que condiciona a validade das leis vigentes à taxatividade de seus conteúdos e à decidibilidade da verdade jurídica de suas aplicações, é uma garantia que se refere só ao Direito Penal. Efetivamente, somente a lei penal, na medida em que incide na liberdade pessoal dos cidadãos, está obrigada a vincular a si mesma não somente as formas, senão também, por meio da verdade jurídica exigida às motivações judiciais, a substância ou os conteúdos dos atos que a elas se aplicam. Essa é a garantia estrutural que diferencia o Direito Penal no Estado 'de direito' do Direito Penal dos Estados simplesmente 'legais', nos quais o legislador é onipotente e, portanto, são válidas todas as leis vigentes, sem nenhum limite substancial à primazia da lei. E é essa diferença que hoje marca o critério de distinção entre garantismo e autoritarismo penal, entre formalismo e substancialismo jurídico, entre Direito Penal mínimo e Direito Penal máximo."

[1308] FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto...,* p. 67: "*Il principio di legalità sarebbe rispettato nella forma, ma eluso nella sostanza, se la legge che eleva a reato un dato fatto lo configurasse in termini così generici da non lasciar individuare con sufficiente precisione il comportamento penalmente sanzionato: appartiene, quindi, alla stessa ragione ispiratrice del principio di legalità l'esigenza della tassatività o sufficiente determinatezza della fattispecie penale*."

[1309] SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito...,* p. 50: "As leis penais em branco são tipos legais com sanção penal determinada e preceito indeterminado, dependente de complementação por outro ato legislativo ou administrativo...."

[1310] Perigo já advertido por FERRAJOLI, Luigi. *Direito...,* p. 392: "Inversamente, ainda que mais raramente, acontece de as definições formalistas levarem até o fim operação contrária propondo-se como definições filosófico-prescritivas que não se limitam a dizer que os delitos 'estão' *prohibita,* senão que afirmam também que precismente por isso 'devem ser' considerados *peccata*. Em suma, ...devem considerar-se *peccata quia prohibita*. Em ambos casos, temos uma confusão entre direito e moral, ou entre legitimação interna e legitimação externa. O resultado político destas duas confusões opostas é o mesmo: a legitimação externa conferida acriticamente aos conteúdos substanciais do direito positivo, seja considerando-os válidos também porque são substancialmente justos, seja cosiderando-os justos somente porque são formalmente válidos. Em qualquer caso, a associação entre delito e pecado ou entre antijuridicidade e anti-sociabilidade equivale a atribuir valor externo às leis penais vigentes e, de fato, à negação do problema autônomo de sua justificação ético-política."

[1311] Mais claramente, ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...,* v. I, p. 207.

[1312] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...,* v. I, p. 206.

[1313] Sobre a diferença entre o princípio de mera legalidade e o princípio de estrita legalidade, veja FERRAJOLI, Luigi. *Direito...,* p. 305.

preferindo privilegiar a incompletude e a dúvida[1314], em flagrante desrespeito à sua responsabilidade republicana.[1315]

Socorrendo o respeito ao princípio da legalidade, deve-se pautar o controle da insaciedade do poder punitivo pelos critérios da declaração de inconstitucionalidade[1316] da referida lei penal cega[1317], no todo ou só quanto ao tipo penal míope, e geralmente com redução ou eliminação de texto[1318], e pelo do princípio da máxima taxatividade interpretativa.[1319] Não fosse a impossibilidade de conter a ansiedade com que o poder punitivo, mediante suas apressadas agências, mormente executivas, pretende exercer o usufruto advindo da vigência, ainda que provisória, da referida programação criminalizadora primária indeterminada e incerta, com a imposição de prisões preventivas arbitrárias[1320], e de leis penais *in albis*, *e. g,* poder-se-ia muito bem, em atenção ao postulado de prudência, relegar a alegada inconstitucionalidade a segundo plano.[1321] Mesmo porque, esposando a lição de CIRINO DOS SANTOS, deve ficar aqui apontado que a inconstitucionalidade da lei penal em branco não exclui sua eficácia concreta enquanto integrar a legislação penal.[1322, 1323]

Aliás, não tão bem assim, servindo sem ajustes o que o professor JUAREZ TAVARES disse para outra ocasião, ao afirmar que

> "a questão da relação entre tipo e antijuridicidade, portanto, deve levar em conta, em primeiro plano, este sentido delimitativo da norma penal em face do exercício do poder estatal, e não o sentido de proibição ou de imposição de condutas. Em razão disso, essa relação só pode ser elucidada pela fixação das funções do tipo e das limitações da antijuridicidade naquelas duas fases a que nos referimos como base da elaboração de uma teoria do injusto. Esse tratamento que

---

[1314] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...,* v. I, p. 207.

[1315] Evidentemente, a expressão não é nossa, senão de ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...,* v. I, p. 208.

[1316] A favor da inconstitucionalidade, ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...,* v. I, p. 204. Contra esta, e sustentando que a cisão, mediante a técnica do reenvio do destinatário, para uma disposição legal comportamental diferente daquela que estabelece a pena, mereceu a pronúncia de FIGUEIREDO DIAS no sentido de que aquela prática não enferma a constitucionalidade, "*pois nada na Constituição obriga à conexionação, na mesma lei ou no mesmo preceito legal, da conduta proibida com a pena que lhe corresponde*.", veja PATRÍCIO, Rui. *Erro sobre regras legais, regulamentares ou técnicas nos crimes de perigo comum no actual direito português*: um caso de infracção de regras de construção e algumas interrogações no nosso sistema penal. Lisboa: AAFDL, 2000, p. 267.

[1317] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...,* v. I, p. 204: "...trata-se das chamadas *leis penais em branco* (que também chamaram-se *cominações penais cegas*)."

[1318] SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito...,* p. 51: "...porque a inconstitucionalidade da *lei penal em branco* não exclui sua eficácia concreta enquanto integrar a legislação penal...."

[1319] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...,* v. I, pp. 207 e seguintes.

[1320] Preferimos este adjetivo a "discricionárias", usado por ZAFFARONI e BATISTA, por entendermos que toda prisão preventiva, à luz da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, é arbitrária, não derivando sua ilegalidade, tão somente, de um procedimento de escolha que, em alguma medida, pode dar a entender que dependendo da seleção pode ela estar legitimada ou não, com o que não concordamos. Seu encontro pode ser agendado em ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...,* v. I, p. 208.

[1321] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...,* v. I, pp. 207-208.

[1322] SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito...,* p. 51.

[1323] Problema prático decorrente, talvez, de um resquício de como eram entendidas e aplicadas as leis penais em branco, quando do seu surgimento na Alemanha, em que as leis penais nacionais eram completadas pelas provinciais. Narrativamente, ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...,* v. I, p. 204: "...quando se sustentou que a lei penal em branco tinha vigência independente da outra que a complementava, como resultado da teoria das normas de BINDING... Deste modo, como a norma pertencia a um âmbito extrapenal, a lei em branco tinha vigência desde sua sanção, enquanto que a sanção da norma era só um pressuposto para sua aplicação."

> se dá à norma penal evidentemente pressupõe uma tomada de posição sobre o exercício do poder de punir. ...Retomando uma correta assertiva de MACKIE, a questão deve ser posta em dois níveis: da liberdade individual e do poder de intervenção do Estado. Antes de mais nada, é preciso ressaltar que a garantia e o exercício da liberdade individual não necessitam de qualquer legitimação, em face de sua evidência. ...O que necessita de legitimação é o poder de punir do Estado... e esta legitimação não pode resultar de que ao Estado se lhe reserve o direito de intervenção. Isto seria falsear o problema, porque justamente aquele que está precisando legitimar sua força - o Estado -, é que se autoconfere direitos e por isso se autolegitima. Nestes termos, a legitimação seria manifestamente autopoiética. Com razão vem sustentando ZAFFARONI que o sistema penal, no qual se inclui o poder de intervenção, é irracional e, pois, carente de legitimidade. Mas, de qualquer modo, persiste a questão se e como se pode autorizar essa intervenção. ...Se seguirmos nossa proposta de elaboração de uma teoria do injusto, de modo que, numa primeira fase, devam ser questionados o tipo de injusto e os preceitos autorizadores da conduta, em face dos direitos fundamentais, o tipo não pode mais desempenhar o papel de indício da antijuridicidade. ...O injusto, entretanto, tem de ser analisado dialeticamente para que os direitos individuais não se vejam tolhidos por intervenções inoportunas. A análise dialética significa que os compartimentos do injusto - o tipo e a antijuridicidade -, não devem se situar como numa relação de causalidade, de antecedente para consequente, mas dependendo do caso concreto e da necessidade de proteção individual, possam ser apreciados separada ou conjuntamente. Essa análise dialética do injusto é imperativa por dois fundamentos. Primeiro, porque a delimitação dos poderes de intervenção do Estado não pode ser feita apenas com base nos enunciados, ainda que precisos, das normas proibitivas ou mandamentos, senão igualmente pelas normas permissivas. É que a função de delimitação que se atribui à norma não pode ser enfocada apenas no seu sentido formal, mas principalmente no sentido material, que dirá acerca da necessidade ou não da intervenção estatal. Só haverá ilicitude quando esgotados todos os recursos em favor da prevalência da liberdade. A operação que se deve fazer, conclui o professor, é exatamente no sentido inverso da que, normalmente, realiza a doutrina. Em vez de perquirir se existe uma causa que exclua a antijuridicidade, porque o tipo de injusto já a indicia, o que constituiria uma presunção *iuris tantum* de ilicitude, deve-se partir de que só se autoriza a intervenção se não existir em favor do sujeito uma causa que autorize sua conduta. Neste caso, o tipo não constitui indício de antijuridicidade, mas apenas uma etapa metodológica de perquirição acerca de todos os requisitos para que a intervenção do Estado possa efetivar-se. O segundo fundamento decorre do princípio da presunção de inocência, hoje positivado no artigo 5º, LVII, da Constituição. Caso se presuma que toda ação, embora criminosa, não possa ser atribuída com esta qualificação a alguém, antes que se verifiquem todas as possibilidades de sua exclusão, isto implica uma alteração na estrutura e na interpretação tanto das normas processuais penais quanto as normas penais. Em virtude disso, não se pode considerar indiciado o injusto pelo simples fato da realização do tipo, antes que se esgote em favor do sujeito a análise das normas que possam autorizar sua conduta."[1324]

A estandardização - *e daí, como se verá abaixo, estar o Direito Penal, infelizmente, mediante o abuso da técnica da lei penal em branco, administrativizando-se cada vez mais*[1325, 1326]-, e a rapidez conveniente do modelo processual legislativo, quase sempre politicamente dirigido a atender o discurso penal que, na ocasião, alimenta interesses demagógicos preocupados em sustentar o empreendimento neoliberal[1327] - *que,* ad instar *do liberal, "não se baseava, na prática, na falta de*

[1324] TAVARES, Juarez Estevam Xavier. *Teoria...*, pp. 161-166.

[1325] SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito...*, p. 50: " As *leis penais em branco* exprimem a tendência moderna de *administrativação* do Direito Penal, com transferência de poderes punitivos a funcionários do Poder Executivo, ou a modalidades inferiores de atos normativos (o Decreto, a Resolução *etc.*)...."

[1326] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...*, v. I, pp. 205-206: "...hoje, sua presença é considerável e tende a superar as demais leis penais, como fruto de uma banalização e administrativização da lei penal."

[1327] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...*, v. I, pp. 484 e seguintes: "A hipótese de que o sistema penal do empreendimento neoliberal, vertido para o controle dos contingentes humanos por ele mesmo marginalizados, opera mediante uma dualidade discursiva que distingue os delitos dos consumidores ativos (aos quais correspondem medidas despenalizadoras em sentido amplo) dos delitos grosseiros dos consumidores falhos (aos quais corresponde uma privação de liberdade neutralizadora) pode ser experimentada num rápido exame de dois grupos de leis penais extravagantes. ...Num segundo grupo de leis encontraremos uma política criminal diametralmente oposta à do primeiro. Podemos formatar boa amostragem com ...as "leis Serra" de nº 9.677, de 2.jul.98 e nº 9.695, de 20.ago.98 (para

intervenção estatal; pelo contrário, os Estados tornaram-se funcionais a esta forma de produção através da contenção e do controle dos explorados...; ...tanto naquela época quanto no que é apregoado hoje em dia existe uma profunda identificação entre Estado e interesses particulares que permite a extração ilegítima da mais-valia ou, dito de outra forma, uma distribuição injusta do bem-estar geral"[1328] -, aliadas à indeterminação imanente à própria natureza de certas condutas e relações intersubjetivas, referidas por si sós a bens jurídicos reconhecidamente instáveis, inviabilizam, vez ou outra, a rigidez e a completude do tipo penal que estaria natimorto, quase sempre, nestes casos, por anacronicidade com a etapa social em que vigerá. Suficiente determinação - *equivalente à taxatividade, para alguns*[1329] -, ínsita na lei se cobra quando se pretende assegurar a certeza do Direito Penal, menos por exigência puramente racional que por garantia do *favor libertatis*.[1330] Vinculado o princípio da reserva legal à fonte do Direito Penal, o da determinação suficiente diz com a técnica de confecção da própria lei penal que deve ser, obrigatoriamente, construída pelo legislador de maneira precisa e determinada[1331], restando claro e inconteste o que é e o que não é proibido e determinado.[1332] Represando aquele o arbítrio legislativo, e este o judicial[1333], a contenção do subjetivismo deste se afunila na inversa proporção em que aquela se inobscurece - *ou mesmo pode-se espraiar*[1334] -, mesmo porque, do contrário, uma certa função de garantia da programação criminalizante primária estaria frustrada.[1335] Não que ao magistrado esteja furtada a interpretação[1336] que, em toda medida, reconsiderando as acepções centrais e marginais de cada palavra componente do tipo

---

alavancar a candidatura presidencial do ministro da Saúde, a primeira delas eleva delirantemente as penas dos crimes contra a saúde pública, e a segunda os inclui entre os "crimes hediondos")...."

[1328] ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias...*, p. 202.

[1329] FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto...*, p. 67, nt. 58: "*È frequente in dottrina l'impiego dei termini "tassatività" o "sufficiente determinatezza" come concetti equivalenti. A rigore, è operabile uma distinzione concettuale, nel senso di riferire la "determinatezza" alla tecnica legislativa di formulazione della fattispecie incriminatrice, e la "tassatività" al divieto per il giudice di applicare la norma penale a casi da essa non espressamente previsti*."

[1330] MANTOVANI, Ferrando. *Principi...*, p. 20.

[1331] MANTOVANI, Ferrando. *Principi...*, p. 21: "*...per formulare le nuove leggi in modo costituzionalmente corretto, il problema cruciale della tassatività è, pertnto, quello del grado di determinatezza della fattispecie, necessario e sufficiente perché tale principio sia soddisfatto*."

[1332] MANTOVANI, Ferrando. *Principi...*, p. 20.

[1333] FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto...*, p. 67: "*Mentre il principio di riserva di legge riguarda la gerarchia delle fonti in materia penale, il principio di determinatezza coinvolge la tecnica di formulazione delle fattispecie criminose e tende, precipuamente, a salvaguardare i cittadini contro eventuali abusi del potere giudiziario*."

[1334] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...*, v. I, p. 205: "...quando a lei penal é complementada por norma pertencente a um âmbito jurídico que admite a analogia, motivo que a tornará sempre inconstitucional."

[1335] Nesse sentido, MANTOVANI, Ferrando. *Principi...*, pp. 20-21. Para outra questão, embora igualmente envolvendo a lei penal em branco, veja ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...*, v. I, pp. 205-206: "...não se pode afirmar que haja um tipo penal quando só existe uma pena legal, carente da ação típica, o que lhe impede cumprir sua função de programação criminalizante. ...A massificação provoca uma mudança qualitativa: através das leis penais em branco o legislador penal está renunciando à sua função programadora de criminalização primária, assim transferida a funcionários e órgãos do poder executivo, e incorrendo, ao mesmo tempo, na abdicação da cláusula de *ultima ratio*, própria do Estado de direito."

[1336] Por todos, veja STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. 2. ed. Colômbia: Temis, 1999, *passim*. Mas, também, CONTRERAS, Joaquín Cuello. *El Derecho...*, p. 206: "*La prohibición de indeterminación no puede ser plenamente satisfecha por ningún legislador y, además, no es deseable un exceso de taxatividad, incompatible con la justicia individual a que debe aspirar el Derecho Penal*."

penal, não impossibilita a reconstrução do seu sentido aditada à influência que a disposição de cada uma delas na oração enseja e, com isso, certo alcance variegado de resultados aplicativos[1337] que, debruçados sob a poeira da rigidez, demonstram uma utilidade advinda da contradição das interpretações. Nas mais doutas palavras de MANTOVANI,

> "*pertanto, la funzione garantista del principio di tassatività, realisticamente inteso, consiste non nell'eliminare quell'indeterminatezza rispeto al caso concreto quale carattere insopprimibile della sua 'generalità' e 'astrattezza', né l'ineliminabile soggettivismo interpretativo: ma nel realizzare non la certezza assoluta, ma la maggiore certezza possibile. ...Il principio di tassatività non postula, pertanto, um'incompatibilità logica con la formulazione delle fattispecie con elementi elastici, valutativi o normativi, ma solo con quelli vaghi, normativi od emozionali, che comportano la indeterminatezza del precetto.*"[1338]

Fragilizada a barreira da legalidade, outrora intransponível até o instante em que protegida pelo reboco do positivismo codificado, nela se intrometeram, e apesar da resistência de remanescente camada ainda que fina deste, as leis penais em branco.

Agora já parece evidente que a lei penal em branco pode, conforme acenado alhures, e dependendo da remessa[1339] que ela promova, se formal ou material[1340, 1341], apresentar seriíssimos problemas[1342] de legalidade, ou melhor, de constitucionalidade[1343] - *cuja preocupação se avoluma no paralelo do aumento da freqüência do seu uso*[1344] -, é dizer, quando a consignação da pena está condicionada, suspensivamente[1345], à efetivação da conduta que, por sua vez, encontra-se pormenorizada em outro diploma normativo, meramente material - *pois*

[1337] MANTOVANI, Ferrando. *Principi...,* p. 22: "*Poiché ogni parola di legge presenta, accanto ad um nucleo di evidente chiarezza, um alone di significato variabile, l'interpretazione costituisce – anche nei sistemi improntati alla più rigorosa legalità – un momento ineliminabile, che non si riduce ad una semplice oprazione "ricognitiva", ma che ha in sé um'insopprimibile margine di creatività e, quindi, di soggettivismo che nessun obbligo di tassatività puó interamente sopprimere*."

[1338] MANTOVANI, Ferrando. *Principi...,* pp. 22-23.

[1339] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...,* v. I, pp. 205: "...não é simples demonstrar que a lei penal em branco não configura uma delegação legislativa constitucionalmente proibida."

[1340] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho...,* p. 115-116; e, ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro*: parte geral. 5. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 427.

[1341] PATRÍCIO, Rui. *Erro...,* p. 265: "...cumpre notar que autores há que, numa perspectiva restritiva, consideram só caber com propriedade a qualificação de norma penal em branco àquela que remete para uma disposição de nível inferior (v. g., um regulamento), não já para aquela que remete para um preceito contido na lei penal ou em lei distinta da penal. Outros reservam a qualificação apenas para a norma penal que remete para ordenamento diferente do penal, de nível igual ou inferior, achando-se aí a norma ou parte da norma de comportamento." Representando estes últimos, ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Penal de autor*. Lisboa: Lex, 1993, pp. 28 e 31.

[1342] Em setembro de 1982, a AIDP concluiu, em Freiburg, mediante colóquio preparatório que: "6. A descrição das condutas proibidas implica normalmente o recurso à técnica do reenvio, isto é, a identificação de factos relevantes por remissão para fora do Direito Penal. O que comporta o perigo da falta de clareza e de rigor, bem como da delegação excessiva do poder legislativo em favor da Administração. A conduta ou o resultado proibidos devem ser especificados pela própria lei penal. 7. O Direito Penal... deve, na medida do possível, evitar as cláusulas gerais. Sempre que se utilizem cláusulas gerais deve, pelo menos a conduta, ser rigorosamente descrita. *In* PATRÍCIO, Rui. *Erro...,* p. 266)

[1343] PATRÍCIO, Rui. *Erro...,* p. 267.

[1344] Frequência que aumenta proporcionalmente à administrativização do Direito Penal, como visto antes. Dando notícia do aumento do seu uso, CONTRERAS, Joaquín Cuello. *El Derecho...,* p. 213; e, ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...,* v. I, pp. 205-296: "...as leis penais em branco eram essas e insignificantes; hoje, sua presença é considerável e tende a superar as demais leis penais, como fruto de uma banalização e administrativização da lei penal."

[1345] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual...,* pp. 427-428: "...se a lei penal em branco remete a uma lei que ainda não existe, não terá vigência até que a lei que a completa seja sancionada."

"a lei penal em branco sempre foi lesiva ao princípio da legalidade formal"[1346] -, porque emanado de agência distinta do Congresso Nacional que observará, diante de seus olhos, o deslocamento, mediante inconstitucional delegação legiferativa penal[1347] - *artigo 22, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988* -, da sua competência, agora exercida, sobretudo, pela agência executiva homônima.[1348] É dizer, contracenando com CONTRERAS que,

> "*el problema que plantean las llamadas leyes penales en blanco reside en que, a veces, la remisión que el CP hace a otra norma jurídica no penal no está contenida en una lei sino en uma disposición de rango inferior a ley, como p. ej. un reglamento. De esta manera, incorrectamente, bastará que el Gobierno, no el Parlamento, cambie el reglamento, para que un comportamiento se convierta en delictivo o deje de serlo.*"[1349]

Mas, é isso, além de possível, aceitável sob o ângulo de visada do princípio da legalidade?[1350] Respeitando o princípio da divisão de poderes de Estado, entenderam outrora ZAFFARONI e PIERANGELI pela sua plausibilidade sustentando que "o Congresso Nacional não pode legislar em matérias próprias do Executivo ou das legislaturas estaduais ou municipais."[1351] Mas, também não pode delegar, ainda que veladamente, sua competência para as mesmas, numa inversão de assunção funcional igualmente inadmissível de papéis.[1352]

Porque integra o tipo penal, deve a lei abastecedora, na mesma medida que aquele, respeitar as estruturas lógico-reais[1353, 1354, 1355], sob pena de, ao contrário, inviabilizar o todo,

---

[1346] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...,* v. I, p. 206. Embora em outra passagem acrescentem estes mesmos autores que: "Existem casos nos quais a lei penal se limita a estabelecer uma cominação, deixando que outra lei - que pode ser também uma lei em sentido formal, porém geralmente não é - determine ou complemente a caracterização da ação proibida...." *Op. cit.,* p. 204.

[1347] SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito...,* p. 50: "...a transferência da competência legislativa para definir a *conduta proibida* para o Poder Executivo, ou para níveis inferiores de atos legislativos, infringe o *princípio da legalidade*, como afirma um setor avançado da literatura penal - afinal, o emprego instrumental do Direito Penal para realizar políticas públicas emergenciais é inconstitucional."; e, ainda que entendendo o argumento irresolúvel, conquanto válido, ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...,* v. I, p. 205: "...Argumenta-se que há delegação legislativa indevida quando a norma complementar provém de um órgão sem autoridade constitucional legiferante penal...."

[1348] Assim, também, ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual...,* p. 427.

[1349] CONTRERAS, Joaquín Cuello. *El Derecho...,* p. 213.

[1350] Um levantamento da situação da questão, no sistema penal espanhol - apontando doutrinadores que entendem que as leis penais em branco são totalmente incompatíveis com o princípio de legalidade, outros que as entendem imprescindíveis e inobjetáveis, e outros, de entendimento intermediário, pois somente as admitem quando a lei penal estabelecer claramente o conteúdo e o âmbito do desvalorado, enquanto que o regulamento se limitaria a formular, tecnicamente, o desvalor, pondo em dia os fatos que incorporam esse desvalor e, finalmente, indicando aqueles que pugnam por uma concentração da regulação de toda a matéria em uma única lei penal especial, tão detalhada quanto possível, e, por fim, outros que propõem regular em uma lei geral de caráter administrativo, os objetivos de proteção de certos bens -, pode ser encontrado em CONTRERAS, Joaquín Cuello. *El Derecho...,* pp. 214-215.

[1351] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho...,* pp. 113-114; e, ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual...,* p. 427.

[1352] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho...,* pp. 113-114; e, ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual...,* p. 427: "Inversamente, a lei penal em branco seria inconstitucional se dissesse: 'Será punido com... aquele que comete ações contra a honra das pessoas, nos casos em que o Poder Executivo assim determine por decreto'. Neste caso haveria uma delegação de funções legislativas não autorizada pela CF, porque entre as atribuições constitucionais do Poder Executivo não se inclui a determinação dos casos em que devem ser punidas as ações contra a honra."

[1353] MANTOVANI, Ferrando. *Principi...,* p. 22: "*Le tecniche legislative più rispondenti alle esigenze di determinateza sono: 1) inanzitutto, l'eucleazione delle fattispecie attorno a fondamentali tipologie ontologiche di aggressione....*"

[1354] MIR, José Cerezo. *Derecho...,* p. 251: "*Las figuras delictivas se forman, por ello, en virtud de un proceso de abstracción a partir de los hechos reales.*"

já de si inutilizável enquanto não implementada a condição suspensiva plasmada na sanção da lei integradora.[1356]

Então, há uma programação criminalizante coadjuvante - *ou latente, como preferem ZAFFARONI e BATISTA* -, que não passa de um elenco de disposições normativas que, advindas de agência executiva que gere a profissão médica, integrarão o programa criminalizante primário, auxiliando-o na seletividade original dos facultativos - *mediante a técnica da remissão outorgada à lei penal em branco* -, ou ajudando a criminalização secundária no mesmo fim, ou, ainda, colimando a sua exclusão típica.[1357] Exemplo típico emerge de CIRINO DOS SANTOS quando, conceituando as leis penais em branco, escreve que estas "são tipos legais com *sanção penal* determinada e *preceito* indeterminado, dependente de *complementação* por outro ato legislativo ou administrativo - como a identificação das doenças de notificação compulsória (artigo 269, do Código Penal)."[1358] Episodicamente, então, pode acontecer de a lei penal remeter um seu complemento a diploma normativo de cunhagem estrita[1359], porque de nível hierárquico inferior à da lei, qual sendo uma Portaria do Ministério da Saúde ou uma Resolução do Conselho Federal de Medicina. O que não pode é jamais pretender-se justificar essa técnica, de todo inconstitucional, com o argumento de que é a natureza do complemento - *por si só instabilizado pela frequência da alteração seja social, seja técnica* -, que eventualmente afasta seu engessamento pelo legislador ordinário que, por conta da sua, muita vez, inevitável vagarosidade e misoneísmo - *a menos quando lhe for mais convinhável* -, se mostra notavelmente incapaz de acompanhar as sobreditas mudanças, estabilizando-as ou neutralizando-as *pari-passu.* Ou seja, "o argumento das matérias instáveis que as leis penais em branco comumente miram não neutraliza sua *inconstitucionalidade,* ao aduzir que as rápidas mudanças não poderiam ser acompanhadas pelo legislador penal: não há matéria que requeira mudanças tão

---

[1355] SOURNIA, Jean-Charles. *História...*, p. 102: "Os intelectuais apaixonam-se então por uma questão que parece fútil ou artificial aos nossos olhos porque mal colocada: os gêneros e as espécies têm existência em si mesmos, são pré-existentes em relação aos indivíduos, são-lhes superiores? Esta 'questão dos universais' exprime em termos abstractos outras dificuldades filosóficas já levantadas por PLATÃO e ARISTÓTELES. Ela evoca as relações entre a realidade e o pensamento e, em última análise, entre o corpo e o espírito. Nem a religião nem a medicina poderão ficar alheias a este debate."

[1356] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho...,* pp. 115-116; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...,* v. I, p. 205; e, ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual...,* pp. 427-428.

[1357] Sobre a seletividade exclusiva da criminalização secundária, veja a monografia de GROSNER, Marina Quezado. *A seletividade...*, *passim*.

[1358] SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da Pena*: fundamentos políticos e aplicação judicial. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2005, p. 50.

[1359] CONTRERAS, Joaquín Cuello. *El Derecho...,* p. 214: "*La doctrina distingue entre ley penal en blanco en sentido amplio, para referirse a toda remisión de la ley penal a outra disposición normativa, y ley penal en blanco en sentido estricto, para referirse a remisiones de la ley penal a normas de rango inferior a ley, que son las más problemáticas desde el punto de vista del principio de legalidad a la luz de la Constitución*."

rápidas e que seja, seriamente, carente de previsão punitiva; por outro lado, essa é precisamente a irrenunciável função constitucional do legislador."[1360]

Afora os problemas que estes diplomas, *ad instar* das leis porque também redutíveis a escrito - i. e., *são compostos por palavras* -, por si sós, já oferecem quanto à certeza e à determinação, apresentam eles outra questão que diz com a sua obrigatoriedade e obediência, sobretudo quando alguma daquelas normas destinatárias se acopla à *lege lata* penal remissiva.

Está-se a falar da tipicidade, em razão da antijuridicidade, bem como da potencial consciência da ilicitude. Mas, por quê? Vejamos. Da apreciação *pari passu* do injusto, é dizer, da tipicidade e da antijuridicidade, realizada pela pena indeslizável de JUAREZ TAVARES, já se cogitou acima, onde este escritor sustenta que

> "a análise dialética significa que os compartimentos do injusto - o tipo e a antijuridicidade -, não devem se situar como numa relação de causalidade, de antecedente para consequente, embora, dependendo do caso concreto e da necessidade de proteção individual, possam ser apreciados separada ou conjuntamente. Essa análise dialética do injusto é imperativa por dois fundamentos. Primeiro, porque a delimitação dos poderes de intervenção do Estado não pode ser feita apenas com base nos enunciados, ainda que precisos, das normas proibitivas ou mandamentos, senão igualmente pelas normas permissivas. É que a função de delimitação que se atribui à norma não pode ser enfocada apenas no seu sentido formal, mas principalmente no sentido material que dirá acerca da necessidade ou não da intervenção estatal. Só haverá ilicitude quando esgotados todos os recursos em favor da prevalência da liberdade. A operação que se deve fazer, conclui o professor, é exatamente no sentido inverso da que, normalmente, realiza a doutrina. Em vez de perquirir se existe uma causa que exclua a antijuridicidade, porque o tipo de injusto já a indicia, o que constituiria uma presunção *iuris tantum* de ilicitude, deve-se partir de que só se autoriza a intervenção se não existir em favor do sujeito uma causa que autorize sua conduta. Neste caso, o tipo não constitui indício de antijuridicidade, mas apenas uma etapa metodológica de perquirição acerca de todos os requisitos para que a intervenção do Estado possa efetivar-se. O segundo fundamento decorre do princípio da presunção de inocência, hoje positivado no art. 5º, LVII, da Constituição." [1361]

A presunção de que toda ação,

> "embora criminosa, não possa [pode] ser atribuída com esta qualificação a alguém, antes que se verifiquem todas as possibilidades de sua exclusão, ...implica uma alteração na estrutura e na interpretação tanto das normas processuais penais quanto das normas penais. Em virtude disso, não se pode considerar indiciado o injusto pelo simples fato da realização do tipo, antes que se esgote em favor do sujeito a análise das normas que possam autorizar sua conduta."[1362]

Por outro lado, diz MIR PUIG que "*para que una conducta antijurídica constituya delito es preciso que sea penalmente típica, es decir, que se ajuste a alguna de las figuras de delito previstas, generalmente, en los libros... del Código Penal o en leyes penales especiales*."[1363] E, quando afirma que "*a tipicidad no es un elemento independiente de la antijuridicidad penal*"[1364], aproxima-se bastante da posição de JUAREZ TAVARES, pois, para ele

> "*la tipicidad no es sólo 'indicio' ni mera 'ratio cognoscendi' de la antijuridicidad penal, sino presupuesto de la existencia (ratio essendi) de la misma. Ello no obsta a que el requisito de la tipicidad - como parte positiva del supuesto de hecho penalmente antijurídico - no baste para la antijuridicidad, que requiere además la ausencia de causas de justificación - como parte negativa*

[1360] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...*, v. I, p. 206.
[1361] TAVARES, Juarez Estevam Xavier. *Teoria...*, pp. 161-166.
[1362] TAVARES, Juarez Estevam Xavier. *Teoria...*, pp. 161-166.
[1363] PUIG, Santiago Mir. *Derecho...*, p. 161.
[1364] PUIG, Santiago Mir. *Derecho...*, p. 164.

> *del supuesto de hecho antijurídico. La tipicidad es, pues, ratio essendi necesaria pero no suficiente de la antijuridicidad penal. Del mismo modo que no todo hecho antijurídico es penalmente típico, no todo hecho penalmente típico es antijurídico.*"[1365]

Muito bem. Foi anunciado acima que outra questiúncula se refere à potencial consciência da ilicitude. A despeito de a culpabilidade há tempos não compor o injusto[1366], são inegáveis os reflexos da tipicidade e da antijuridicidade na sua avaliação, pois, sem eles, a culpabilidade descambaria com maior facilidade - *mas, não que com eles isso também não seja possível; o é, embora em menor medida* -, para uma culpabilidade de autor - *tão ao sabor da atraente seletividade* -, e não, de ato. Então, quando JESCHECK diz que "*el autor actúa culpablemente cuando la formación de su voluntad, que le ha conducido a la comisión del hecho antijurídico, descansa sobre una actitud interna deficiente"*[1367], parece evidente que a culpabilidade, consistente em se descobrir "*si un hecho puede ser personalmente reprochable al autor"*[1368], é influenciada pelo injusto - *tipicidade e antijuridicidade* -, objetiva e subjetivamente. É que, segundo o saudoso professor alemão, "*el autor actúa culpablemente cuando la formación de su voluntad, que le ha conducido a la comisión del hecho antijurídico, descansa sobre una actitud interna deficiente."*[1369] Ora, como é de sabença correntia, a formação da vontade recebe influxos internos (biológicos e psíquicos), e externos (físicos e sociais). Obviamente, portanto, a formação de uma vontade arrimada em uma atitude interna deficiente - *seja naturalmente, ou externamente impulsionada a tanto* -, com o corolário cometimento do delito, pode muito bem ter sido dirigida por uma representação equivocada dos pressupostos fáticos[1370] (erro de tipo), ou jurídicos (erro de proibição), ou mesmo por um desconhecimento da lei (*ignorantia legis*), ou da própria ilicitude. Sobre isso, escreveu JESCHECK que "*básicamente, la concepción de que el objeto del juicio de culpabilidad consiste en la ausencia de una actitud jurídica interna no se diferencia de otras teorías, según las cuales, la culpabilidad hay que buscarla en la "motivación", en el "poder ("Können") de la formación de la voluntad" o en la "expresión jurídicamente desaprobada de la personalidad*

[1365] PUIG, Santiago Mir. *Derecho...*, p. 164.
[1366] JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado...*, p. 456: "*La separación entre antijuridicidad y culpabilidad se remonta a la distinción que se hacía en la Ciencia penal del Derecho común entre imputación objetiva y subjetiva (imputatio physica o facti e imputatio moralis o juris). A pesar de todos los cambios que se han sucedido en la historia de la Dogmática, dicha separación ha perdurado esencialmente desde entonces y debe ser caracterizada como la piedra angular de la teoría del delito. ... Son poco frecuentes las tesis que se desvían de la separación entre el injusto y la culpabilidad*."
[1367] JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado...*, p. 456.
[1368] JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado...*, p. 456.
[1369] JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado...*, p. 456.
[1370] PATRÍCIO, Rui. *Erro...*, p. 77: "O exposto mostra como o conhecimento da realidade é elemento primordial e indispensável do dolo criminal, pois a vontade (ou, ao menos, a aceitação) de lesão de um bem jurídico pressupõe, necessariamente, o conhecimento dos elementos geradores (ao menos, potencialmente) dessa lesão. Assim sendo, uma ausência de conhecimento ou um conhecimento infiel de tais elementos terão como consequência a ausência de dolo, pois estaremos na presença da negação do elemento de conhecimento requerido pelo dolo, ou seja, o agente não conhece elementos aos quais, segundo o tipo em causa, deve estender-se ao dolo."

del autor", puesto que todas estas deficiencias sólo son imaginables sobre la base de una disposición frente ao Derecho de carácter reprochable."[1371] Com efeito, e à exceção de uma culpabilidade como expressão juridicamente desaprovada da personalidade do autor - *cobiçada pelos sistemas penais autoritários* -, seja pela falta de uma atitude internamente jurídica, ou seja, conforme ao direito, seja em razão de uma motivação ou poder de formação da vontade, pode receber a culpabilidade, requente-se, um *input* advindo de fatores externos, dentre os quais, principalmente, encontram-se a tipicidade e a antijuridicidade que, quando viciadas por ausência de determinação - *como no caso de uma lei penal em branco contaminada por referido defeito* -, dificultam ou impedem a motivação ou o poder de formação da vontade de maneira consoante ao direito, desmerecendo o médico qualquer reprovação. Então, quando se trata de *lex poenalis in albis,* não se diga que somente a potencial inconsciência da ilicitude exclui a culpabilidade por decorrência direta de um defeito na antijuridicidade, senão que, outrossim, a potencial inconsciência da legalidade[1372, 1373], por igual defeito no tipo penal, merece o mesmo tratamento desculpável em favor do esculápio.

É certo que o erro sobre a legalidade, atingindo o tipo, exclui o dolo, mas, quando se trata de poder punitivo não custa nada, mediante o expediente da instalação de mais uma tranca, cerrá-lo mais seguramente, ainda que, de momento, em cômodo que, por já espaçoso, o tem acomodado confortavelmente.

Então, quanto ao problema da consciência da legalidade, que o erro sobre elementos do tipo exclui o dolo, é inegável.[1374] Inegabilidade extraível dos traços deixados pela pena de BELEZA e PINTO, quando escrevem que, "...a ignorância da norma penal em branco será um problema da natureza intelectual (de falta de conhecimento da norma) e deverá ser tratada como um erro sobre o tipo que exclui o dolo."[1375] No mesmo sentido, dispõe VELOSO que,

> "o desconhecimento de um aspecto da situação que corresponda a um elemento do tipo tem obviamente como consequência o não haver dolo. Quer se trate de elemento descritivo, quer de elemento normativo (de elemento de facto ou de elemento de direito, na linguagem do art. 16º), o

---

[1371] JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado...,* p. 458.

[1372] DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema da consciência da ilicitude em Direito Penal*. 5. ed. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 54, nt. 3, *in fine*: "...ainda hoje uma boa parte da doutrina italiana (cf. por outros PULITANÒ, RitalDPP 1967/65 ss.) continua a considerar irrelevante o erro sobre qualificações normativas contidas em um tipo legal (erro que é *de* direito, mas não versa *sobre* a proibição), na base de que tal erro se traduz *em uma ignorância da lei penal*."

[1373] Em parte citando, inclusive, JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, veja PATRÍCIO, Rui. *Erro...,* p. 157: "...casos há em que nem sempre basta para a correcta orientação da consciência-ética (para o problema da ilicitude da factualidade típica) o correcto conhecimento da factualidade típica, sendo ainda necessário o conhecimento da proibição legal da conduta; ou seja, trata-se de casos em que o problema do conhecimento de proibições legais está antes do problema da consciência da ilicitude e, em boa verdade, fora dele, por serem as condutas em causa desprovidas da valoração axiológica que caracteriza os verdadeiros casos de ilicitude, de ilicitude material - diga-se já."

[1374] DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema...,* p. 264: "A primeira e segura conclusão a que se pode aspirar é a de que, faltando ao agente a consciência ou conhecimento da realização típica, e portanto o dolo-do-facto, *fica excluída toda a possibilidade de lhe imputar uma culpa dolosa e de o fazer responder a este título*."

[1375] BELEZA, Teresa Pizarro; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. *O regime...*, p. 53.

> dolo fica excluído se ele for desconhecido; haverá, quando muito, crime negligente, se o erro for culposo e se o crime negligente estiver previsto na lei."[1376]

Seguidos de perto por FIGUEIREDO DIAS que, assumidamente entende que, "...na medida em que assim for e tomada neste preciso sentido, a lei penal em branco é sinal seguro de que as condutas que atinge são axiologicamente neutras, sendo o erro sobre a proibição legal integradora relevante, no sentido de excluir o dolo."[1377] Quanto ao erro de proibição,

> "será ele aceitável quando se tratar verdadeiramente de um problema de ignorância da norma por falta de informação decorrente da técnica remissiva usada. Não pode, contudo, ser aceite em toda a sua extensão, pois nem toda a ignorância de normas penais em branco corresponde a um problema de conhecimento que funciona como condição da consciência da ilicitude do agente.[1378] É o que acontece, desde logo, com os casos em que o agente conhece a norma sancionadora (e por isso sabe que a conduta é penalmente relevante) mas ignora o conteúdo da norma complementar. Um caso como este não pode ser resolvido como um problema de erro intelectual, pois o conhecimento da relevância penal da conduta já existe, devendo-se o erro a um problema de falta de diligência na obtenção da informação."[1379, 1380]

Ocorre que a falta de consciência da ilicitude pode, muito bem, ter sido condicionada pelo desconhecimento da lei penal[1381] que hoje não é mais tão irrelevante quanto antanho[1382], ao menos não como fundamento em matéria de culpa e erro, senão, como consequência de posições referentes a ambos.[1383] O que não autoriza considerá-lo facultativo, e até pela periculosidade que isto encerraria, porquanto "a obrigatoriedade dos preceitos da lei se dá independentemente do conhecimento ou desconhecimento dele por parte dos cidadãos,

---

[1376] VELOSO, José António. *Erro em Direito Penal*. 2. ed. Lisboa: AAFDL, 1999, p. 15.
[1377] DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema...,* p. 385; e, também, BELEZA, Teresa Pizarro; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. *O regime...,* p. 53.
[1378] DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema...,* pp. 63-64: "Mas fica desde já a ideia de que, através da evolução apontada, um princípio unicamente atinente aos fundamentos de validade do direito (ou da lei) se transformou, indevidamente, em princípio normativo para a culpa e para a falta de consciência da ilicitude e havia de impedir, durante muito tempo, a livre explanação do conteúdo jurídico-material do nosso problema."
[1379] BELEZA, Teresa Pizarro; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. *O regime...,* p. 54.
[1380] PATRÍCIO, Rui. *Erro...,* p. 162: "Mas, ainda assim, não se tratando de casos em que há uma falta de consonância da sua consciência ético-jurídica (que não chega a ser chamada) com os critérios de valor da ordem jurídica, poderá haver uma falta de cuidado do agente, uma falta de cuidado traduzida no não cumprimento do seu dever de se informar ou esclarecer acerca da proibição legal, falta de cuidado essa que estará na base do seu desconhecimento (aqui verdadeiro e próprio desconhecimento, falta de ciência) da proibição legal, ou seja, pode estar em causa a censura própria da negligência (ou, se nos quisermos inscrever num quadro pós-finalista, ainda que preservando a dupla função do dolo e da negligência na teoria da infracção) a censura própria da culpa negligente."
[1381] Indiretamente, porque refutando a mantença do princípio da absoluta irrelevância do desconhecimento da lei penal, DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema...,* p. 55: "O primeiro passo na tentativa de encontrar fundamento para o princípio da *absoluta* irrelevância do desconhecimnto da lei penal é dado quase sempre no sentido de uma *irrefragável presunção de conhecimento*. Presunção a que se atribui, por vezes, mero caráter *processual*, ligando-a ao instituto da prova, mas a que as mais das vezes se confere verdadeira natureza *substantiva* ou *material*, que para além do mais a furtaria ao regime a que a teoria processual da prova submete as presunções. Ver no princípio uma norma processual que contém uma presunção absoluta de conhecimento da lei penal envolve, com efeito, uma contradição com os mais elementares requisitos dentro dos quais se admite a legitimidade de presunções probatórias."
[1382] Pode o percurso histórico ser encontrado em DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema...,* p. 53.
[1383] DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema...,* pp. 60-61: "Assim, querendo o princípio da irrelevância da lei penal apontar só a obrigatoriedade dos efeitos objectivos da lei independentemente do estado subjectivo do conhecimento e vontade dos destinatários, e portanto, no que nos interessa, significa que estes não podem, pelo seu desconhecimento, furtar-lhe validade, teremos que a sua intenção - *como hoje cada vez mais se reconhece* -, é completamente diversa da de oferecer qualquer critério normativo para os problemas da culpa, do erro e da falta de consciência da ilicitude e apenas, exatamente, a de propor um *fundamento de validade do próprio direito*."

princípio este absoluto e sem limitações."[1384] Mas, temperando com sal ático, sensatamente condimenta FIGUEIREDO DIAS que,

> "o pluralismo legislativo por um lado; o acentuado carácter técnico da lei, por outro; os intrincadíssimos problemas (mesmo para especialistas) suscitados pela interpretação e aplicação - tudo torna absolutamente impossível, nos nossos dias, a afirmação de que é *normal* o conhecimento da lei. Pelo que a tese da presunção absoluta, a fundamentar-se só em si e por si mesma, viria afinal a desembocar em uma pura *ficção - die lächerlichste aller Fiktionen*, como lhe chamou ANTON MENGER -, que só poderia ser conexionada com o problema da responsabilidade do homem pelo seu comportamento dentro de uma mundividência crassamente positivista que concebe a lei como produto de uma vontade arbitrária."[1385]

Sua fundamentação, para fins de manutenção, ainda que como presunção relativa de conhecimento da lei deverá vir de fora[1386], sob pena de continuar em inadmissível autopoiese. Limitado pela possibilidade concreta de adimplência da obrigação legal pelo agente - *ad impossibilia nemo tenetur* -, que somente permanece de pé na medida em que, sendo exigível, evidentemente não o pode ser a todas as pessoas por inegável impossibilidade de conhecimento do manancial legal, ainda que limitado ao ramo penal.[1387] De sorte que, pondo a realidade a cavaleiro da ficção, admite com razão FIGUEIREDO DIAS, inclusive ancorando-se em ENGISCH, ter "por exacto que a 'inexigibilidade' não é apenas um critério de culpa jurídico-penal, mas também - máxime quando relacionada com a exigência do cuidado (objectivo) em evitar a realização de um crime -, um critério apto a decidir, com sentido, da própria ilicitude de um comportamento"[1388], a que se pode interpolar, da própria culpabilidade, também.

A extração do exposto, emulsionado em casos de lei penal em branco, indica que FIGUEIREDO DIAS tinha toda razão quando concluiu que,

> "com o sentido e o fundamento que historicamente lhe devem ser atribuídos, o princípio da irrelevância do desconhecimento da lei penal não decide, directa ou indirectamente, da relevância, do tipo de relevância e do âmbito do problema da falta de consciência da ilicitude; não decide, não ajuda a decidir, nem ao menos constitui critério normativo da decisão, pois que ele diz unicamente respeito ao fundamento de validade da lei, à sua obrigatoriedade abstracta."[1389]

De sorte que a obrigatoriedade da lei é independente do conhecimento ou desconhecimento desta que, por suas vezes, independem da consciência ou não da ilicitude.[1390]

[1384] DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema...*, p. 60.
[1385] DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema...*, pp. 56-57.
[1386] DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema...*, pp. 57 e 60: "Isto significa que a obrigação de conhecer a lei penal pode ser, talvez, expressão do que haja de válido no princípio da irrelevância do desconhecimento daquela, mas não pode ser nunca o seu verdadeiro fundamento."
[1387] DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema...*, p. 58.
[1388] DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema...*, p. 59.
[1389] DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema...*, pp. 64-65.
[1390] DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema...*, p. 65: "Neste enquadramento se torna patente a invalidade do princípio da irrelevância do desconhecimento da lei penal para nos dizer onde e quando se levanta o problema da falta de consciência da ilicitude."

Portanto, haja vista que a lei penal em branco "não revela em princípio qualquer peculiaridade, sendo produto de uma técnica legislativa fortuita a que não pode ancorar-se uma diferença material em matéria de culpa e de erro sobre a proibição"[1391],

> "o erro sobre uma norma penal em branco pode incidir sobre aspectos diversos. Sendo as normas penais em branco compostas pela norma sancionadora e a norma complementar (ou norma integradora) é possível que o erro incida ora sobre aspectos da primeira, ora sobre aspectos da segunda. A distinção relativamente ao objecto do erro é (...) relevante e consequente. Por outro lado, algumas normas penais em branco são integradas por disposições concretas, como actos administrativos ou ordens, o que coloca também o problema de saber como se deve tratar a ignorância destes elementos."[1392]

Convertendo em pergunta, já respondida por BELEZA e PINTO quanto ao direito lusitano, questiona-se qual deve ser a resposta se se tratar de um erro intelectual sobre uma proibição nova que preveja condutas axiologicamente neutras?[1393] Malgrado a resposta acima, dada por FIGUEIREDO DIAS, é possível voltar, então, a reconstruir aquela outra barreira, dizendo, para tanto, que a escusa se acentua na mesma medida em que o conteúdo do tipo penal se afasta de condutas naturais - *quais sendo, as lógico-objetivas ou valorativo-reais* -, ou condutas ordinariamente conhecidas e conhecíveis dos médicos - *quais sendo, as lógico-apreensíveis* -, enquanto se aproxima cada vez mais, e mais perigosamente, de uma abstração encontrável em proibições e determinações desprovidas de qualquer lastro real ou lógico[1394]. Daí, no dizer de VELOSO, "...os crimes cuja punibilidade se não pode presumir conhecida de todos os cidadãos, nem é sempre indesculpável que o não seja. Daí o regime mais benevolente de equiparação ao erro sobre o facto. Estes crimes são os chamados "crimes artificiais", "crimes de criação meramente estatal", "crimes meramente proibidos" ou *mala prohibita*."[1395]

O problema dessa afirmação é que ela despreza que todos os crimes, em verdade, são artificiais, porque produtos exclusivos da luxúria caprichosa do legislador eventual!

Sopesados os materiais legislativos que servem de invólucro à prática criminosa, cabe agora denunciar a inutilidade da distinção concernente a que,

> "correspondendo as incriminações do Direito Penal de justiça a verdadeiros delitos '*a se*' ou 'naturais', o seu fundamento ético e o consequente desvalor da ilicitude são [seriam] tão evidentes e indiscutíveis que tornam [tornariam] irrelevante o desconhecimento da proibição; diferentemente no direito de mera ordenação, respondendo [onde responderiam] as suas incriminações a motivos contingentes de mera oportunidade e sendo a ilicitude constituída pela própria proibição, torna-se [tornar-se-ia] indispensável o conhecimento desta para que possa afirmar-se [se pudesse afirmar] a consciência da ilicitude."[1396, 1397]

[1391] DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema...*, p. 405.
[1392] BELEZA, Teresa Pizarro; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. *O regime...*, p. 57.
[1393] BELEZA, Teresa Pizarro; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. *O regime...*, p. 57.
[1394] DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema...*, p. 226: "A falta de consciência da ilicitude exclui a culpa, sendo portanto incensurável, sempre que o agente, mesmo empregando a devida e esperada *tensão da consciência-ética* (*Gewissensanspannung*), não pudesse ter alcançado o conhecimento da ilicitude da sua conduta."
[1395] VELOSO, José António. *Erro...*, p. 24.
[1396] DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema...*, p. 394.

Ora, escorando-se em FERRAJOLI, pode-se dizer sem receio que,

> "a idéia de que não existe uma conexão necessária entre direito e moral, ou entre o direito 'como é' e 'como deve ser' é comumente considerada um postulado do positivismo jurídico. O direito, segundo esta tese, não reproduz nem mesmo possui a função de reproduzir os ditames da moral ou de qualquer outro sistema metajurídico – divino, natural ou racional -, ou ainda de valores ético-políticos, sendo, somente, o produto de convenções legais não predeterminadas ontologicamente nem mesmo axiologicamente. ...No século passado, entretanto, com o consolidamento definitivo do monopólio estatal das fontes do direito, a doutrina da separação entre direito e moral viu-se ofuscada. ...O direito positivo vigente, enfim reconhecido como o único direito existente, tornou-se, para a cultura jurídica, qualquer coisa de 'natural' a ser conhecida ou explicada, e não mais a ser justificada ou deslegitimada. E, assim, o problema da justificação, ou seja, dos limites e dos fundamentos morais e políticos do direito penal, viu-se, mais do que apartado, removido. "[1398]

E, é por isso que não se pode recusar, seriamente, que a criminalização não passa de um apontar de dedos, uma rotulação que elege quem, o que, e, em que momento determinada pessoa, objeto e situação servirão de sustento para aquilo que naquele instante receberá o epíteto de *criminoso* e *crime*. De sorte que, qualquer vinculação moral, religiosa, ou ética, bem como qualquer confusão entre estas e o poder punitivo, sobretudo para fins de mensuração, para maior ou para menor, da *consciência da ilicitude*, não passa de remanescência e manutenção de um Estado autoritário, excludente e seletivo que desconsidera não só a proposital inacessibilidade à comunicação da maioria das pessoas – *que repercute, "ainda que indiretamente", na potencial consciência da ilicitude* -, mas, também, que referida diferença entre *mala a se* e *mala prohibita*, trata diferentemente o mesmo instituto, qual sendo o da "criminalização" que, ancorada no princípio da igualdade das pessoas, não pode se compadecer com fundamentos, ainda que políticos – *ou seja, prévios à legalidade* -, diversos.

É dizer, na seletividade estatal punitiva, nessa escolha parametrizada, há como que uma arbitrariedade externa, e uma arbitrariedade interna, consequência da primeira, sendo ambas inadmissíveis. A arbitrariedade externa é dirigida pelos interesses da ocasião, sendo seu conteúdo composto por uma convergência entre o que foi elegido como criminalização e seus fundamentos latentes, que foram camuflados por uma fundamentação evidente, esta sim visível aos criminalizados e criminalizáveis. Já a arbitrariedade interna advém da divergência

---

[1397] PATRÍCIO, Rui. *Erro...*, pp. 157 a 159: "Outros casos há, por seu lado, em que são trazidas ao domínio do Direito condutas unicamente por motivos de organização política (*lato sensu*), ou por razões de divisão ou maximização do trabalho ou ainda, cada vez mais, por razões ligadas à técnica que hoje marca (tão profundamente) as sociedades, condutas estas, todas, que não correspondem a um fundamento ético para uma certa consciência moral, cultural ou social que a comunidade jurídica, num certo tempo e lugar (e com isto o autor procura superar um jusnaturalismo ultrapassado - e de entono, cremos poder dizê-lo, panglossiano -, cujas falhas há muito foram postas em evidência), reconhece. Casos estes em que, dito de outro modo, a 'unidade de sentido' que o tipo incorpora é constituída através da proibição. Em que a conduta, em si mesma considerada e divorciada da proibição legal, é axiologicamente neutra, só deixando de o ser quando conexionada com ou valorada de acordo com a proibição legal. Pelo que, faltando o conhecimento desta proibição legal, o agente não tem todos os dados para o problema da ilicitude e para a correcta ou incorrecta orientação da sua consciência (ética). Não chega sequer a entrar em campo aquela sua consciência, tal como nos casos de erro sobre a factualidade típica, por faltar um *prius*, um *prius* indispensável (passe a redundância), qual seja, *in casu*, o conhecimento da proibição legal, único elemento que funda o desvalor (ético, ético-jurídico) da conduta, sem ter tal conduta, paralelamente, um desvalor em qualquer outra ordem ou esfera com relevância ética (moral, cultural, social)."

[1398] FERRAJOLI, Luigi. *Direito...*, pp. 175 a 181.

dos motivos entre si, e das finalidades entre si, de um *mesmo instituto*. O afastamento daquela tem a função de evitar criminalizações exogenamente absurdas, como as que tendessem a criminalizar os médicos do setor público que, respeitando o percentual legal, participassem de uma greve. Já o afastamento desta, colima evitar criminalizações endogenamente inadmissíveis, como aquelas que pautam a montagem do delito em *elementos idênticos*, embora ora vinculados à moral ou à ética, ora vinculados à *lex artis*.

Intranquilizados, ainda, perguntam-se BELEZA e PINTO se a ignorância dos actos administrativos concretos ou ordens de diferentes entidades deve, para efeito de enquadramento típico, ser tratada como um erro sobre o tipo, que exclui o dolo, como sugere ROXIN?[1399] Tem-se afirmado que sim quando se tratar de lei penal em branco que, destoando das condutas perceptivelmente ilícitas, elege como representante estandardizado uma ação ou omissão somente condizente com uma, não respectivamente, determinação e proibição, impalpáveis por si sós, ao senso ético, moral e jurídico do seu destinatário, excluindo, portanto, o dolo, porque incidente sobre a base não só legal, senão, fática que a compõe.[1400] Mas, não com toda medida quando tratar a lei penal em branco de um tipo que, naturalmente, já exala um quê de ilicitude, apreensível a qualquer pessoa, sobretudo a um profissional.[1401]

Ocorre, porém, que o equívoco dos escritores lusitanos advém de considerar alguma diferença entre crimes artificiais e crimes naturais, quando é inegável que nenhum crime possui lastro natural, visto que todo crime não passa de uma criminalização, é dizer, nada mais é que um produto artificial, fabricado oportunamente para atender a interesses quase sempre desnecessários, e cuja motivação vária somente encontra equivalente na variedade criativa de um legislador descomprometido!

De forma insistente, o que isso significa para o plano da culpa, pergunta-se FIGUEIREDO DIAS? Responde ele, incorretamente, embora com resultados, *mutatis mutandis*, úteis:

> "Perante uma conduta axiologicamente neutra, se o agente desconhece a proibição legal e em consequência disso não alcança a consciência da ilicitude, fica este erro a dever-se ainda a uma falta de *ciência*, que não a um engano da sua *consciência*; esta, a consciência-ética, não é

[1399] BELEZA, Teresa Pizarro; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. *O regime...*, p. 59, que, para o direito lusitano respondem que: "Parece preferível partir da natureza do erro sobre estes elementos para encontrar uma solução adequada. Pode suceder que a ignorância seja um problema de pura informação do agente ou, noutros termos, uma questão que se coloca como um problema de conhecimento (por exemplo, o agente deveria ter sido notificado do acto e não o foi). Numa situação destas será razoável aplicar o regime do art. 16º, nº 1, *in fine*, pois o conhecimento do acto condiciona em absoluto o conhecimento da proibição."

[1400] DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema...*, p. 396: "...relativamente a certas incriminações - que correspondem *grosso modo* ao âmbito do Direito Penal de mera ordenação -, o desconhecimento da proibição deve ser tratado essencialmente como um 'erro de facto' ou 'sobre a factualidade típica', em suma, como um erro que exclui o dolo."

[1401] PATRÍCIO, Rui. *Erro...*, p. 163: " Nos casos de condutas axiologicamente não neutras, o erro sobre a proibição legal é, de todo em todo, irrelevante, por bastar para a correcta decisão do agente acerca do problema da ilicitude o correcto conhecimento da factualidade típica, pois o desvalor ético da conduta é dado nas esferas moral, cultural ou social. O que importará, nestes casos, não será, pois, se o agente conhecia a proibição legal, mas se actuou ou não com falta de consciência da ilicitude, e, se sim, se tal falta (lhe) é ou não censurável...."

> chamada a debate de forma esclarecida, não se exprime na conduta realizada e não pode ser atingida pelo juízo de censura da culpa. *Por isso fica excluído o dolo do agente e a punição a esse título*. Por outro lado, o que o desconhecimento da proibição legal de uma conduta axiologicamente neutra põe em causa não é ainda a falta de destrinça entre o lícito e o ilícito, mas a falta de um *pressuposto* indispensável daquela; não é ainda o problema da consciência da ilicitude, mas do conhecimento necessário para que ela se alcance. O que pode censurar-se ao agente não é uma falta de consonância da sua consciência-ética com os critérios de valor da ordem jurídica, mas só eventualmente uma falta de cuidado, traduzida na omissão do dever de se informar e esclarecer sobre a proibição legal, que torna a sua conduta axiologicamente relevante: *a censura típica da negligência*."[1402]

O reparo a ser feito se dirige apenas ao fato de que os resultados obtidos pelo professor lusitano não devem divergir, quer se trate de conduta axiologicamente neutra, ou não!

Um outro controle, em atendimento ao funcionalismo redutor que se vem escrevinhando, pode ser buscado na teoria da ofensa ao bem jurídico como motivo imprescindível e suficiente para a inconstitucionalidade da *lex poenalis in albis*. Afora a afirmação de ANITUA de que, "da mesma forma que a intervenção do poder punitivo não pode assegurar que essa intervenção ponha o bem a salvo - não é possível comprovar sociologicamente que a penalização proteja algo -, não é posível legitimar o poder punitivo com a teoria do bem jurídico"[1403], sobre esse assunto também noticiou SILVA-SÁNCHEZ que, "a doutrina tradicional do bem jurídico revela - como mencionado anteriormente -, que, diferentemente do que sucedeu nos processos de despenalização dos anos 60 e 70, sua capacidade crítica no campo dos processos de criminalização como os que caracterizam os dias atuais - e certamente o futuro - é sumamente débil."[1404] O reflexo disso, continua esse, é que se tem

> "produzido certamente a culminação do processo: o Direito Penal, que reagia *a posteriori* contra um fato lesivo individualmente delimitado (quanto ao sujeito ativo e ao passivo), se converte em um direito de gestão (punitiva) de riscos gerais e, nessa medida, está 'administrativizado'. Vejamos o que se quer indicar com tal expressão. Como é sabido, as teses clássicas (ou do *aliud*) distinguiam entre ilícito penal e ilícito administrativo, atribuindo ao primeiro o caráter de lesão eticamente reprovável de um bem jurídico, enquanto o segundo seria um ato de desobediência ético-valorativamente neutro. Posteriormente, todavia, foi se consolidando como doutrina amplamente dominante a tese da diferenciação meramente quantitativa entre ilícito penal e ilícito administrativo, segundo a qual o característico desse último é um menor conteúdo de injusto. Como resumo desse ponto de vista, pode-se citar WELZEL, quando observa: 'A partir do âmbito nuclear do criminal deflui uma linha contínua de injusto material que certamente vai diminuindo, mas que nunca chega a desaparecer por completo, e que alcança até os mais distantes ilícitos de bagatela, e inclusive as infrações administrativas (*Ordnungswidrigkeiten*) estão a (...) ela vinculados'. A perspectiva que se centra somente no injusto e sua conformação para distinguir o âmbito do penal e do administrativo é, a meu juízo, errônea. Por isso era errônea a teoria clássica de base ética. Mas *também resulta incompleta a moderna teoria da diferenciação (meramente) quantitativa.* Com efeito, o decisivo da referida diferenciação não é (somente) a configuração do injusto, senão os critérios desde os quais se contempla, os critérios de imputação desse injusto e as garantias de diverso signo (formais e materiais) que rodeiam a imposição de sanções ao mesmo. A esse respeito, é evidente que a sujeição a um juiz é uma diferença qualitativa, como o é a impossibilidade de que a administração imponha sanções privativas de liberdade. Tais garantias especiais, que rodeiam o penal e que têm a ver com a repercussão comunicativo-simbólica da afirmação de que concorre uma 'infração penal', convergem favoravelmente à idéia de que

[1402] DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema...,* p. 400.
[1403] ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias...,* p. 145.
[1404] SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão...,* p. 113.

> procede introduzir uma perspectiva de diferenciação qualitativa que há de ter reflexo, sobretudo, na forma de entender a lesividade de uma e outra classe de infrações e nos critérios utilizados para sua imputação. Como se verá, o decisivo aqui volta a ser o critério teleológico: a finalidade que perseguem, respectivamente, o Direito Penal e o administrativo-sancionador. O primeiro persegue a proteção de bens concretos em casos concretos e segue critérios de lesividade ou periculosidade concreta e de imputação individual de um injusto próprio. O segundo persegue a ordenação, de modo geral, de setores da atividade (isto é, o reforço, mediante sanções, de um determinado modelo de gestão setorial). Por isso não tem por que seguir critérios de lesividade ou periculosidade concreta, senão que deve preferencialmente atender a considerações de afetação geral, estatística; ainda assim, não tem por que ser tão estrito na imputação, nem sequer na persecução (regida por critérios de oportunidade e não de legalidade). Por esse motivo, quiçá proceda, em suma, introduzir algum gênero de diferenciação qualitativa entre Direito Penal e Direito Administrativo sancionador. Como já mencionado, o Direito Administrativo sancionador é o reforço da ordinária gestão da administração. Assim, também cabe afirmar que é o Direito sancionador de condutas perturbadoras de modelos setoriais de gestão. Seu interesse reside na globalidade do modelo, no setor em sua integridade, e por isso tipifica infrações e sanciona sob perspectivas gerais. Não se trata aqui do risco concreto, como risco em si mesmo relevante e imputável pessoalmente a um sujeito determinado, senão que o determinante é a visão macroeconômica ou macrossocial (as 'grandes cifras'; o 'problema estrutural' ou 'sistêmico'). Precisamente por ser essa sua perspectiva própria, o Direito Administrativo sancionador não precisa, para sancionar, que a conduta específica, em si mesma concebida, seja relevantemente perturbadora de um bem jurídico, e por tal razão *tampouco é necessária uma análise de lesividade* no caso concreto. Do mesmo modo, tampouco parece haver óbices à aceitação de que o Direito Administrativo sancionador não se oriente por critérios de legalidade na persecução dos ilícitos, senão por *puros critérios de oportunidade*. O que é necessário, mais que tudo, é que o gênero de condutas represente, em termos estatísticos, um perigo para o modelo setorial de gestão ou, se se prefere, em termos menos tecnocráticos, para a boa ordem do setor de atividade determinado. Nessa medida, o Direito Administrativo sancionador é essencialmente o Direito do *dano cumulativo* ou, também, do dano derivado da *repetição*, que dispensa uma valoração do fato específico, requerendo somente uma valoração acerca de qual seria a transcendência global de um determinado gênero de condutas que viesse a ser considerado lícito. Em outras palavras, a pergunta-chave é 'o que aconteceria se todos os intervenientes neste setor de atividade realizassem a conduta X - quando existe, ademais, uma séria probabilidade de que muitos deles o façam -, caso fosse considerada lícita?'."[1405, 1406]

É por isso que JUAREZ TAVARES, enfatiza que, "se deve descartar da noção de bem jurídico a noção de função, que encerra atividades administrativas do Estado, referentes ao controle sobre determinado setor da vida de relação ou de seu próprio organismo."[1407]

Ademais,

> "como assinala PASCAL, no mundo barroco dos casuístas, graças à instituição do probabilismo como teoria, chegava-se a equívocos extraordinários e sobretudo à organização de uma religião que não conduzia à fé, ou à caridade, mas que queria, pela benevolência, receber no seu seio os grandes e os nobres, agradá-los para receber o seu agradecimento. Tão intricado ficou o sistema, que o Padre BAUNY, como nos diz PASCAL, pôde afirmar que: 'Quando o penitente segue uma opinião provável, o confessor deve absolvê-lo, ainda que sua opinião seja contrária à do penitente.' Este tipo de raciocínio que raia o absurdo e parece tirado da lógica de lonesco, é que o jansenismo criticava."[1408]

Poderia, então, sem dúvida, a ofensa ao bem jurídico ser eleita, *ad instar* do que faz JUAREZ TAVARES, para todo o injusto, como parâmetro retentor do poder punitivo[1409], embora,

---

[1405] SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão...*, pp. 114 a 117.

[1406] De maneira mais tecnicamente profunda ao analisar a relação bem jurídico e função, mas com semelhante resultado, TAVARES, Juarez Estevam Xavier. *Teoria...*, pp. 203 e seguintes.

[1407] TAVARES, Juarez Estevam Xavier. *Teoria...*, p. 203.

[1408] SANTIANO, Silviano. Retórica da verossimilhança. *In Discursos Sediciosos, Crime, Direito e Sociedade*, 1° semestre 1996, ano 1, n. 1, p. 42.

[1409] TAVARES, Juarez Estevam Xavier. *Teoria...*, pp. 198 e 203: "O bem jurídico não se confunde, assim, nem com os interesses juridicamente protegidos, nem com um estado social representativo de uma sociedade eticamente ideal, nem ainda com mera relação sistêmica, e tampouco pode ser identificado como uma função integrada ao fim de proteção da norma. ...A

hic et nunc, sem prescindir da ontologicidade, mormente por se tratar ele da "'relação de disponibilidade' do titular com a coisa."[1410] Que a ofensa ao bem jurídico afeta, no sentido de delimitar, o próprio tipo, bem como todos os demais componentes deste[1411] - *incluída, portanto, e sem favor algum, a norma remetida* -, disso poucos ousarão duvidar, ainda que o condicionem aos preceitos constitucionais.[1412] Também é insofismável que, sendo a ofensa ao bem jurídico um valor[1413] - *e não um ideal ou uma função* -, que subordina sua eficácia delimitadora à demonstração de uma ofensa ou perigo concreto desta - *é dizer, a uma finalidade* -, é evidente que ela, por tudo isso, tem o condão de condicionar a própria validade da norma.[1414] Mas, condicioná-la não em função do próprio bem jurídico, argumenta JUAREZ TAVARES, "senão da pessoa humana que é o objeto final de proteção da ordem jurídica", ou seja, "o bem jurídico só *vale* na medida em que se insira como objeto referencial de proteção da pessoa, pois só nesta condição é que se insere na norma como valor"[1415], parece inafastável. Com efeito, continua ele, considerando-se que "a punição criminal é unicamente uma contingência de *ultima ratio*" e que, como adverte ROBBERS, "inexiste um dever absoluto de punir"[1416], não se deve cair na tentação de se usar, à semelhança do remédio que envenena, o bem jurídico como "legitimação da incriminação, mas como sua delimitação, daí seguindo, no dizer de ZU DOHNA, a necessidade de que seja determinado com precisão para que possa servir de barreira diante da intencionalidade e da vacuidade."[1417] Então, quando vinculada a critério de pura oportunidade, despossui a função o caráter de universalidade, que somente é recuperado no instante em que a função passa a "servir, indistintamente a todos, no sentido de uma universalidade e sua vinculação à própria estrutura do Estado, dá-lhe estabilidade e a converte em bem jurídico, porque se constitui valor da pessoa humana."[1418] Ainda segundo JUAREZ

---

necessária vinculação de um bem jurídico estatal à sua origem e finalidade pessoal é uma garantia do indivíduo de que sua liberdade não será molestada por mera adoção de políticas públicas, no âmbito administrativo, econômico e social, ou por finalidades eleitoreiras. Será preciso demonstrar, para tornar válida a eleição desta categoria de bem jurídico, que sua lesão signifique um dano igualmente à pessoa e às suas condições sociais."

[1410] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual...*, p. 440.

[1411] TAVARES, Juarez Estevam Xavier. *Teoria...*, p. 198: "Bem jurídico é um elemento da própria condição do sujeito e de sua projeção social, e nesse sentido pode ser entendido como um valor que se incorpora à norma como seu objeto de preferência real e constitui, portanto, o elemento primário da estrutura do tipo, ao qual se devem referir a ação típica e todos os seus demais componentes."

[1412] TAVARES, Juarez Estevam Xavier. *Teoria...*, p. 200: "Entendido como valor e não como dever, é o bem jurídico, pois, reconduzido à condição de delimitador da norma. Essa condição delimitadora é que assinala a característica essencial do bem jurídico e deve ser levada em conta em qualquer circunstância, ainda que sob a idéia de subordiná-la aos preceitos constitucionais."

[1413] Apoiando-se em JÜRGEN HABERMAS, TAVARES, Juarez Estevam Xavier. *Teoria...*, p. 199: "Seguindo a definição de HABERMAS, podemos dizer que norma e valor se diferenciam basicamente em face de seus pessupostos: a primeira se vincula a uma situação de dever; o outro, a uma finalidade."

[1414] TAVARES, Juarez Estevam Xavier. *Teoria...*, p. 198.

[1415] TAVARES, Juarez Estevam Xavier. *Teoria...*, p. 199.

[1416] *Apud* TAVARES, Juarez Estevam Xavier. *Teoria...*, p. 201.

[1417] *In* TAVARES, Juarez Estevam Xavier. *Teoria...*, pp. 201-202.

[1418] TAVARES, Juarez Estevam Xavier. *Teoria...*, p. 212.

TAVARES, "não importa, assim, ao conceito de função que essa ou aquela atividade de controle possa ser útil ou inútil, adequada ou inadequada."[1419] Importante é que na confecção da lei penal em branco se obedeça à eleição da ofensa ao bem jurídico como único valor funcional estruturante do injusto[1420] que, represando o poder punitivo, garante a interferência deste na vida humana somente em último caso, e nunca em razão de uma mera função, ou de um simples dever. Com isso, ficam excluídos os hibridismos - *norma remetente/norma remetida* -, eleitores de criminalizações de enquadramento administrativo mais adequado, sem qualquer esteio nas estruturas lógico-reais[1421] - *e que devem servir apenas para delimitá-los, jamais para legitimá-los* -, porque "o bem jurídico não pode perder, direta ou indiretamente, sua referência a um dado do ser, isto é, sua existência como tal deve preceder suas características normativas"[1422], que, todavia, não podem ser desprezadas, porquanto a afirmação de estar ele reduzido a uma característica da pessoalidade não o libera de apresentar uma substancialidade aferível por um "procedimento de demonstração de que tenha sido lesado ou posto em perigo".[1423] E, justamente porque "o objetivo do Direito Penal, porém, não é o de simplesmente proteger bens jurídicos, mas o de traçar, nitidamente, os contornos das zonas do lícito e do ilícito, do proibido e do permitido, no sentido de só justificar a intervenção do Estado sobre a liberdade da pessoa humana, em casos de extrema e demonstrada necessidade"[1424], é que, talvez, mais importante do que a demonstrabilidade de estar a ofensa ao bem jurídico lastreada a um dado do ser, anterior à normativização, é a demonstração da própria imprescindibilidade da normativização mesma, porquanto sem ela, ou dependendo de como se a construa, o juízo de refutabilidade poderá, com maior ou menor facilidade alcançar, ou mesmo não poderá alcançar seu propósito de reduzir ou eliminar o poder punitivo, porque insujeitáveis as conclusões deste - *no sentido de eleger mediante uma lei penal em branco capenga e destituída de qualquer*

[1419] TAVARES, Juarez Estevam Xavier. *Teoria...*, pp. 212-213.
[1420] TAVARES, Juarez Estevam Xavier. *Teoria...*, p. 223: "Se, por um lado, se deve distinguir entre bem jurídico e função, por outro, se pode divisar, como já se assinalou anteriormente, uma função própria ao bem jurídico, que é a de servir de elemento estrutural do injusto...."
[1421] PEREIRA, José Carlos de M. *A explicação...*, p. 39: "Diga-se de passagem que a dedução foi o método usado por EINSTEIN na elaboração da sua teoria da relatividade. Seu médoto consistia unicamente em procurar uma teoria harmoniosa, do tipo que a própria natureza escolheria." Por outro lado, essa relação, na medicina, parece pender para outra direção, conforme, citando R. B. BRAITHWAITE, PEREIRA, José Carlos de M. *A explicação...*, pp. 49-50: "É preciso sempre 'olhar a totalidade da cadeia causal e não, meramente, seu estado final'. De fato, esta, nas explicações teleológicas, seria 'uma situação temporal de quiescência' (de descanso). Isso é inadequado porque, no caso dos organismos vivos, o que há são ciclos repetidos de comportamentos para mantê-los assim, auto-regulando-se por meio de um mecanismo de *feedback*, de retroalimentação. Chegar ao final não seria distintivo de uma atividade diretiva, porque também os processos inorgânicos movem-se na direção de um termo final. O distintivo seria a persistência da atividade diretiva para alcançar a meta: por exemplo, manter o organismo vivo. Insistir, no entanto, numa sucessão demasiado longa de *porquês*, no caso da explicação teleológica, poderia transformá-la numa explicação finalista, em que se procurasse não só a direção, mas também o diretor, como nos parece ser o caso do funcionalismo de TEILHARD DE CHARDIN. Isso extravasaria os limites da ciência, tal como ela é geralmente entendida."
[1422] TAVARES, Juarez Estevam Xavier. *Teoria...*, p. 220.
[1423] TAVARES, Juarez Estevam Xavier. *Teoria...*, p. 221.
[1424] TAVARES, Juarez Estevam Xavier. *Teoria...*, p. 216.

ofensa a bem jurídico -, a uma contraprova.[1425] Daí, ser tão perigosa a lei penal em branco que, enveredando pela avenida de complementos abstratos, ou meramente administrativos, mas, todos funcionais ou deontológicos[1426] - *é dizer, não contrafáticos*[1427] -, integra o comando penal remissivo desprovido de qualquer escopo protetivo do bem jurídico contra ofensas[1428]. É que, por ela, quando ultrapassados todos os limites consignados acima, pode-se alcançar um resultado de dessocialização da pessoa humana, ocorrente nos casos de incriminação, desprovido de qualquer exame do dano social resultante de condutas lógico-objetivas.[1429] Com isso, da proporcionalidade que deve guardar a interferência do poderio punitivo estatal com os efeitos decorrentes das condutas incriminadas na lei penal em branco, extrai-se mais esse papel delimitativo da criminalização, qual sendo, perquirir da "legitimidade do próprio direito de punir"[1430] a qualquer custo.[1431] Ainda segundo JUAREZ TAVARES, "o bem jurídico só pode ser considerado violado se esta violação se der na zona do ilícito" (*rectius:* injusto) e, "como a norma penal é fundamentalmente uma norma de conduta, porque se destina a demarcar as zonas do lícito e do ilícito em relação aos sujeitos e a delimitar o poder de intervenção do Estado, a ação ou a omissão típica violadora de bem jurídico é sempre representada por um verbo dotado de certo sentido."[1432]

Todavia, e ao contrário do que ele sustenta, embora não se adote aqui uma postura finalista, senão funcional redutora, fica entendido que, ainda assim é possível, senão imprescindível, retirar-se a manifestação volitiva e suas divisões da configuração ôntica da

---

[1425] TAVARES, Juarez Estevam Xavier. *Teoria...*, p. 220.
[1426] TAVARES, Juarez Estevam Xavier. *Teoria...*, p. 222: "A inserção da lesão ou do perigo de lesão a um bem jurídico como pressuposto da incriminação torna, desde logo, incompatível com um Direito Penal democrático qualquer forma de elevar uma função do Estado à categoria de seu objeto de proteção penal. Todavia, ao tomar-se o bem jurídico como objeto de preferência, como valor e referência, no plano da sua lesão ou perigo de lesão, impossitilita-se a pretensão de utilizá-lo como instrumento de proteção de funções ou de submetê-lo, hierarquicamente, àquelas. ...Na verdade, o objeto de tutela, aqui, corresponderia a uma ordem pública ideal, insuscetível de apreensão conceitual, delimitação e juízo de refutabilidade."
[1427] TAVARES, Juarez Estevam Xavier. *Teoria...*, p. 221: "No setor do injusto, por isso mesmo, as funções não podem ser havidas como pressupostos indeclináveis da incriminação ou objetos de proteção, porque carecem de substância e não podem se submeter a qualquer exame ou demonstração empírica de que tenham sido lesadas ou postas em perigo."
[1428] TAVARES, Juarez Estevam Xavier. *Teoria...*, p. 221: "A exigência, portanto, de que esses bens venham de fato a sofrer uma lesão ou um perigo de lesão, aferidas essas conseqüências no plano do real e não apenas do simbólico, constitui um impedimento estrutural à adoção de uma política criminal destinada à proteção de funções."
[1429] TAVARES, Juarez Estevam Xavier. *Teoria...*, p. 223; em outro sentido, porém, TAVARES, Juarez Estevam Xavier. *Teoria do crime culposo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, xvii: "Penso que em um Estado Democrático de Direito já não mais se comporta uma submissão do normativo ao ontológico, pois a ideia básica que deve servir de orientação a toda especulação jurídica será a de proteger a pessoa humana diante do poder de intervenção, o que, certamente, não poderá ser obtido por uma postura que privilegie as chamadas categorias lógico-objetivas ou as características ônticas da conduta, conceitos imprecisos, incertos e não suficientemente substanciais."
[1430] TAVARES, Juarez Estevam Xavier. *Teoria...*, pp. 223-224.
[1431] De acordo com DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema...*, p. 367: "Se, porém, tomarmos a sério a ideia de que o legislador, ao construir as molduras penais dolosas e negligentes, só teve em vista os factos realizados, respectivamente, com consciência da ilicitude e com negligência do facto, punir a qualquer título factos realizados sem consciência da ilicitude ou com negligência do direito será desde logo violar o princípio *nullum crimen sine lege*." Embora em outra oportunidade, saliente DIAS, Jorge de Figueiredo. *Op. cit.*, p. 377, que: "Só haverá de acrescentar - de resto ainda em plena consonância com BELEZA DOS SANTOS -, que tanto é *doloso* o facto cometido *com* consciência da ilicitude como o cometido *sem* ela, quando esta falta se apresenta como censurável."
[1432] TAVARES, Juarez Estevam Xavier. *Teoria...*, p. 224.

ação, e não somente dos critérios de imputação[1433], visto que estes devem pressupor aquela, sob pena de, aí sim, escancararem-se as cancelas dos propósitos garantistas ao ataque insaciável do poder punitivo. Então, deve-se tomar cuidado, pois, HANNIBAL*, ad portas*!

Assim, respondendo à pergunta acima, deve ficar entendido que a ignorância incidente sobre atos administrativos concretos ou ordens normativas de diferentes entidades, para efeito de enquadramento típico, deve ser tratada como um erro sobre o tipo, excludente do dolo, porque o desconhecimento do complemento, que integra o próprio tipo, enseja e viabiliza - *por parte do, e ao médico* -, um erro escusável sobre elementos desse mesmo tipo, mormente quando se tratarem de normas regulamentares ou técnicas, pertinentes à *lex artis*. Mas, não porque elas integram o rol das amiúde alcunhadas *mala prohibita* - *é dizer, desvinculadas de qualquer lastro lógico-real* -, e, assim, dificultam[1434] por parte dos facultativos - *haja vista que a construção criminosa artificial derivada do legislador é ainda mais absurda, inalcançável e surpreendente* -, conhecer todos os componentes, sejam descritivos, normativos ou mesmo subjetivos específicos que formam o tipo. Senão, porque o grau de abstratividade com que o legislador da ocasião criminaliza, é dizer, etiqueta, pressupõe – *criminalização primária* -, e colima – *criminalização secundária* -, uma certa culpabilidade pela vulnerabilidade que, no caso do médico, é diminuída – *a vulnerabilidade, e não a culpabilidade* -, em razão da tecnificidade da sua profissão, mas, aumentada – *a vulnerabilidade* -, na medida em que o erro é ocasionado pela omissão informativa de outro, não podendo ficar presumida, deduzida ou induzida sua existência – *a da culpabilidade* -, em razão de um defeito comunicacional - *próprio ou mesmo da própria agência* -, que reflete decisivamente no irreconhecimento da potencial consciência da ilicitude.[1435]

Com isso, remanesceria a tipificação por crime culposo para o caso de estarem presentes todos os seus pressupostos, sendo um deles o fato de a desinformação - *visto que o "devia saber"*[1436] *configura culpa, e não dolo eventual* -, dever ser atribuída à desídia do médico que, vez em quando, para não dizer sempre, deveria, por exemplo, consultar a página eletrônica do

---

[1433] TAVARES, Juarez Estevam Xavier. *Teoria...*, p. 225.

[1434] DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema...*, p. 227-228: "Só no âmbito das incriminações moralmente fundadas - e portanto dos comportamentos que, segundo um princípio moral geralmente aceite e reconhecido, surgem como dignos de castigo e de pena -, terá sentido afirmar-se que a censura se funda na possibilidade de o agente ter alcançado, através de uma 'reflexão axiológica' que omitiu, a consciência da ilicitude do facto. Em toda a extensão das hipóteses restantes, porém, o papel da consciência-ética desaparece, desta perspectiva, e a censura passa a ver-se fundada, *exclusivamente*, por uma 'falta intelectual' que deriva de o agente não ter feito tudo aquilo que razoavelmente seria de lhe exigir no sentido de se esclarecer ou informar sobre a ilicitude do facto."

[1435] BELEZA, Teresa Pizarro; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. *O regime legal do erro e as normas penais em branco*: ubi lex distinguit.... Coimbra: Almedina, 2001, p. 59: "Pode suceder que a ignorância seja um problema de pura informação do agente ou, noutros termos, uma questão que se coloca como um problema de conhecimento (por exemplo, o agente deveria ter sido notificado do acto e não o foi). Numa situação destas será razoável aplicar o regime do art. 16º, nº 1, *in fine*, pois o conhecimento do acto condiciona em absoluto o conhecimento da proibição."

[1436] Nesse sentido, o saudoso NORONHA, Edgar Magalhães. *Direito Penal*: dos crimes contra as pessoas, dos crimes contra o patrimônio. 31. ed. v. 2. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 86: "Haverá culpa quando o sujeito ativo não tem ciência... mas devia sabê-lo pelas circunstâncias."

Conselho Federal de Medicina, onde são publicadas informalmente e onde são acessadas mais facilmente as notícias desta autarquia. Não sendo improvável, de outro lado, configurar sua conduta atípica por inexistência flagrante da repescagem culposa (artigo 18, parágrafo único, do Código Penal).

É dizer, quem se debruçar sobre o seguinte exemplo não com muita dificuldade perceberá a influência que a natureza e a origem do complemento - *norma remetida* -, projetam no conhecimento da norma remissiva, afetando quase sempre o dolo, ora a culpa, cabível por si só senão como rebarba.[1437] Acompanhando FIGUEIREDO DIAS, "age sem culpa quem pratica o facto sem consciência da sua ilicitude, se o erro lhe não for censurável; se o erro lhe for censurável será o agente punido a título de dolo, podendo no entanto a pena ser especialmente atenuada."[1438] Se não, vejamos um exemplo fictício: O Conselho Federal de Medicina (CFM), colimando disciplinar a atuação dos profissionais cirurgiões-plásticos, determina, mediante Resolução a viger 15 dias após sua publicação, que aqueles deverão, para poderem continuar exercendo sua labuta, registrar-se no CFM no prazo de 5 dias, sob pena de, realizando qualquer cirurgia estética ou reparadora sem referido pressuposto, enquadrarem-se no crime de *exercício de atividade com infração de decisão administrativa* (artigo 205, do Código Penal). Acontece que o médico TÍCIO, extremamente atarefado, não consegue acessar a informação trazida à tona pela Resolução, seja porque não assina qualquer jornal que publique notícias oficiais, seja porque não pôde acessar, nesse período, a página eletrônica do CFM. O facultativo MÉVIO, por sua vez, malgrado tenha tomado conhecimento do conteúdo resolutivo, não se dispôs a, no prazo franqueado, registrar-se no CFM como determinado. Já o médico SEMPRÔNIO, conquanto assine jornal que veicula informação pública e acesse a página eletrônica do CFM todos os dias, por problemas de entrega, não recebeu o jornal daquele dia, e, por defeito no seu provedor, que durou mais de semana, não conseguiu acessar referido sítio eletrônico. Todos, após um mês da publicação da Resolução realizaram uma cirurgia reparadora ou estética.

Mas, cometeram todos o fato típico previsto no artigo 205, do Código Penal? Inicialmente, quer parecer que para todos vale o seguinte:

> "a questão da censurabilidade do erro de direito ou sobre a proibição tem-se antes de mais suscitado relativamente a factos relacionados com um certo 'círculo de vida e profissional' do agente, para se notar que sobre este recai o dever de se *informar* cuidadosamente sobre as prescrições legais que atingem as respectivas actividades; por isso a censurabilidade ou evitabilidade do erro pode ter logo o seu fundamento em que o agente (*v. g.,* um farmacêutico, um

[1437] DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema...,* pp. 414-415: "Age sem dolo quem se não representa circunstâncias do fato que correspondem a um tipo de crime, *ou desconhece preceitos jurídicos cujo conhecimento seria indispensável para tomar consciência da ilicitude do facto.* Fica porém ressalvada a punibilidade da negligência."
[1438] DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema...,* p. 390.

> construtor civil *etc.*), por má condução da sua vida profissional, omitiu aquele dever de informação e esclarecimento. Por outro lado, quando haja dúvidas sobre a licitude ou ilicitude da acção, acentua-se em geral não dever o agente remeter-se ao seu próprio juízo mas esclarecer-se junto de pessoa competente; por isso pode a censurabilidade do erro radicar na escolha errada da pessoa a quem se pede o esclarecimento, ou inversamente ser excluída porque houve o cuidado de se socorrer de um jurisperito, ou de uma pessoa ou repartição que, sem culpa, o agente considerou competente."[1439]

Como não se trata de um complemento ôntico, é dizer, lógico-objetivo, a desinformação ou o defeito na informação deve receber um tratamento não se diria diverso[1440], mas sim, menos rígido no que tange ao erro sobre o tipo e sobre a proibição, sobretudo em razão do que dito acima, ou seja, de que, nesses casos, a imensa artificialidade da criminalização beira o absurdo e ocasiona a quase impossibilidade de previsão por parte do etiquetável.

Partindo desse marco, *mutatis mutandis,* pode-se responder, e isso vale para todos, com a sugestão notadamente funcional redutora de VELOSO:

> "em caso de incriminação nova, deve-se conceder o regime do art. 16°[1441], sem distinção entre crimes em si ou meramente proibidos, por todo o período que seja necessário para conhecer a nova norma. Isto independentemente da *vacatio legis* formal, que pode ser - entre nós está a ser - muito insuficiente. A ampliação deve valer também para as pessoas que exercem certa actividade, relativamente às normas reguladoras destas, embora neste caso o período de tolerância deva ser mais reduzido do que para o cidadão comum. Estas soluções devem ser aplicadas analogicamente ao desconhecimento de normas jurídicas que devam ser combinadas com o preceito legal incriminador para obter a norma incriminadora completa."[1442]

Então, embora se trate TÍCIO de profissional cuja busca pelo conhecimento ou atualização do conhecimento, ainda que burocrático lhe é sempre cabida[1443] - *desde que não impossível, obviamente, como quando o Conselho Federal de Medicina, hipoteticamente, deixa de publicar uma Resolução* -, a estreiteza da *vacatio legis* impediu-o de acessar a informação, não podendo o sistema punitivo contraditar alegando, mesmo diante da sua confissão de desidioso quanto a questões formais, que esta sua indiferença não diminuiria ou mesmo não se inverteria diante de um prazo mais longo, porque tal não passa de presunção, rejeitável a todo modo em um Direito Penal de ato. Já a indiferença de MÉVIO, mesmo porque de pronto excluído o empecilho do aperto da *vacatio legis* - *colmatada por um conhecimento inequívoco da resolução* -, autoriza a incriminação, ainda que se trate de norma penal em branco, remanescendo a

---

[1439] DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema...,* p. 324.
[1440] BELEZA, Teresa Pizarro; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. *O regime...,* p. 53: "Um caso como este não adquire qualquer especificidade em relação ao regime vigente do erro, devendo a solução ser encontrada em função da natureza do erro e da natureza do objeto do erro."
[1441] Textualmente: "O erro sobre elementos de facto ou de direito de um tipo de crime, ou sobre proibições cujo conhecimento for razoavelmente indispensável para que o agente possa tomar consciência da ilicitude do facto, exclui o dolo."
[1442] VELOSO, José António. *Erro...,* p. 25.
[1443] Nesse sentido, embora bastante cético, DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema...,* p. 226: "...a capacidade de conhecimento da ilicitude afirmar-se-á (e com ela a censurabilidade do erro ou da falta de consciência actual da ilicitude) sempre que o agente, 'através do pertinente esforço da consciência-ética - de um esforço que se afere pela medida exigível segundo as circunstâncias do caso e o concreto círculo de vida e profissional a que aquele pertence -, tivesse podido alcançar um tal conhecimento."

questão de, tratando-se de crime de perigo abstrato - *visto que sua competência cirúrgica não pode ser medida por mera exigência tecnocrática*[1444] -, e, considerando o princípio da ofensividade, deveria ou não ser ele absolvido.[1445] Quanto a SEMPRÔNIO, o defeito na informação é devido, exclusivamente, a terceiro, não podendo ele acessar o conteúdo da norma remetida, merecendo, de corolário, ser enquadrado em erro de tipo - *porque atingido seu dolo* -, ou, quando menos, em erro de proibição, porque prejudicada, também, sua culpa. O mesmo resultado mereceriam todos se o desconhecimento fosse devido, exclusivamente, ao Conselho Federal de Medicina, por olvido na publicação da Resolução, principalmente em razão de se tratar de norma que encerra um caráter de abstratividade quase inapreensível, mesmo se compararmos o técnico (médico) e o leigo.

Por fim, que a lei penal em branco, enquanto jaz à espera da sua companheira - *melhor seria dizer, talvez, convivente* -, remanesce latente, disso ninguém duvida, e assim é "porque não se pode afirmar que haja um tipo penal quando só existe uma pena legal, carente da ação típica, o que lhe impede cumprir sua função de programação criminalizante."[1446] Respeito, porém, diz a outra questão, ao fato de a lei penal em branco, inobstante implementada formalmente a condição suspensiva - *qual sendo, o surgimento no mundo jurídico da lei destinatária complementadora* -, haver ou não - *e por causa da indeterminação dos termos desta* -, entrado, efetivamente, em vigor, sendo mister a declaração da sua inconstitucionalidade, ou melhor, considerar-se que ela sequer existiu, ainda que por lapso curto. Em que pese a cisão, mediante a técnica do reenvio ao destinatário, *i. e.,* para uma disposição legal comportamental diferente daquela que estabelece a pena, ter merecido a pronúncia de FIGUEIREDO DIAS no sentido de que aquela prática não enferma a constitucionalidade, "*pois nada na Constituição obriga à conexionação, na mesma lei ou no mesmo preceito legal, da conduta proibida com a pena que lhe corresponde*"[1447], ficou espancado acima, com fartura, serem tais leis flagrantemente inconstitucionais. Por outro lado, filosófica e fisicamente fica bastante difícil, senão impossível, dizer que elas nunca existiram, o que tornaria, de corolário, intrincável tanto a solução quanto a sonegação dos efeitos, ainda que inconstitucionais, delas advindos. Então,

---

[1444] TAVARES, Juarez Estevam Xavier. *Teoria...*, pp. 203 e 221: "A necessária vinculação de um bem jurídico estatal à sua origem e finalidade pessoal é uma garantia do indivíduo de que sua liberdade não será molestada por mera adoção de políticas públicas, no âmbito administrativo, econômico e social, ou por finalidades eleitoreiras. Será preciso demonstrar, para tornar válida a eleição desta categoria de bem jurídico, que sua lesão signifique um dano igualmente à pessoa e às suas condições sociais. ...A exigência, portanto, de que esses bens venham de fato a sofrer uma lesão ou um perigo de lesão, aferidas essas conseqüências no plano do real e não apenas do simbólico, constitui um impedimento estrutural à adoção de uma política criminal destinada à proteção de funções."

[1445] TAVARES, Juarez Estevam Xavier. *Teoria...*, p. 226: "O que se exige, em um Direito Penal realista, é que ao imputado se lhe abra sempre a possibilidade de demonstrar que o perigo pressuposto na lei não se poderia verificar no caso concreto, em face da inofensividade de sua conduta."

[1446] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...*, v. I, p. 205.

[1447] DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema...*, p. 220.

parece mais coerente, entendendo pela sua inconstitucionalidade, e atentando para os seus inegáveis efeitos, absolver o médico por atipicidade global[1448] da conduta.

Agora, é preciso dizer que por trás de toda essa construção há algo escondido. E a questão sonegada tem a ver, justamente, com a culpabilidade.

Ficou consignado acima que na construção da criminalização primária, bem como na atuação da criminalização secundária e terciária[1449], os sistemas penais, valendo-se de um discurso deslegitimado, dirigem o poder punitivo a um seleto grupo de etiquetados como criminalizados, para os quais valeria o que teria dito o tardiamente arrependido inquisidor ALONSO SALAZAR Y FRÍAS, ou seja, "não existiram bruxos nem enfeitiçados até que se começasse a falar e a escrever sobre eles."[1450] Embora o programa criminalizante primário jamais alcance suas pretensões - *em verdade, jamais pretenderá alcançá-lo sob pena de inviabilidade da vida social*[1451] -, ele destina seu arbitrário esforço em desfavor de impor previsões típicas que obedecem ao sabor das suas conveniências político-econômicas de ocasião, não se preocupando, portanto, com a harmonização social ao apontar seu poderoso arsenal para este ou aquele candidato que tem, no momento, causado desconforto aos seus interesses. Esquartejadas, *ab ovo*, em atendimento a uma divisão político-administrativa alemã[1452], caíram as leis penais em branco nas graças dos caprichos luxuriosos das agências da neoliberal empreitada que, num jogo fraudado, usam-nas como vinheta para, abusando da capacidade operativa que detêm, deturparem seus objetivos, inicialmente aceitáveis, ainda que em mínima medida. Então, afora sua inconstitucionalidade, necessário é realçar que a confecção das leis penais em branco esconde uma perseguição aos vulneráveis, *ad instar* de qualquer outro diploma legal. Mas, sendo os médicos invulneráveis por excelência, seja em razão do seu *status* profissional, seja em razão do seu *status* econômico, seja em razão de quaisquer outros sinais de ostentação da sua posição - *com origem remota no Estado absolutista, sobretudo no Ancien Régime, onde, "com o objetivo de regular os ilegalismos*[1453]*,... para controlar... as falsas representações da condição social... os reis absolutistas... impuseram a necessidade de as pessoas contarem com um passaporte para deslocar-se de seu torrão ou para ingressar nas cortes ou nas cidades; os que não*

[1448] A construção da tipicidade conglobante pode ser pesquisada em ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...*, v. I, v. II, I, p. 159; e, ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual...*, p. 435 e seguintes.
[1449] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...*, v. I, pp. 43 e seguintes.
[1450] ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias...*, pp. 60-61.
[1451] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...*, v. I, p. 44: "Embora ninguém possa conceber seriamente que todas as relações sociais se subordinem a um programa de criminalização faraônico (que paralisasse a vida social e convertesse a sociedade em um caos na busca da realização de um programa irrealizável)...."
[1452] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...*, v. I, p. 204: "Elas foram teorizadas na Alemanha para os casos de leis nacionais complementadas por outras, provinciais...."
[1453] Porém, em última medida, a intenção era assegurar a propriedade. Nesse sentido, ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias...*, p. 105.

traziam esses papéis privilegiados, em troca, tinham que causar efeito com roupas, penteados e outros sinais para identificar-se à primeira vista"[1454] -, como é possível - *sem que as agências plasmem uma arbitrária perseguição, denunciando seus espúrios objetivos, porque estes seriam facilmente questionados pelos consumidores ativos, quais sendo, os médicos, cuja capacidade de não se compadecer é maior que a dos consumidores falhos*[1455] -, afirmar que a confecção de leis penais em branco - *que, atualmente, atinge uma cifra significativa* -, selecionando-os, faz, ou não, coincidir, em razão disso, a marca do suporte com o fiel da balança?

Em primeiro lugar, essa putativa igualdade[1456] não existe, sendo ela um mero produto daquele jogo fraudado em que as agências, mediante um embuste, renomartizam[1457, 1458] o seu arsenal e, com isso, iludem os consumidores ao oferecer-lhes uma falsa sensação social de segurança[1459] - *adveniente do ilusório fato de que é sempre o protegido pela lei quem irá dominar o discurso, desta vez* -, reafirmando assim o "*mito de que renormatizar é resolver*"[1460], mito este quiçá derivado de uma deturpação do verberte "leis", inscrito em uma obra de que participou VOLTAIRE, onde ele afirma que: "se querem ter boas leis a solução é fácil: atear fogo às existentes e redigir novas"[1461], requentando o que já dizia POLÍBIO antes da era Cristã, ou seja, que os ciclos constantemente se repetem.[1462] *Last but not least*, para desviar da afirmação de que "os atos grosseiros cometidos por pessoas sem acesso positivo à comunicação social acabam sendo divulgados por esta como *os únicos delitos* e tais pessoas como *os únicos delinqüentes*"[1463], de quando em vez as agências políticas - *arrimadas em uma clientela com poderio primário inferior, mas que massificada de vez em hora ganha força*[1464] -, assumem o risco de, contrariando os formadores de opinião, selecionar uma mínima parcela dos empreendedores morais - *muita vez, se não sempre, para atender aos reclamos de uma clientela que detém um poder ainda*

[1454] ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias...*, p. 104.
[1455] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...*, v. I, p. 45: "A empresa criminalizante é sempre orientada pelos *empresários morais*, que participam das duas etapas de criminalização; sem um empresário moral, as agências políticas não sancionam uma nova lei penal nem tampouco as agências secundárias selecionam pessoas que antes não selecionavam."
[1456] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca...*, p. 50: "Os raríssimos casos de *falta de cobertura* servem para alimentar a ilusão de que qualquer pessoa pode ascender até a cúspide social a partir da própria base da pirâmide (*self made man*), e servem também para encobrir ideologicamente a seletividade do sistema, que através de tais casos pode apresentar-se como igualitário."
[1457] Sobre a renormatização, veja ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...*, v. I, pp. 53 e seguintes.
[1458] Comentando o juramento hipocrático, ventila SOURNIA hipótese de renormatização. SOURNIA, Jean-Charles. *História...*, p. 49: "Na verdade, são numerosas as profissões que praticam os mesmos costumes e as mesmas solidariedades. Quando uma regulamentação ou uma revolução as destrói, refazem-se rapidamente sob outra forma."
[1459] Sobre a sensação social de "in"segurança, veja SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão...*, p. 30 e 32.
[1460] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...*, v. I, p. 54.
[1461] *Apud* ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias...*, p. 135.
[1462] ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias...*, p. 137.
[1463] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...*, v. I, p. 46.
[1464] Sobre os gestores atípicos da moral, consulte SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão...*, p. 62.

superior ao destes, concentrando em suas mãos a hegemonia das decisões[1465] -, ora usando como desculpa uma brutalidade singular que, de momento, os torna vulneráveis, ora apelando a uma forçada conversão da invulnerabilidade em vulnerabilidade, por haverem "levado a pior parte em uma luta de poder hegemônio."[1466] *Ad exemplum,* na época medieva, quando a reparação econômica não resolvia o conflito, "o modelo da luta ou do combate judicial era utilizado como ritualização ou simbolismo da guerra física."[1467]

Porém, isso ainda não justifica a criminalização dos médicos, invulneráveis por excelência. Antanho, "o medo foi, sem dúvida, a ferramenta principal para garantir a imposição das burocracias modernas, para impor o Estado e o mercado, e para impor o sistema punitivo que continua existindo até hoje.... Esse medo era o medo do 'outro', também o medo do 'poder', mas, em última instância, e sobretudo, medo."[1468]

Hoje, de acordo com SILVA-SÁNCHEZ,

> "nossa sociedade pode ser melhor definida como a sociedade da 'insegurança sentida' (ou como sociedade do medo). Com efeito, um dos traços mais significativos das sociedades da era pós-industrial é a sensação geral de insegurança, isto é, o aparecimento de uma forma especialmente aguda de viver os riscos. ...Por tal motivo, é mais razoável sustentar que, por múltiplas e diversas causas, *a vivência subjetiva dos riscos é claramente superior à própria existência objetiva dos mesmos*. Expressado de outro modo, existe uma elevadíssima 'sensibilidade ao risco...'"

chegando SILVA-SÁNCHEZ, PRITTWITZ e KAUFMANN a afirmar que "'o medo e a insegurança se converteram no tema do século XX'"[1469], frustrando, com isso, o objetivo do Iluminismo que, segundo ADORNO e HORKHEIMER, seria o de "tirar o medo dos homens e de convertê-los em senhores."[1470] Assim, diz ANITUA, numa época em que havia "'emergências' em sociedades evidentemente em risco... de morte para indivíduos em particular e para elevadas percentagens das populações", parece natural que, "embora muitas dessas pessoas realizassem auto-flagelações para ganhar o favor da sobrevivência, parecia mais cômodo, para a maioria, flagelar um terceiro: um 'outro'."[1471]

[1465] Foi exatamente o que aconteceu, quando da candidatura à Presidência da República, do então Ministro da Saúde, JOSÉ SERRA. Para mais detalhes, veja ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...,* v. I, pp. 484 e seguintes: "A hipótese de que o sistema penal do empreendimento neoliberal, vertido para o controle dos contingentes humanos por ele mesmo marginalizados, opera mediante uma dualidade discursiva que distingue os delitos dos consumidores ativos (aos quais correspondem medidas despenalizadoras em sentido amplo) dos delitos grosseiros dos consumidores falhos (aos quais corresponde uma privação de liberdade neutralizadora) pode ser experimentada num rápido exame de dois grupos de leis penais extravagantes. ...Num segundo grupo de leis encontraremos uma política criminal diametralmente oposta à do primeiro. Podemos formatar boa amostragem com ...as "leis Serra" de nº 9.677, de 2.jul.98 e nº 9.695, de 20.ago.98 (para alavancar a candidatura presidencial do ministro da Saúde, a primeira delas eleva delirantemente as penas dos crimes contra a saúde pública, e a segunda os inclui entre os "crimes hediondos")...."

[1466] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...,* v. I, p. 49.

[1467] ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias...,* p. 44.

[1468] ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias...,* p. 83.

[1469] SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão...,* pp. 32 a 41.

[1470] ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. *Dialética do esclarecimento*: fragmentos filosóficos. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1986 *apud* ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias...,* p. 132.

[1471] ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias...,* pp. 83-84.

Indiretamente, então, não se deve desprezar o que ainda continua por detrás desse pano de fundo, *i. e,* seguindo CERQUEIRA FILHO e GIZLENE NEDER, "a incapacidade de suportar o gozo do Outro", o que, inclusive, levou SLAVOJ ZIZEK a identificar isso, embora referindo-se a outra situação, como "a matriz da intolerância social", é dizer, o "ódio (ao gozo do outro) e medo (do outro) implicam situações afetivo-políticas que têm uma inscrição no ideário político ocidental, complementarmente às questões relacionadas com o campo psicológico."[1472] De modo que, numa época em que há uma "dificuldade de obter uma autêntica informação fidedigna em uma sociedade - a da economia do conhecimento -, caracterizada pela avalancha de *informações*"[1473] -, os médicos, classe que na visão da maioria é, tanto intelectual, quanto financeiramente superior, passam a ser invejados - *certamente em razão do "modo social hoje dominante do 'individualismo de massas', no qual a 'sociedade já não é uma comunidade, mas um conglomerado de indivíduos atomizados e narcisisticamente inclinados a uma íntima satisfação dos próprios desejos e interesses'"*[1474] -, e, por ricochete, passam a sentir-se atemorizados com sua corolária, embora eventual, eleição como perseguidos da vez. É preciso dizer que, atualmente, é bem possível que a mera participação em empreitadas, mesmo que lícitas, por si só pode desencadear a perseguição dos esculápios pelos sistemas penais arbitrários, onde a confusão entre o risco socialmente aceitável (alguns poucos erros cirúrgicos, e alguns resultados inevitáveis em medicina, por erro profissional) e a necessidade - *inventada pelas agências políticas* -, de autoafirmarem seu poder - *mediante a renormatização, ou o redirecionamento da criminalização secundária contra os conspiradores, mesmo que involuntários* -, reafirmam-nos perante estatísticas que os desafiam e os desacreditam perante os clientes.

Também, não deve ser descartado que há uma notória identificação da maioria - *e aqui desimporta a classe social, senão, a maneira como as agências de comunicação publicam a notícia* -, com a vítima dos delitos médicos, redundando na incapacidade dos consumidores em aceitar os riscos outrora permitidos, na medida em que se inclinam cada vez mais como vítimas potenciais que inaceitam um progresso a todo custo.[1475] Os avalones, quando desprovidos de alimento, abastecem-se dos próprios excrementos! Para isso, além da *renormatização homóloga imprópria* (recriação de novas normas penais), os sistemas punitivos se valem da *renormatização homóloga própria*[1476] (criação de novas normas penais com conteúdo

---

[1472] CERQUEIRA FILHO, Gisálio; NEDER, Gizlene. Quando o eu é um outro*. In Discursos Sediciosos, Crime, Direito e Sociedade*, 1° semestre 1996, ano 1, n. 1, pp. 90-91.
[1473] SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão...*, p. 34.
[1474] SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão...*, pp. 35-36.
[1475] Quem desejar saber mais sobre o assunto, deve consultar SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão...*, pp. 30 a 57.
[1476] Aqui, obviamente, os advérbios *impróprio* e *próprio* se referem não ao fato de se considerar salutar a renormativização, senão, ao fato de se reputar que, fora a administrativização do Direito Penal, para o caso nem sempre plausível de haver

administrativo ou civil), em que, acompanhando ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA e SLOKAR, a "*administrativização do Direito Penal*", mostra-se patente, caracterizando-se esta

> "pela pretensão de um uso indiscriminado do poder punitivo para reforçar o cumprimento de certas obrigações públicas..., o que banaliza o conteúdo da legislação penal, destrói o conceito limitativo de bem jurídico, aprofunda a ficção do conhecimento da lei, põe em crise a concepção do dolo, vale-se de responsabilidade objetiva e, em geral, privilegia o Estado em sua relação com o patrimônio dos habitantes. Nesta modalidade, o poder punitivo é distribuído mais por acaso do que nas áreas tradicionais dos delitos contra a propriedade, tendo em vista que a situação de vulnerabilidade ante o mesmo depende do mero fato de participar de empreendimentos lícitos."[1477]

Não é à toa que a glândula odorífera da capivara-macho, demarcadora do seu território, localiza-se *acima*, e não abaixo do focinho!

E, nada é mais oportuno a essa empreitada punitiva que as leis penais em branco, mediante as quais se elegem como crimes tipos penais desassociados de qualquer concepção moral, ética, social ou profissional, porque lastreados em meras obrigações públicas, denotativas de pura formalidade incognoscitível e inapreensível aos destinatários médicos. Ora, proscritos os amiúde utilizados argumentos de que as leis penais em branco se justificam em razão de naturais motivos - *quais sendo, a oportunidade e a contingência das matérias que elas tratam que, por notadamente transitórias devem, de corolário, ser necessariamente neutras, pois, do contrário, seriam uma contradictio in adiectio, onde a remissão a outras agências normativas, muito mais ágeis e muito menos burocratizadas, perderia sua justificativa, podendo seu conteúdo ficar a cargo da agência legiferativa constitucional*[1478]-, e justamente pelas incontestes razões trazidas à baila por ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA e SLOKAR, é dizer, as de que "o argumento das matérias instáveis que as leis penais em branco comumente miram não neutraliza sua *inconstitucionalidade,* ao aduzir que as rápidas mudanças não poderiam ser acompanhadas pelo legislador penal", pois, "não há matéria que requeira mudanças tão rápidas e que seja, seriamente, carente de previsão punitiva;" enquanto que, "por outro lado, essa é precisamente a irrenunciável função constitucional do legislador"[1479], é que elas, também, não merecem ser reconhecidas.

Por elas, fica fácil aos sistemas punitivos remanejarem sua seletividade, e tanto na criminalização primária, na secundária, quanto na terciária, visto que, revestidas de uma legalidade formal - *de todo inconstitucional* -, passam a sensação à clientela de estar sendo feito o que é certo, o que é melhor para elas, o que é mais justo, e o que é, temporalmente, mais ágil, além de aparentar "a ilusão de irrestrita mobilidade social vertical, configurando a outra face do mito de que qualquer pessoa pode ascender até a cúspide social a partir da própria base da

---

necessidade de renormativização, deve ela o ser pela via exclusivamente administrativa ou civil, mais *própria* que a *imprópria* renormativização pura ou impuramente penal.

[1477] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...,* v. I, p. 50.

[1478] DIAS, Jorge de Figueiredo. *O problema...,* p. 406.

[1479] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...,* v. I, p. 206.

pirâmide (*self-made man*)" e de servir "também para encobrir ideologicamente a seletividade do sistema, que através de tais casos pode apresentar-se como igualitário"[1480], no momento em que, com elas, arremeda-se a chance de que haverá *iustitia*, embora não *qu sera tamen!*

Todavia, ainda há um pormenor que deve ser enfrentado para coerência do que até aqui foi afirmado.

Ora,

> "o cavaleiro solitário que luta contra a morte é um santo. Quem, jamais, ousaria pensar qualquer coisa de mau contra o médico? Hoje são comuns os processos contra os médicos por imperícia. Ser médico transformou-se num risco. Porque ninguém mais acredita na sua santidade. Talvez porque eles tenham deixado mesmo de ser santos... Mas naquele tempo as pessoas julgavam que o médico era um santo, e porque as pessoas pensavam assim, eles eram santos."[1481]

Se, como dito acima, os médicos são os profissionais vulneráveis da vez - *mormente diante das não menos perigosas pretensões da esquerda punitiva*[1482]*, pois, da sua disputa com os constituintes da direita penal deu na lei de crimes hediondos*[1483]*, que igualmente descobriu, ou melhor, iludiu-se ao enxergar no Direito Penal "poderosos instrumentos de manutenção e reprodução da dominação e da exclusão", também da "criminalidade dourada"*[1484]*, mediante os quais, assim, "procuram se defender dentro do mesmo círculo férreo da violência, agora de antiviolência mimética"*[1485] -, como explicar o fato de a maioria deles não ser condenado, apesar de haver uma pletora de leis penais em branco desfavorecendo-os? Será que a resposta estaria, analisando questão um tanto diversa, no que disse PAVARINI, ou seja, que "os níveis efetivos de repressão... dependem bem pouco da distribuição desigual de uma penalidade artificial no social, mas da demanda social de repressão, ou seja, da demanda social por maior ou menor penalização."?[1486]

Primus, não se pode esquecer que eles, sendo também empresários morais, malgrado não consigam, ao menos eventualmente, participar da formatação da criminalização primária, influenciam, decisivamente - *em razão de que a perda da invulnerabilidade é só aparente* -, na

---

[1480] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca...*, p. 50.
[1481] ALVES, Rubem. *O médico...*, p. 18.
[1482] Em verdade, trata-se esse movimento de algo pendular, como consta em GROSSI, José Gerardo. Nilo Batista: advogado e abolicionista. In *Nilo Batista*: a luta pelo Direito. Rio de Janeiro: Chronos, publicação da Unirio, 2007, ano 2, n. 4, p. 16: "No Brasil, a 'direita' e a 'esquerda' têm concorrido, permanentemente, ao troféu de 'a mais punitiva'."; veja, ainda, WACQUANT, Loïc. *As prisões...*, p. 21: "Os mesmos - países, partidos, políticos e professores - que ontem militavam, com o sucesso insolente que se pode constatar dos dois lados do Atlântico, em favor de 'menos Estado' para o que diz respeito aos privilégios do capital e à utilização da mão de obra, exigem hoje, com o mesmo ardor, 'mais Estado' para mascarar e conter as consequências sociais deletérias, nas regiões inferiores do espaço social, da desregulamentação do trabalho assalariado e da deterioração da proteção social."; veja, também, ARENDT, Hannah. *Sobre...*, p. 24.
[1483] BATISTA, Nilo. A juventude acadêmica e a questão criminal: discurso de abertura do XXV° ERED - Encontro Regional dos Estudantes de Direito. *In Nilo Batista*: a luta pelo Direito. Rio de Janeiro: Chronos, publicação da Unirio, 2007, ano 2, n. 4, p. 125: "... lei dos crimes hediondos, ...produto parlamentar de uma risível quizila entre constituintes da direita penal e da esquerda punitiva."
[1484] KARAM, Maria Lúcia. A esquerda..., pp. 79-80.
[1485] BOFF, Leonardo. A violência contra os oprimidos: seis tipos de análise. *In Discursos Sediciosos, Crime, Direito e Sociedade*, 1° semestre de 1996, ano 1, n. 1, p. 104.
[1486] PAVARINI, Massimo. O instrutivo caso italiano. *In Discursos Sediciosos, Crime, Direito e Sociedade*, 2° semestre 1996, ano 1, n. 2, p. 69.

seletividade da criminalização secundária.[1487] De sorte que essa esporádica culpabilidade pela vulnerabilidade pode ser, em certa medida, retida, controlada ou minimizada pelo esforço pesoal do candidato à própria vulnerabilidade[1488], *ad instar* do que ocorre, *mutatis mutandis* - *mudanças estas bem superficiais* -, em fisiologia, com o chamado "efeito de 'limiar'" em que "um mecanismo químico só se desencadeia quando um dos constituintes da reacção atinge um certo nível de concentração", de sorte que é "o estudo da depuração" - *e aqui não há nenhuma ironia* -, que "mostra a partir de que taxa a célula renal exerce a sua acção, e com que intensidade."[1489]

Secundus, inobstante sua episódica culpabilidade por uma vulnerabilidade forjada, esta, na lição de ZAFFARONI, está condicionada e limitada pela culpabilidade pelo injusto[1490] - *sob pena de, ao revés, aceitar-se, passivamente, a irracionalidade do poder punitivo e despencar em um Direito Penal de autor*[1491] -, que, mesmo que alinhavado sob a forma de uma lei penal em branco - *notadamente inconstitucional, seja pela remissão legiferativa indevida, seja porque edificada com palavras incertas e indeterminadas, impedindo, com isso, um acesso doloso típico por parte do agente* -, facilita a demarcação e a eliminação, pelas agências responsáveis pela secundariedade criminalizadora, da própria culpabilidade pela vulnerabilidade, retirando-os daquela condição provisória de engodo.

Tertius, o poder arbitrário exercido pelas agências começou a se descortinar, passando a ser considerado como anormal pelos vitimizados, fragilizando-se com isso a normatização atual que condiciona a mantença daquele poder ao reconhecimento de uma desnormatização da *lege lata* e uma subsequente renormatização urgentes, reautenticando aquele *status* de vitimizados, seja de maneira homóloga própria ou imprópria, como antevisto. Ao que consta, e isso parece de uma evidência inafastável, entre a opção pela renormativização homóloga própria civil e administrativa, têm preferido as agências políticas e os clientes-consumidores-pacientes optar por aquela, ainda que, para tanto, utilizem-se, ambos - *respectivamente, mediante uma programação criminalizante primária ou secundária ratificadora da pretensão civil, e, mediante o ajuizamento da ação penal antes ou pari passu com a cível, sobretudo para garantir a reparação econômica* -, da via indireta de uma renormativização subsidiária penal administrativizada.[1492] Opção essa que, em nenhuma medida, desmente, no presente, a repetição de um talvez não infeliz passado onde, diante da ocorrência de um dano provocado, "isso nem sempre significava que ocorreria

[1487] Para tomar informação sobre isso, veja a monografia de GROSNER, Marina Quezado. *A seletividade...*, passim.
[1488] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca...*, pp. 49-50.
[1489] SOURNIA, Jean-Charles. *História...*, p. 299.
[1490] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca...*, p. 279.
[1491] ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca...*, p. 279.
[1492] Sobre o assunto, veja ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...*, v. I, p. 53.

a morte; na verdade, os afetados costumavam exigir uma compensação. Tal contraprestação econômica costumava resolver o conflito."[1493]

Ipso facto, o feitiço pode se virar em desfavor do feiticeiro ou, ao menos, servir de contrafeitiço à sua própria magia. O que, sinceramente, não ajuda em nada, pois sempre se tratará de poder punitivo, alterada apena a mão que o detem, mão essa que sabe, de antemão, na percepção de VERA MALAGUTI BATISTA, que "utilizando amplamente o exercício de poder de sequestro e estigmatização, o verdadeiro e real poder do sistema penal não é [será] o repressor mas o exercício positivo, configurador."[1494]

[1493] ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias...*, p. 44.
[1494] BATISTA, Vera Malaguti. Drogas..., p. 234.

4 OS PRINCÍPIOS[1495] (MEIOS OU FINS?) DA SUBSIDIARIEDADE[1496] E DA FRAGMENTARIEDADE[1497]

Segundo ROXIN, um e outro significam que

> "*la protección de bienes jurídicos no se realiza sólo mediante el Derecho penal, sino que a ello ha de cooperar el instrumental de todo el ordenamiento jurídico. El Derecho penal sólo es incluso la última de entre todas las medidas protectoras que hay que considerar, es decir que sólo se le puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social del problema - como la acción civil, las regulaciones de policía o jurídico-técnicas, las sanciones no penales, etc -. Por ello se denomina a la pena como la 'ultima ratio de la política social' y se define su misión como protección 'subsidiaria' de bienes jurídicos. En la medida en que el Derecho penal sólo protege una parte de los bienes jurídicos, e incluso ésa no siempre de modo general, sino frecuentemente (como el patrimionio) sólo frente a formas de ataque concretas, se habla también de la naturaleza 'fragmentária' del Derecho penal.*"[1498]

Quem, porém, debruçar-se sobre o opúsculo vaticinador do escritor espanhol SILVA-SÁNCHEZ e sobre a infeliz[1499] - *embora não possamos desistir de derrotá-la ou, melhor, de reduzir seu contingente, visto que a batida em retirada do poder punitivo, por conta da adoção do abolicionismo, pode dar azo à preocupação de FERRAJOLI de que ele seria substituído pelo poder vindicativo*[1500]*, ou à efetivação do receio do saudoso RADBRUCH, de que "com a abolição do Direito Penal todos cairão uns sobre os outros", pois, parece evidente que "esta espécie de abolicionismo quer exorcizar o diabo com o belzebu"*[1501] -, expansão do Direito Penal que perpassa todo seu livro, não com pouca facilidade perceberá que as afirmações de BINDING - *garimpador do princípio da subsidiariedade*[1502] -, sobre a inafastabilidade deste, até há pouco repetidas acriticamente, estão perdendo seu posto. E, não porque estivessem elas, na ocasião ou mesmo hoje, equivocadas, pois, em toda medida, tecnicamente

---

[1495] NILO BATISTA enquadra, ambos (subsidiariedade e fragmentariedade), na vala incomum do princípio da intervenção mínima: "Ao princípio da intervenção mínima se relacionam duas características do direito penal: a *fragmentariedade* e a *subsidiariedade*." *In* BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. 9. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 85; CLAUS ROXIN, por sua vez, entende-os contidos no princípio da proporcionalidade: "*Esta limitación del Derecho Penal se desprende del principio de proporcionalidad, que a su vez se puede derivar del principio del Estado de Derecho de nuestra Constitución. Como el Derecho Penal posibilita las más duras de todas las intromisiones estatales en la libertad del ciudadano, solo se le puede hacer intervenir cuando otros médios menos duros no prometan tener un éxito suficiente*." *In* ROXIN, Claus. *Derecho...*, pp. 65-66.

[1496] Apresentando sinônimos (princípio da *ultima ratio*, da acessoriedade, da intervenção mínima), e indicando autores que, ao contrário, afirmam serem todos de conteúdo meramente semelhante, GRECO, Luís Filipe. Breves..., p. 150, nt. 344.

[1497] Conquanto alguns escritores insistam em utilizar os termos "subsidiaridade" e "fragmentaridade", parecem gramaticalmente mais corretas as expressões conforme constantes no texto.

[1498] ROXIN, Claus. *Derecho Penal*: parte general, fundamentos, la estrutura de la teoria del delito, t. I. 2. reimpressão. Madrid: Civitas, 2003, p. 65.

[1499] Indiferentemente de quantas velocidades vá possuir o Direito Penal, o que importa, infelizmente, é que todas elas, bem ou mal, alargam a bitola usual desta ferramenta. Quem quiser saber mais sobre as referidas velocidades, ver SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão..., passim*.

[1500] FERRAJOLI, Luigi. *Direito...*, p. 201: "...defenderei, contra as hipóteses propriamente abolicionistas e contra aquelas substitutivas, a forma jurídica da pena, enquanto técnica institucional de minimização da reação violenta à deviança socialmente não tolerada e enquanto garantia do acusado contra os arbítrios, os excessos, e os erros conexos a sistemas não jurídicos de controle social."

[1501] HASSEMER, Winfried. *Introdução...*, p. 432.

[1502] Consoante BATISTA, Nilo. *Introdução...*, p. 86: "Quem registrou pela primeira vez o caráter fragmentário do Direito Penal foi BINDING, em seu Tratado de Direito Penal Alemão Comum - Parte Especial (1896)..."

guardadas as devidas necessidades[1503], deveriam as agências[1504] políticas - *que são as destinatárias primárias*[1505] *e quase exclusivas do mesmo, porque arbitrárias*[1506]*, inobstante o equivocado respeito atualmente alcançado pela referência imposta pelo "bem jurídico"*[1507]*, desassociado da sua necessária ofensa* -, selecionadoras de produto[1508] e etiquetadoras marginais,[1509] passar a respeitar a sua incolumidade contra ofensas[1510] - *mas, nem sempre considerando a ofensividade ao bem jurídico, tampouco, sempre, o bem em si* -, no sentido de somente elegerem como crime aquelas condutas essencialmente lesivas das relações intersubjetivas, preenchidas objetivamente pelo bem jurídico - *embora esteja havendo um importante recrudescimento do "direito subjetivo" como parâmetro* -, sem ficar autorizado qualquer desprezo ao fato de que "o princípio da lesividade a um bem jurídico penalmente tutelado como limite à criminalização não deve, concomitantemente, legitimar a criminalização nem obrigar, em todos esses casos, a imposição de uma pena."[1511]

[1503] Como no caso em que a evolução social exige a tipificação de novos delitos, *ad instar*, dos informáticos. Modelar, GRECO, Luís Filipe. Breves..., pp. 152-153: "Depois da 2ª Guerra, o conceito foi retomado para exigir amplas descriminalizações no campo do Direito Penal sexual, e a partir da metade da década de 70, passa ele a ser utilizado sobretudo em sentido contrário, para exigir do Direito Penal que atue no sentido de proteger novos bens jurídicos, como o meio ambiente ou o funcionamento da economia *etc*."

[1504] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...*, v. I, sobretudo a partir da página 43: "A referência aos entes gestores da criminalização como agências tem como objetivo evitar outros substantivos mais valorados, equívocos ou inclusive pejorativos (tais como corporações, burocracias, instituições etc.). Agência (do latim *agens*, particípio do verbo *agere*, fazer) é empregada aqui no sentido amplo e dentro do possível neutro de entes ativos (que atuam)."

[1505] Conforme BATISTA, Nilo. *Introdução...*, p. 85: "O princípio da intervenção mínima não está expressamente inscrito no texto constitucional (de onde permitiria o controle judicial das iniciativas legislativas penais) nem no Código Penal, integrando a política criminal; não obstante, impõe-se ele ao legislador e ao intérprete da lei, como um daqueles princípios imanentes a que se referia CUNHA LUNA, por sua compatibilidade e conexões lógicas com outros princípios jurídico-penais, dotados de positividade, e com pressupostos políticos do estado de direito democrático." Outrossim, sobre a fase pré-legislativa, ver RIPOLLÉS, José Luis Díez. *A racionalidade das leis penais*: teoria e prática. São Paulo: RT, 2005, pp. 20 e seguintes.

[1506] ROXIN, Claus. *Derecho Penal*: parte general, fundamentos, la estrutura de la teoria del delito, t. I. 2. reimpressão. Madrid: Civitas, 2003, p. 67: "*Por ello el principio de subsidiariedad es más una directriz políticocriminal que un mandato vinculante; es una cuestión de decisión de política social fijar hasta qué punto el legislador debe transformar hechos punibles en contravenciones o si considera adecuada la desincriminación...*"

[1507] Fazendo um levantamento dos vários aspectos desta questão, decisivo ROXIN, Claus. *Derecho Penal*: parte general, fundamentos, la estrutura de la teoria del delito, t. I. 2. reimpressão. Madrid: Civitas, 2003, pp. 67 e segs; tropicalizando a teoria do bem jurídico, inclusive com influências infringentes na obra de ROXIN, a impressionante obra de TAVARES, Juarez Estevam Xavier. *Teoria...*, p. 202 e seguintes.

[1508] Tarefa na qual influenciam elementos de natureza vária como o medo e a opinião pública. Sobre isto, ver RIPOLLÉS, José Luis Díez. *A racionalidade...*, pp. 20 e seguintes.

[1509] ROXIN, Claus. *Derecho Penal*: parte general, fundamentos, la estrutura de la teoria del delito, t. I. 2. reimpressão. Madrid: Civitas, 2003, p. 67: "*A diferencia de lo que ocurre en la cuestión de la protección de bienes jurídicos, en que el legislador está sometido a obligados límites relativamente estrictos, la idea de subsidiariedad deja abierto un amplio margen de juego al arbitrio del legislador... Y si no hay certeza sobre si otros medios más leves (como las meras sanciones civiles) prometen o no un éxito suficiente, al legislador le está atribuída además una prerrogativa de estimación.*"

[1510] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho...*, p. 486: "*Se trata de una premisa que consiste en un juicio falso*: las normas protegen o tutelan bienes jurídicos*. Este juicio, al verificarse la operatividad del poder punitivo, al menos en la mayoria de los casos, resulta con un valor de verdad falso. ...El derecho penal recibe el bien jurídico,* ya tutelado *y la norma que se deduce del tipo no hace más que anunciar un castigo para ciertas formas particulares y aisladas de lesión al mismo, incluso cuando lo hace por expreso mandato constitucional o internacional. Estos mandatos ordenan la crimnalización primaria de algunas acciones que los afectan, pero aunque no lo hiciesen, no por ello dejarían de ser bienes jurídicos*."

[1511] ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias...*, pp. 144-145.

Mas, repita-se, não é por qualquer obsolescência ou incorreção do princípio da subsidiariedade que ele foi, descaradamente, posto de lado. Não mesmo. O fato é que o legislador de ocasião, mais preocupado em justificar os meios com os fins[1512], cria ou endurece condutas penais que, à toda visão, deveriam compor o menu de outros ramos do Direito, como o Civil, o Administrativo *etc.*[1513] - *ou até mesmo, como pretende* HASSEMER *criando-se um tertium genus, qual sendo um "direito de intervenção"*[1514] -, encharcando o Direito Penal com regras que não se compadecem, quase nunca, com o caráter subsidiário que este deve continuar tendo, é dizer, de somente recepcionar aquelas condutas eminentemente graves porque insuportáveis ao convívio social, pois delas não pode, ao menos não nessa mínima medida, sequer dispor. Acontece, porém, que

> "a criminalização primária é um programa tão imenso que nunca e em nenhum país se pretendeu levá-lo a cabo em toda a sua extensão nem sequer em parcela considerável, porque é inimaginável. A disparidade entre a quantidade de conflitos criminalizados que realmente acontecem numa sociedade e aquela parcela que chega ao conhecimento das agências do sistema é tão grande e inevitável que seu escândalo não logra ocultar-se na referência tecnicista a uma cifra oculta."[1515]

Sabendo disso, e, apesar disso, insistem as agências políticas em entupir o Direito Penal com mais crimes, desprezando o princípio da subsidiariedade, já tão maltratado.

Entrementes, não deve ser esquecida a notícia dada por LUÍS GRECO, de que, citando KLAUS TIEDEMANN, haveria um grupo minoritário de autores "já há algumas décadas fazendo algumas colocações relevantes" no sentido de questionar, "principalmente, a premissa da qual parte o referido princípio" (o da subsidiariedade),

> "a saber: a de que a sanção penal seja sempre a mais grave. Não só está claro que o direito administrativo e o direito civil podem atingir o cidadão de modo muito mais severo, com multas exorbitantes, sanções de perda do cargo no caso de funcionário público, proibições de licitar e indenizações imprevisíveis - compare-se a cesta básica paga em processos criminais de competência do juizado especial com o dano moral imposto também no juizado, mas desta vez cível -, como também que o direito penal dispõe de muito mais garantias[1516], em especial de ordem processual, do que os dois outros ramos do direito. Ou seja, muitas vezes a intervenção do direito penal far-se-ia necessária, não porque ele, como meio mais grave, devesse sempre entrar em cena por último e sim porque ele já não seria o meio mais grave."[1517]

[1512] RIPOLLÉS, José Luis Díez. *A racionalidade...*, passim, e SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão...*, passim.

[1513] ROXIN, Claus. *Derecho Penal*: parte general, fundamentos, la estrutura de la teoria del delito, t. I. 2. reimpressão. Madrid: Civitas, 2003, p. 66: "*En otros casos - p. ej. en algunas formas de conductas nocivas para el médio ambiente - los deveres y sanciones administrativas pueden ser a menudo más eficaces que la persecución penal, que en estos casos frecuentmente tropieza con dificultades para aclarar la responsabilidad individual. También ofrece posibilidades que com mucho no se han agotado aún a efectos de política jurídica la sustitución de soluciones penales por soluciones del Derecho Civil*."

[1514] Que pela imprecisão já mereceu a crítica de SILVA-SÁNCHEZ: "O ponto-chave reside, pois, em admitir essa graduação da vigência das regras de imputação e dos princípios de garantia no próprio seio do Direito Penal, em função do concreto modelo sancionatório que este acabe assumindo. Algo que tem muitos pontos de contato com a proposta, certamente ainda muito imprecisa, efetuada por HASSEMER e outros, de construir um *Interventionsrecht* (Direito de Intervenção), entre o Direito Penal nuclear e o *Recht der Ordnungswidrigkeiten*, entre o Direito Civil e o Público, para ilícitos em matéria de drogas, econômicos, ecológicos *etc*." *In* SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão...*, p. 140.

[1515] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...*, v. I, pp. 43-44.

[1516] Chamada de "primeira velocidade". Quem quiser saber mais sobre as acelerações do Direito Penal, ver SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão..., passim.* Sobre o texto, ver GRECO, Luís Filipe. Breves..., pp. 171-172.

[1517] GRECO, Luís Filipe. Breves..., pp. 171-172.

Acontece, porém, que a justificativa do surgimento deste princípio, e do mister da sua mantença, remonta à necessidade de se evitarem cada vez mais as legislações de emergência[1518], tão ao sabor *fashion* ditado pelo desespero da sociedade que, nesciamente, clama pela atuação do Direito Penal que, de há muito fetichizado, parece socorrer, ainda que paliativamente, toda vez que alguma ocorrência mais chamativa alicia sua atenção da mesma[1519]. De sorte que, a despeito do pesar que o pessimismo de NILO BATISTA encerra - *conquanto dirigido a outra especialidade*[1520] -, assiste-lhe razão quando afirma que o princípio da subsidiariedade perdeu a posição que ocupava, ou mesmo que pretendia ocupar, de retentor de certas demandas que, se a princípio se cobririam com o manto do Direito Penal, *a posteriori,* e por motivos incontáveis, ficaram a descoberto deste, com a cabeça e os pés fora do leito de PROCUSTO, passando, portanto, a velar sua solução no leito mais amplo, e menos traumático do Direito Administrativo, do Direito Civil *et reliqua.*[1521] Todavia, ainda que com outra mensura, realmente o princípio da subsidiariedade sempre existiu e continuará existindo, mudando-se, tão somente o formato e o tamanho do medidor responsável por dizer quais condutas continuarão, e quais não, sob a égide do Direito Penal. Maior ou menor a veste, isso não importa. Sempre será *démodé* a indumentária, pois as "agências acabam selecionando aqueles que circulam pelos espaços públicos com o figurino social dos delinquentes, prestando-se à criminalização - mediante suas obras toscas - como seu inesgotável combustível."[1522]

Retornando, tanto antes, quanto agora, o Direito Administrativo e o Direito Civil, exemplarmente, já abocanhavam grande parte de condutas que, sem qualquer problema, poderiam muito bem amoldar-se, tecnicamente, a um crime[1523] - *se é que isso seja possível, pois não há definição técnica de crime, senão escolha, pelo sistema punitivo, mediante suas agências primárias, do*

[1518] Ou melhor, no dizer de SERGIO MOCCIA, a "perenização da emergência" *apud* SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão...*, p. 151; também, FERRAJOLI, Luigi. *Direito...*, pp. 649 e seguintes.

[1519] Sobre o assunto, e seus pormenores, ver a obra de RIPOLLÉS, José Luis Díez. *A racionalidade..., passim.*

[1520] BATISTA, Nilo. *Introdução...*, pp. 89-90: "Especial cuidado deve ter o legislador da intervenção econômica do Estado, evitando a tentação de socorrer-se permanentemente do Direito Penal; essa tendência penalística "inflacionária", como a denominou BRICOLA, pode questionar o princípio da intervenção mínima".

[1521] BATISTA, Nilo. *Introdução...*, pp. 86-87: "A subsidiariedade do Direito Penal, que pressupõe sua fragmentariedade, deriva de sua consideração como 'remédio sancionador extremo', que deve portanto ser ministrado apenas quando qualquer outro se revele ineficiente; sua intervenção se dá 'unicamente quando fracassam as demais barreiras protetoras do bem jurídico predispostas por outros ramos do Direito'. Como ensina MAURACH, não se justifica 'aplicar um recurso mais grave quando se obtém o mesmo resultado através de um mais suave: seria tão absurdo e reprovável criminalizar infrações contratuais civis quanto cominar ao homicídio tão-só o pagamento das despesas funerárias'. Foi observado por ROXIN que a utilização do Direito Penal 'onde bastem outros procedimentos mais suaves para preservar ou reinstaurar a ordem jurídica' não dispõe da 'legitimação da necessidade social' e perturba 'a paz jurídica', produzindo efeitos que afinal contrariam os objetivos do Direito."

[1522] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...*, v. I, p. 47.

[1523] É o que acontece, *v. g.*, com o furto de uso, onde a ofensa do bem jurídico, aceitável sob o ponto de vista penal-social, não esbarraria em atécnica, se o legislador previsse o contrário. Não se podendo dizer o mesmo diante de um discurso que, até o presente momento, temos sustentado como contencionista do poder punitivo!

que o será ou não -, não fosse isso por si só já indesejável, haja vista ser mister uma contenção do poder punitivo, e não um seu aumento. E, tanto isso é verdade que muitas destas condutas ilícitas civis ou administrativas, que até bem pouco tempo não eram consideradas crimes, agora, passaram a sê-lo.[1524] Portanto, o princípio da subsidiariedade continua existindo, embora acomodado em vasilhame elástico, preenchido - *in these* -, por uma perfumaria nada agradável advinda do aumento da proteção contra as ofensas a bens jurídicos nem sempre tão exigentes[1525] sob o ponto de visada técnico[1526], ou melhor, de um discurso racional e real. Em síntese, a imensa disparidade entre o programa de criminalização primária e suas possibilidades de realização como criminalização secundária obriga a segunda a uma seleção que, em regra, recai sobre malfadadas reiterações de empreendimentos ilícitos que insistem em seus fracassos, através dos papéis[1527] que o próprio poder punitivo lhes atribui ao reforçar sua associação com as características de certas pessoas mediante o estereótipo seletivo.[1528] E esse é mais um golpe a favor do princípio da subsidiariedade, cujo armamento é conduzido pela divergência do discurso penal atual e a realidade - *inexistente* -, da qual ele se ressente.

Graças a essas defesas ainda que isoladas, quem, detivendo a curiosidade suficiente, perscrutar a literatura doméstica e alienígena perceberá que grande parte da doutrina mantém-no vivo ao conceituá-lo como sendo o princípio que pauta pela atribuição de somente outorgar ao Direito Penal autorização de interferir de forma útil, adequada e suficiente naquelas ofensas à liberdade dos cidadãos que não puderem ser resguardadas mediante meios estatais ou privados - *inclusive extrajurídicos, como os meios políticos e sócio-políticos*[1529] -, igualmente úteis, predispostos ou não, para coibir a prática destes comportamentos. A sociedade, não faz muito, começou a perceber que o Direito Penal não poderia continuar servindo de panacéia[1530] para males, digamos, nada ou menos ofensivos, devendo referidos ataques, involuntários ou não, a certos bens jurídicos - *tradicionalmente renunciáveis e irrelevantes, sobretudo em relação a seus titulares* -, ser custeados pelo funcionamento de outros meios igual e proporcionalmente menos

---

[1524] Artigo 20, da Lei nº 9.434, de 04 de fevereiro de 1997: "Art. 20. Publicar anúncio ou apelo público em desacordo com o disposto no art. 11: Pena - multa, de 100 (cem) a 200 (duzentos) dias-multa."

[1525] Sobre essa evolução, e sobre o conceito e toda a discussão em torno do instituto "bem jurídico", ver TAVARES, Juarez Estevam Xavier. *Teoria...*, p. 179 e seguintes; veja, também, GRECO, Luís Filipe. Breves..., p. 150.

[1526] Obviamente, na prática, não é este o discurso advindo das agências políticas promotoras de um Direito Penal máximo e absoluto.

[1527] Que nada têm a ver com aqueles escritos por LUHMAN, Niklas. *Sociologia do Direito. In* coleção biblioteca tempo universitário, tt. I e II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985, *passim*; sobre mais do mesmo JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito Penal*: teoria do injusto penal e culpabilidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 118; e, mais do menos, ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...*, v. I, v. II, I, p. 190.

[1528] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...*, v. I, p. 51.

[1529] QUEIROZ, Paulo. *Caráter subsidiário*, p. 76 e seguintes *apud* GRECO, Luís Filipe. Breves..., p. 170, nt. 346.

[1530] SOURNIA, Jean-Charles. *História...*, p. 40: "A tradição atribui-lhe (a ESCULÁPIO) uma descendência numerosa. Primeiro duas filhas, cujos nomes figuram na nossa linguagem corrente: HÍGIA, que ensina as maneiras mais sãs de conduzir a nossa vida e nos legou a higiene, e PANACEIA, 'aquela que tudo cura', que se encontra na origem dos medicamentos."

traumáticos, cujos reflexos no estancamento da hiperinflação legislativa, e no enxugamento das normas penais já existentes, infelizmente, tem demonstrado um contrassenso e, até mesmo, ou uma omissão[1531] velada, ou uma omissão conveniente movida por interesses políticos vergonhosos.[1532] Aqui, deve-se chamar a atenção para um *phenomeno* que vem se soerguendo perigosamente. Trata-se, referem ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA e SLOKAR, de "um fenômeno relativamente recente... chamado administrativização do direito penal, que se caracteriza pela pretensão de um uso indiscriminado do poder punitivo para reforçar o cumprimento de certas obrigações públicas (em especial no âmbito fiscal, societário, previdenciário etc.)"[1533, 1534] como *e. g.,* no âmbito da medicina pública - *onde funcionem os famigerados aparatos organizados de poder*[1535] -, "o que banaliza o conteúdo da legislação penal, destrói o conceito limitativo de ofensa ao bem jurídico, aprofunda a ficção do conhecimento da lei, põe em crise a concepção do dolo" e "vale-se de responsabilidade objetiva. ...Nesta modalidade, o poder punitivo é distribuído mais por acaso do que, volitivamente, nas áreas tradicionais dos delitos contra a propriedade, tendo em vista que a situação de vulnerabilidade ante o mesmo depende do mero fato de participar de empreendimentos ilícitos."[1536]. Mas, daí dizer que o princípio da subsidiariedade visa a utilizar o poder punitivo para fins, digamos, mais graves, em que somente a aplicação de uma das sanções previstas no art. 32, do Código Penal, teria, *in these*, condão de intimidar, evitando sua prática, ou de retribuir, prevenindo a reincidência geral ou específica - *naturalmente contrafática* -, se não existem dados reais suficientes para delimitar e lastrear o que deveria ser por aquele atendido, é ir longe demais, porquanto muita coisa estaria ficando na sala de espera da política criminal, em evidente e periclitante trânsito sobre a *tabula rasa* do perigo que políticas idealistas, simbólicas e promocionais já apresentaram e anseiam reapresentar. Então, embora hoje se entenda que a delimitação do horizonte de projeção do Direito Penal se concentra na explicação de complexos normativos que habilitam uma forma de coação estatal, que é o poder punitivo, caracterizada por sanções diferentes daquelas empregadas pelos demais ramos do saber

---

[1531] Para tanto, basta-se analisar a quantidade de novas leis penais que, frequentemente surgem, inclusive, ampliando ora os tipos penais, ora as penas, em vez de diminuir ou eliminar pelo menos algum de ambos. Sobre o assunto, consultar SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão..., passim.*

[1532] Denunciando os inconvenientes de uma legislação modista, definitivas, desanimadoras, alarmantes, mas, sobretudo, realistas, as palavras de RIPOLLÉS, José Luis Díez. *A racionalidade..., passim*.

[1533] Exemplo palmar pode ser encontrado no artigo 20, da Lei nº 9.434, de 04 de fevereiro de 1997: "Art. 20. Publicar anúncio ou apelo público em desacordo com o disposto no art. 11: Pena - multa, de 100 (cem) a 200 (duzentos) dias-multa."

[1534] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...,* v. I, p. 50.

[1535] Sobre o tema dos aparatos organizados de poder, ver AMBOS, Kai. *Direito Penal*: fins da pena, concurso de pesoas, antijuridicidade e outros aspectos. Porto Alegre: SAFE, 2006, p. 47.

[1536] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...,* v. I, p. 50.

jurídico, ou seja, as penas[1537], estas não podem ter qualquer influência no seu horizonte de projeção, pois ele, como ramo do saber jurídico, mediante a interpretação das leis penais, deve propor aos juízes um sistema orientador de decisões que contenham e reduzam o poder punitivo para impulsionar o progresso do Estado constitucional de direito[1538], e não, que o ampliem.

O que, em toda medida, racionaliza a solução que, justamente por isso, não pode ser considerada desimportante e, daí, abandonada.[1539] Não bastasse, não parece ter razão LUÍS GRECO quando, ancorando-se na autorizada doutrina tedesca sustenta[1540] que o princípio da subsidiariedade seria uma concreção do da proporcionalidade[1541] mediante o qual, amparando-se na necessidade, haverá uma obrigação de eleição de qual meio será ou não escolhido para fins restritivos, e qual ramo o disporá sob sua égide, e justamente porque, à toda evidência, enquanto o princípio da proporcionalidade se apresenta caso a caso, o da subsidiariedade é anterior a essa disputa, servindo, inclusive, como pressuposto para a própria eleição prévia - *confortando-se mais com a função primária descriminalizadora ou não criminalizadora das agências políticas*[1542] -, de qual delas, no caso *sub examine,* deverá ou não ser atendida pelo magistrado da ocasião que somente pode acatar o escrutínio já legitimado por aquelas, quando da criminalização secundária, sempre capenga. Por outro lado, enquanto o da proporcionalidade pressupõe opções ou, pelo menos, alternativa, ou seja, é algo ainda por se decidir, o da subsidiariedade é algo pronto, que as agências políticas observam considerando estatísticas, vontades populares *etc.*[1543] Assim, o da subsidiariedade já se encontra refletido, exatamente, no poder punitivo atual, tal como posto, enquanto que, se a questão *sub iudice* se encontra com o da proporcionalidade, é porque há algo ainda por fazer - *mediante um processo de escolha* -, porque o da subsidiariedade não atuou, a tempo e modo, eficazmente!

[1537] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...,* v. I, p. 39.
[1538] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...,* v. I, p. 41.
[1539] LUÍS FILIPE GRECO sustenta que o "fundamento do princípio da subsidiariedade seria o princípio constitucional da proporcionalidade. Apesar de historicamente mais antigo, o princípio da subsidiariedade começa hoje a ser visto como uma concretização da idéia de proporcionalidade, em especial do subprincípio da necessidade, segundo o qual entre restrições de liberdade igualmente idôneas, só será legítima aquela que restrinja menos a liberdade do cidadão". *In* GRECO, Luís Filipe. Breves..., pp. 170-171. Todavia, isso, *data venia,* não realiza - ou, des-subjetiva -, o problema que continua à espreita de alcançar, perigosamente, a mera vontade do magistrado de então. Daí, com razão o ilustre autor quando assinala, que: "O princípio seria, assim, porta de entrada de dados empíricos, criminológicos e criminalísticos sobre a prevenção do crime na discussão jurídica, permanente apelo a que se pense em alternativas à proibição e à sanção penal." *In* GRECO, Luís Filipe. *Op. cit., ibidem.*
[1540] Pois, na verdade, apenas informa, não tomando explícito partido na questão. Quem pretender uma confirmação deve pesquisar em GRECO, Luís Filipe. Breves..., pp. 170-171.
[1541] Também, como quer ROXIN, Claus. *Derecho...,* p. 65.
[1542] Por todos, GRECO, Luís Filipe. Breves..., p. 170: "Sua importância básica é de ordem político criminal, vez que ele serve de orientação ao legislador, indicando-lhe quando deve recorrer à pena para coibir a prática de determinado comportamento e quando deve dispensá-la."
[1543] RIPOLLÉS, José Luis Díez. *A racionalidade...,* pp. 20 e seguintes.

Por outro lado, o da necessidade - *que, de per se já denota a falência do Estado, porquanto o mister da criminalização, ainda que mínima, evidencia que esse não cumpriu o que prometera aos cidadãos-contratantes* -, também deve ser antecipado para aquele momento prévio à escolha legislativa - *pressuposto, portanto, da criminalização primária* -, onde deverão ser levadas em consideração, não as necessidades do poder punitivo, mas aquelas necessidades que equacionem e compensem as outras necessidades dos indivíduos, cuja satisfação, embora de obrigação estatal, foi omitida. Do contrário, haverá uma manutenção do poder punitivo como paliativo-repressor quando, na verdade, deveria haver uma política prevencionista reequilibrante, essa sim, necessária!

Enfim, tudo isso não resolve o problema de quais ofensas aos bens jurídicos devam ou não tentar ser protegidas pelo poder punitivo[1544], porquanto qualquer referencial predisposto pela doutrina e pelas agências judiciais de repetição intelectual, não tem sido respeitado pelas agências políticas. Na falta de outro melhor, especialmente quanto ao Direito Penal Médico, deve a aplicação desse princípio ser amplamente admitida - *mormente em razão do paradoxal aviso promovido pelas leis Serra, de nº 9.677, de 2.jul.98 e nº 9.695, de 20.ago.98, para alavancar a candidatura presidencial do ministro da Saúde, sendo que a primeira delas elevou, delirantemente, as penas dos crimes contra a saúde pública, e a segunda os incluiu entre os crimes hediondos* -, mesmo se considerarmos que o *quantum* estatístico de crimes dolosos na área médica sempre fora insignificante[1545], porque, de outro viés, a modalidade culposa tem recrudescido assustadoramente - *e, justamente, porque o ataque, involuntário*[1546]*, logicamente, vem de onde mais se espera a defesa*[1547] -, visto que o desvalor da ação, nesses casos, embora recorra a uma personalidade, ainda que inconscientemente quase sempre voltada para o desprezo da proteção ao bem jurídico *saúde*, ela se dirige com menor impacto contra a comunidade que, aliás, e aqui deve-se ser convinhável, geralmente, e quando é isso possível, tem admitido uma indenização pecuniária[1548] - *contrariamente ao Direito Penal tradicional que, a partir da revolução mercantil, expropriou*

[1544] Inegavelmente, esta não é uma crítica, pois, se o fosse, seria uma autocrítica, haja vista que eu não consigo resolver a questão. Em que pese esta afirmação, e, a despeito de grande parte da doutrina nacional e estrangeira escudar-se no bem jurídico, quando o correto seria fazê-lo na inadimplência da proteção do mesmo, basta uma passada d'olhos na literatura nacional e estrangeira para se perceber o quão avançadas se encontram as teorias sobre o bem jurídico, quase todas voltadas para sua eleição como objeto único de referência a um Direito Penal que tenciona ser justo, equilibrado e legitimado. Para tanto, e a título de exemplo específico, veja TAVARES, Juarez Estevam Xavier. *Teoria...*, pp. 202 e seguintes.

[1545] Inexistindo, aqui, obviamente, qualquer desrespeito ou desprezo pelas vítimas de crimes que tenham sido praticados sob essa modalidade que, no texto, tem a conotação meramente mensurativa.

[1546] Apesar de o vocábulo "ataque" possuir ínsita a idéia de volição - que é contrária à de involuntariedade -, no texto ele é usado para confrontar-se à "defesa", e nada mais que isso.

[1547] SPROVIERO, Juan H. *Mala praxis*: protección jurídica del medico. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998, p. 269: "*Es muy cierto que el deber de cuidado es circunstancia básica y cuya observancia deve ser integral, y más aú en el caso del profesional médico a cuya guarda se confía la salud*."

[1548] BATISTA, Nilo. *A juventude...*, p. 120: "Constitui um lugar comum, na hoje extensa bibliografia vitimológica, observar que antes da invenção histórica da pena pública as vítimas ou seus familiares dispunham de maiores e mais concretas possibilidades jurídicas de verem reparado o dano proveniente do delito."

o conflito, excluindo a vítima[1549]*, mas não a ponto de, emocionando o debate, não usar o sofrimento real dela para o fim de detonar campanhas de exasperação de penas e endurecimento punitivo contra os criminalizados*[1550] -, como retribuição pela dor sofrida com o dano, renunciando com isso, francamente, a qualquer pretensão penal, ou mesmo, implicitamente, quando esta não lhe caiba.[1551]

A vitimização, portanto, tem papel decisivo na subsidiariedade do Direito Penal, porquanto são os interesses dos clientes-consumidores-pacientes - *e não os bens em si* -, que pautam as escolhas do sistema punitivo, que aumenta o seu poder na proporção direta do aumento daquela ânsia consumerista. Principalmente isso acontece porque,

> "assim como a seleção criminalizante resulta da dinâmica de poder das agências, também a vitimização é um processo seletivo que corresponde à mesma fonte e reconhece uma etapa primária. Na sociedade há sempre pessoas que exercem poder mais ou menos arbitrário sobre outras, seja de forma brutal e violenta, seja de forma sutil ou encoberta. Enquanto este poder for percebido como *normal* não haverá *vitimização primária* (não existe nenhum ato formal das agências políticas que confiram o *status* de vítima ao subjugado). Quando a percepção pública de tal poder passe a considerá-lo *anormal* (desnormatiza-se a situação), urge o reconhecimento dos direitos do subjugado e redefine-se a situação como *conflitiva*. As agências políticas podem resolver tais conflitos mediante a habilitação de uma coação estatal que impeça o exercício desse poder arbitrário (coerção administrativa direta), ou que obrigue quem o exerça a uma reparação ou restituição (coerção reparadora civil). Mas quando as agências políticas - por qualquer motivo -, não podem dispor de medidas que resolvam o conflito, elas se valem da *renormatização* da situação conflitiva. Neste caso, esta não se resolve[1552], mas se *renormatiza* por meio da formalização de um ato programático declarativo de *criminalização primária* do comportamento de quem exerce aquele poder e, ao mesmo tempo, de um ato de *vitimização primária*, que reconheça o *status* de vítima ao subjugado. Deste modo, são tranquilizadas as pessoas que reivindicam o reconhecimento de seus direitos lesionados em meio a essas situações conflitivas,

[1549] Sobre a expropriação do conflito, veja BATISTA, Nilo. *A juventude...*, p. 120: "Como se sabe, à invenção histórica da pena pública correspondeu uma considerável perda jurídica para a vítima, despojada das expectativas composicionais que o direito germânico espalhara por toda a Europa. No giro que promoveu o apagamento da vítima, assim desapropriada de seu conflito, foi ela substituída pelo soberano. Passa a ter maior relevância a formal violação da lei penal imposta pelo soberano do que a ofensa material à vítima, e, portanto, o protagonismo processual começa a ser ocupado por um 'personagem novo', o procurador do rei; a vítima se afastará gradativamente do proscênio, até perder-se entre os vultos ansiosos que aguardam nos corredores do foro o pregão do oficial de justiça, onde todos nós já a vimos. A partir da invenção da pena pública, como disse magistralmente FOUCAULT, 'em qualquer infração existe um crime de lesa-majestade, e no menor dos delinquentes existe um potencial regicida' (*Surveiller et Punir*, 1° P. cap. II). A invenção da pena pública foi um dos mais importantes insumos políticos para a acumulação de poder punitivo que participaria da construção dos Estados nacionais europeus. Mas a pena pública, tal como observou NILS CHRISTIE, reduziria a vítima a um não-ser (e o acusado a um objeto). Constitui um lugar comum, na hoje extensa bibliografia vitimológica, observar que antes da invenção histórica da pena pública as vítimas ou seus familiares dispunham de maiores e mais concretas possibilidades jurídicas de verem reparado o dano proveniente do delito."; bem como, ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias...*, pp. 37 e 106, *in fine*: "Produzia-se, assim, a mencionada expropriação do conflito, pois o procurador 'duplicava' a vítima e o ofensor era anulado e passava a ser um objeto – 'réu' vem do latim *res,* coisa -, da indagação.... O primeiro confisco do conflito, como se disse, realizou-se com as formas da guerra."; diametralmente oposto, e bastante otimista sobre a exclusão da vítima, veja, também, SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão...*, p. 53: "A pena - se afirma -, significa muito para a vítima. 'Não porque satisfaça necessidades de vingança, pois na maioria dos casos não o faz. Senão porque a pena manifesta solidariedade do grupo social para com a vítima. A pena deixa fora o autor e, assim, reintegra a vítima'."

[1550] CERQUEIRA, Carlos Magno Nazareth. Política..., pp. 207-208; além de, BATISTA, Nilo. *A juventude...*, p. 121: "Há mais de três séculos, PUFENDORF advertia que a pena não deveria oferecer ocasião para que a vítima se deleitasse com o sofrimento do réu, porque - dizia ele - 'esse tipo de prazer é absolutamente desumano' (*De officio hominis et civis*, cap. XII, VI). Hoje, observa-se que o sofrimento da vítima é sentimentalmente reciclado como argumento para intensificar o sofrimento do réu, com o resultado real de expandir o sistema penal, de aumentar a vigilância e o controle sobre aqueles que já não encontraram lugar à mesa do seleto banquete neoliberal."

[1551] Como é sabido, o artigo 24, do Código de Processo Penal prescreve que as ações penais de maior gravidade devem ser manejadas pelo Ministério Público, independentemente da vontade da vítima, ou de seus parentes.

[1552] Ao contrário do que, se bem interpretado, pensava VOLTAIRE, quando disse que: "se querem ter boas leis a solução é fácil: atear fogo às existentes e redigir novas." *In Enciclopédia apud* ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias...*, p. 135.

> cujos explicáveis impulsos vindicativos passam a ser canalizáveis para a realimentação do sistema penal, estimulando-se que a opinião pública se identifique com eles[1553], e procurando que todos aqueles que suportam ofensas análogas se satisfaçam com o reconhecimento de seu novo *status* (de vítimas). Desta maneira, a situação *desnormatizada* se *renormatiza* (saindo do centro de atenção pública)."[1554]

E, esse círculo vicioso se realça, aduzem ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA e SLOKAR, com "a seleção vitimizante secundária (ou seja, as pessoas que, na realidade, são vítimas de fatos criminalizados primariamente)" que "também se propaga como uma epidemia, segundo tenham os candidatos poucas ou muitas possibilidades de sofrê-la; ou seja, existe uma paralela *distribuição seletiva da vitimização secundária de acordo com a vulnerabilidade ao delito*."[1555] De todo modo, "estereotipar qualquer grupo fortalece... o desenho do poder estatal."[1556] É por isso que na relação entre o médico e o paciente tem havido um indevido desprezo cada vez maior pela subsidiariedade que se nutre da falência escamoteada do seu próprio discurso para pleitear mais tempo no palanque.

Já o princípio da fragmentariedade, por ser uma fragmentação - e aqui a *petitio principi* é inevitável -, do da subsidiariedade - *mudando, apenas, a bitola do filtro, e, portanto, dele não destoando ontologicamente, apesar de o destacamento de uma parte de um "ser" poder sim, passar a ser parte diversa deste mesmo "ser"* -, encontra conforto no conceito de que o poder punitivo não se compadece com a tentativa de promoção da proteção de todos os injustos, senão, somente daqueles que agridem relevantemente este ou aquele bem jurídico, ficando o remanescente destes sob a égide do Direito Civil, do Administrativo *etc*.[1557], em uma escala de valores igualmente predisposta pelas agências políticas. Então, dentro da carta de ilícitos[1558], aqueles que envolvam de um lado ou de outro, ou mesmo em ambos os pólos, a Administração Pública, devem ser resolvidos nesta[1559]; aqueles que não se relacionem com ataques insuportáveis e inadmissíveis, o devem ser pelo Direito Civil, Administrativo, Trabalhista, Eleitoral *etc.*[1560];

[1553] Mais sobre a identificação da maioria com a vítima do delito, em SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão...*, p. 50.
[1554] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...*, v. I, pp. 53-54.
[1555] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...*, v. I, *ibidem.*
[1556] ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias...*, p. 57.
[1557] Aqui, quer-nos parecer que não tem razão GRECO quando sustenta que "o direito penal não promove uma tutela global de bens jurídicos contra toda forma de agressão... O Direito Penal limita-se a tutelá-lo contra certas modalidades de agressões... deixando a proteção global por conta do Direito Civil", porque, acreditamos, se por um lado o Direito Penal não tem esse poder panacéico, por outro, o Direito Civil, tampouco qualquer outro ramo do Direito, igualmente não o tem. O que há, são apenas divisões de tarefas, cabendo a globalidade da composição dos conflitos ao ordenamento jurídico como um todo. *In* GRECO, Luís Filipe. Breves..., p. 170.
[1558] Como vem sendo acriticamente apregoado, ontologicamente inexistiria diferença entre ilícito penal, ilícito civil e ilícito administrativo, só para ficarmos com esses três. Insatisfeito com essa manutenção, SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão...*, p. 115 e seguintes.
[1559] Necessariamente, entretanto, sem desprezo ao art. 5º, XXXV, da CF/88, que sustenta o princípio da inafastabilidade, visto não havermos adotado o contencioso administrativo à francesa.
[1560] À toda evidência, vez ou outra, mesmo nesses ramos - à exceção do Direito Civil -, apresentam-se previsões criminais de forma pontual.

e, finalmente, aqueles com os quais não se conforma a sociedade, irão exigir, assim, a presença do poder punitivo.

À míngua de uma divisão estanque de todos esses ramos, que muita vez baralham questões próprias com outras específicas de suas ramas irmãs, vem o ordenamento jurídico primeiro afastar o que é lícito, depois o que, sendo ilícito, é irrelevante e, por fim, repartir a competência entre os vários Direitos/poderes/funções de acordo com questões, ora de competência, ora de matéria que, ao final, nada mais são do que um reflexo da eleição de quais são ou não os pressupostos da gravidade do futuro ataque, sob a ótica oblíqua da referência ao, e preferência do, sistema punitivo.

Ao final, parece interessante notar, ainda, um fenômeno que acontece mais intensamente na América Latina - *ironicamente, apenas em respeito à variância* -, qual sendo, aquele que chamaremos de *subsidiariedade fática e jurídica* em confronto com o da *subsidiariedade legislativa*, que em Direito Penal Médico, *per se,* não se mostra nada tímido, haja vista a parcimônia do legislador na seleção de delitos envolvendo, exclusivamente, facultativos.

Deste, o da *subsidiariedade legislativa*, cuidou-se de parcamente desenvolver acima quando falei que o mesmo deveria gizar, por determinação legiferativa, a avocação do poder punitivo somente para aqueles conflitos considerados insuportáveis ou mais graves. Embora eles não se identifiquem, seu resultado desemboca, sempre, naquilo que já foi alcunhado de criminalização primária, e que seria a primeira etapa do processo seletivo de criminalização, *i. e.,* o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas.[1561]

Já a *subsidiariedade jurídica e fática* se apresenta todas as vezes que, malgrado a eleição legislativa do crime - i. e., *irrenúncia à subsidiariedade legislativa* -, este não seja considerado, ou pela agência judicial[1562] - *subsidiariedade jurídica, de que é exemplo gritante o princípio da insignificância*[1563] -, ou pelos cidadãos - *subsidiariedade fática, cuja v. g. seria a ausência de*

[1561] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...,* v. I, p. 43.

[1562] Em que pese à primeira passada d'olhos parecer entender o professor NILO BATISTA pela impossibilidade do controle judicial do princípio da subisidariedade, porquanto geograficamente afastado este do texto constitucional de 1988, logo em seguida também parece que o venerável escritor aceita que a interpretação judicial possa corrigir os excessos do legislador. Se não, vejamos: "O princípio da intervenção mínima não está expressamente inscrito no texto constitucional (de onde permitiria o controle judicial das iniciativas legislativas penais) nem no Código Penal, integrando a política criminal; não obstante, impõe-se ele ao legislador e ao intérprete da lei..." *In* BATISTA, Nilo. *Introdução...,* p. 85. Contracenando, ainda que timidamente, com este entendimento, CLAUS ROXIN: "*Es cierto que teóricamente el principio de proporcionalidad es un principio constitucional básico, por lo que la punición de una infracción insignificante podría ser nula por vulnerar la prohibición de exceso.*" *In* ROXIN, Claus. *Derecho...,* p. 67.

[1563] Rapidamente perceberá o leitor, ainda que menos satisfeito com o texto, que qualquer semelhança entre o princípio da insignificância e o da subsidiariedade fática não representaria uma coincidência, senão, uma guinada no enfoque deslegitimador que sobressai deste, mais profundo que daquele. É dizer, a subsidiariedade fática representa, nada menos, nada mais, que a indefensável falência dos motivos que conduziram o legislador a optar pela eleição de uma conduta inadmitida, *a posteriori,* pelos destinatários. Quem, preocupado em conhecer as razões da deslegitimação do discurso penal,

representação nas ações públicas condicionadas a esta, ou mesmo a aceitação de contraprestação financeira pelo inação nas ações de iniciativa privada.

Porém, ela se evidencia de maneira muito mais acentuada nas infindáveis e inevitáveis hipóteses em que, apesar de a criminalização primária implicar um primeiro passo "seletivo" - *e aqui, vem a semelhança entre aquilo que chamamos de subsidiariedade legislativa e a alhures designada criminalização primária* -, este permanece sempre em certo nível de abstração porque, na verdade, as agências políticas que elaboram as normas nunca sabem a quem caberá de fato, individualmente, a seleção que habilitam.

Esta seleção, por sua vez, efetua-se concretamente com a criminalização secundária - *que chamamos de subsidiariedade fática e jurídica* -, porquanto, convergem ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA e SLOKAR,

> "embora ninguém possa conceber seriamente que todas as relações sociais se subordinem a um programa de criminalização faraônico (que paralizaria a vida social, convertendo a sociedade em um caos na busca da realização de um programa irrealizável), a muito limitada capacidade operativa das agências de criminalização secundária não tem outro recurso senão proceder sempre de modo seletivo. Desta maneira, elas são incumbidas de decidir quem são as pessoas criminalizadas e, ao mesmo tempo, as vítimas potenciais protegidas",

daí que "a seleção não opere somente sobre os criminalizados, mas também sobre os vitimizados. Isto corresponde ao fato de que as agências de criminalização secundária" - *mediante a subsidiariedade fática e jurídica* -, "tendo em vista sua escassa capacidade perante a imensidão do programa que discursivamente lhes é recomendado, devem optar pela inatividade ou pela seleção. Como a inatividade acarretaria seu desaparecimento, elas seguem a regra de toda burocracia e procedem à seleção."[1564]

Obviamente, o contrário não seria possível, senão mediante arrepio inconstitucional do princípio da legalidade e da reserva legal.

Não somente para não deixar para lá, ainda se pode dizer que qualquer semelhança entre o princípio da insignificância – *não do bem, mas da legislação* -, e o da subsidiariedade fática não representaria uma coincidência, senão, uma guinada no enfoque deslegitimador que sobressai deste, mais profundo que daquele.

É dizer, a subsidiariedade fática representa, nada menos, nada mais, que a indefensável falência dos motivos que conduziram o legislador a optar pela eleição de uma conduta inadmitida, *a posteriori,* pelos destinatários.

Mas, qual a diferença entre as criminalizações primária e secundária e as subsidiariedades legislativa, jurídica e fática?

---

deixar de ler a extremamente lúcida obra de ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca..., passim,* cometerá um imperdoável equívoco.

[1564] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...,* v. I, pp. 44-45.

Simplesmente, o fato de que estas são prévias àquelas, devendo ser analisadas antes mesmo da hipotética criminalização, pois, após a análise consequencialista destas, se ficar demonstrado que o princípio da subsidiariedade não foi respeitado, ou não está satisfeito, devem aquelas ser afastadas de pronto, sem ao menos a possibilidade de qualquer conjectura de perquirição da sua existência ou não, da sua validade ou não, do seu cabimento ou não, na hipótese.

É dizer, enquanto a criminalização pressupõe já a eleição, e daí, a sempre possível concretização da previsão, do criminalizado ou da criminalização mesma, a subsidiariedade está um passo antes - *ou melhor, com o pé atrás* -, para evitar que aquela sequer seja concretizável. Com efeito, não se migra do possível para o real (criminalização), senão, da realidade para a possibilidade (subsidiariedade).

Requentando, parece mais prudente e sensato – *e, aqui, estou a falar da criminalização* -, não partir do discurso escolhido pelo legislador (possibilidade) e, posteriormente, proferido pela polícia, promotoria e judicatura (possibilidade e realidade), senão, partir-se - *e, agora, está se referindo à subsidiariedade* -, da conjuntura dos etiquetáveis pelo poder punitivo (realidade) e, assim, chegar-se (possibilidade), sem pasteurização das discrepâncias sociais, aos mecanismos de reajuste e desconto das diferenças entre quem domina o discurso, e quem é por ele dominado!

5 O PRINCÍPIO (MEIO OU FIM?) DA CONFIANÇA[1565]

Em decorrência da notória especialização que a medicina vem exigindo, ela se tem voltado para uma modalidade de prestação de serviço que imprescinde da atuação compartilhada de vários profissionais.[1566] De consequência, em atividades complexas, e em particular naquelas potencialmente perigosas, mas em que haja uma exploração mediante a exposição a um risco permitido, é frequente que o legislador imponha determinadas exigências que vão desde a regra técnica - *lex artis* -, cuja violação - *entendem alguns* -, ainda tem para a responsabilidade penal matiz meramente indiciário – *infelizmente, na prática* -, até o estabelecimento de padrões mínimos de organização na divisão do trabalho. Neste último sentido, discorre NILO BATISTA, no âmbito da medicina, ***e. g.***,

> "o artigo 28 do Decreto nº 20.931, de 11 de janeiro de 1932, estabeleceu que nenhum estabelecimento de hospitalização ou de assistência médica ou privada poderia funcionar em território nacional sem um 'diretor técnico e principal responsável'. Outra norma tornou obrigatória, nos anúncios de 'casas de saúde, estabelecimentos médicos e congêneres', a menção à 'direção técnica responsável' (Dec.-Lei nº 4.113, de 14.fev.1942); em caso de violação, a Resolução CFM nº 788, de 13 de maio de 1977, determina a instauração de procedimento ético-disciplinar 'contra o respectivo diretor-médico e principal responsável'. Outra Resolução CFM (n° 1.342, de 8.mar.91) afirma que 'a prestação de assistência médica nas instituições públicas e privadas é de responsabiliade do Diretor Técnico e do Diretor Clínico' (artigo 1°). Os ocupantes desses cargos 'são responsáveis por problemas decorrentes da atuação dos acadêmicos' (Parecer CFM n° 21/96). Vale transcrever integralmente um dispositivo da Resolução CFM nº 997/80: artigo 11. O Diretor Técnico Médico, principal responsável pelo funcionamento dos estabelecimentos de saúde, terá obrigatoriamente sob sua responsabilidade a supervisão e coordenação de todos os serviços técnicos do estabelecimento, que a ele ficam subordinados hierarquicamente."[1567]

[1565] Pormenores sobre este tema podem ser encontrados na obra de ALBUQUERQUE, Mário Pimentel. *O princípio da confiança no Direito Penal*: uma introdução ao estudo do sujeito em face da teoria da imputação objetiva funcional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, *passim*. Já, generalidades, em ROXIN, Claus. *Derecho...*, p. 1005; JAKOBS, Günther. *Derecho...*, p. 253; STRATENWERTH, Gunther. *Acción y resultado em Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 1991, p. 522; FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto...*, p. 514. Especialmente sobre o médico e o Direito Penal, ver BATISTA, Nilo. Parecer: maus-tratos, omissão imprópria e princípio da confiança em atividades médico-cirúrgicas. *In Novas tendências do Direito Penal*: artigos, conferências e pareceres. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 180.

[1566] SOURNIA, Jean-Charles. *História...*, pp. 275-276 e 279-280: "Enquanto as tradições médicas anteriores apenas admitiam a existência de duas disciplinas particulares, a dos litotomistas, que retiravam os cálculos da bexiga, e a dos oculistas, que corrigiam as alterações da visão e operavam a catarata, vêem-se surgir outras especialidades. ...Os 'especialistas', como começam a ser conhecidos, não tardam a fundar os seus grupos particulares e a criar sociedades que editam periódicos. Entre estas especialidades, cujos próprios nomes nem sempre são estabelecidos, podemos citar a medicina infantil (mais tarde pediatria), a oftalmologia, a urologia, a ginástica ou medicina física ou fisioterapia, a ginecologia, que umas vezes se associa à obstetrícia outras se distingue dela, a ortopedia, que, contrariamente à sua etimologia, não se aplica apenas às crianças *etc.* Por seu lado as infecções comuns ao nariz, à garganta e aos ouvidos justificam a criação da otorrinolaringologia. Estes profissionais não estão ligados às suas disciplinas de forma tão estreita como o estarão os especialistas de hoje. Todos eles frequentam tanto o laboratório como as enfermarias e todos eles, médicos ou cirurgiões, se interessam pelas disciplinas vizinhas das suas e as praticam. Esta abertura de espírito explica a acuidade do seu olhar clínico e o sucesso do seu ensino."

[1567] BATISTA, Nilo. Parecer: maus-tratos..., p. 180.

Antes de continuar, é preciso esclarecer que se tem entendido que o princípio da confiança, ou qualquer confiança no outro pressupõe uma ação racional por parte do confidente, sendo que essa ação racional

> "segundo fins, para WEBER, é a 'determinada por expectativas no comportamento tanto de objetos do mundo exterior como de outros homens, e utilizando essas expectativas como 'condições' para a obtenção de fins próprios, racionalmente sopesados e perseguidos'; desse modo, 'atua racionalmente segundo fins que orientem sua ação pelo fim, meios e consequências implicados nela, sopesando racionalmente os meios com os fins, os fins com as consequências implicadas e, entre si, os diferentes fins possíveis."[1568]

Pois bem, a maioria, ao contrário do que se pode pensar, entende que vige nessas divisões de trabalho o princípio da confiança[1569], quando mais certo seria, no máximo, dizer que, a princípio, há confiança.

O vocábulo "confiança" advém do latim *confidentia* e tem a acepção de "firme esperança".[1570] Então, como é de sabença coloquial, e tem sido propalado pela doutrina, é termo que visa a representar uma relação, ou seja, um sentimento de alguém para com outro ou outros, na medida em que aquele espera, e pode e deve mesmo esperar[1571] - *mormente considerando-se, estatisticamente, a desenvoltura de certas atitudes*[1572] -, que outrem, cumprindo com o seu dever, libere-o de cumpri-lo em nome, e no lugar deste, fazendo suas vezes. O que, em nenhuma medida, porém, autoriza o confiante a não cumprir seu próprio dever, pois este, inclusive, é pressuposto da exigência do dever do outro.[1573] Ao revés, somente pode exigir o cumprimento do *alter* aquele que, antes, ou no mesmo instante, houver adimplido ou adimplir com o seu, e mesmo assim lhe fica represada essa presunção de que o outro arcará com seu dever na medida em que houver certeza, ou pressupostos indiciários concretos - *ou mesmo estatísticos*[1574] -, de que o dever do outro não se apresentará a tempo e modo esperados.[1575] Daí,

---

[1568] WEBER, Max. *Economía y sociedad.* México: Fondo de Cultura Econômica, 1944 *apud* PEREIRA, José Carlos de M. *A explicação...*, p. 164.
[1569] Exemplarmente, STRATENWERTH, Gunther. *Acción...*, p. 522.
[1570] *Dicionário de latim-português*. 2. ed. Portugal: Porto Editora, 2001, p. 166.
[1571] "A primeira coisa que se pode dizer acerca da confiança é a profundidade e a universalidade de sua implantação no coração do homem... Qualquer que seja tanto a índole daquilo em que se confia, como a interpretação teorética do fato de confiar, ninguém poderá negar que a confiança, entendida como hábito de depositar expectativas em outrem, é um dos sentimentos que mais profundamente definem e constituem a existência humana. Na medida em que nossa existência é temporal e é imprevisível nosso futuro, nessa mesma medida nos vemos obrigados a confiar, e parece coisa certa, quando a mente não se extraia da realidade nem o coração dos valores supremos, que na vida do homem a confiança tem um papel fundamental como elemento aglutinador de energia que reforça o grau de coesão nos grupos humanos." *In* ALBUQUERQUE, Mário Pimentel. *O princípio...*, p. 87.
[1572] LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*, t. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 39: "A função do Direito está ligada, pois, a expectativas; não a expectativas referidas à consciência individual, mas aquelas compartidas socialmente como exigências da comunicação intra-sistemática."
[1573] ROXIN, Claus. *Derecho...*, p. 1005: "*Más allá de lo anterior, muchas resoluciones parten de la base de que no puede invocar el principio de confianza quien a su vez se comporta antijurídicamente*."
[1574] Nesse sentido, embora fazendo certas concessões, ROXIN: "*Según la jurispr., el principio de confianza debe retroceder también en caso de infracciones de tráfico "que se cometen con tanta frecuencia que un conductor consciente ha de contar razonablemente con ellas*." *In* ROXIN, Claus. *Derecho..., ibidem*. Como exemplo, poderíamos citar a travessia quase sempre negligente de passageiros após desembarcarem dos ônibus. Nesse caso, ao avistar o coletivo parado no acostamento deve o motorista, imediatamente, reduzir a velocidade, além de acionar a buzina, pois, certamente, deparar-se-á com a surpresa de

porque o descumprimento da referida obrigação por parte do terceiro desonera o confiante de qualquer responsabilidade penal, cabível, tão somente, ao confiado. Mas, continua a doutrina, das acepções que o termo comporta, mais do que conceder crédito a terceiro, demonstra ela que alguém pode, repita-se, ficar seguro de que este procederá conforme o esperado, considerando-se, requente-se, resultados estatísticos que de certos atos ordinariamente acontecem, e justamente porque o princípio da confiança "serve para a negação de um incremento do perigo inadmissível."[1576]

Mas, é justamente aí, e por isso, que aqui se entende que o princípio da confiança é inútil. É dizer, ele só funciona numa teoria distributiva de papéis, como a de LUHMANN[1577], ou em um normativismo funcionalista sistêmico, como o de JAKOBS[1578], que baseia todo seu organismo teórico nas afirmações daquele autor, porquanto, ambos, arrimados em expectativas, daí derivam toda imputação possível, inclusive com reflexos da e para a confiança. Não há, segundo aqui se tem entendido, uma necessidade de pautar nossa conduta na confiança de que o outro atenderá à sua própria, pois não é aí que reside nossa obrigação social. Então, não é porque o outro se enquadrará ou não no papel de etiquetado, que eu cumprirei ou deixarei de cumprir a minha obrigação, mesmo porque, meu papel também já está previamente definido pelo sistema penal. Nessa *mise-en-scène,* o outro possui um papel já definido, independente de eu possuir o meu. Ambos, eu e ele, devemos nos enquadrar nas funções que as agências políticas e executivas nos destinaram. E, aqui, não se deve confundir esse papel e essa função com aqueles do normativismo funcionalista sistêmico ou do sistema autorreferencial de comunicação, visto que, enquanto estes se autoalimentam, aquele que relatamos - *mas, que não defendemos* -, é imposto pelas agências que não fornecem qualquer hospitalidade ao princípio da confiança. O papel de escritor, diretor, protagonista ou coadjuvante já nasce acabado, cabendo à personagem, tão somente, personificá-lo. Parece mais correto, portanto, entender que em vez de um princípio da confiança, o que existe, em verdade, não é uma obrigação das pessoas para com as criminalizações primária e secundária,

---

algum passageiro, agora transeunte, atravessando-lhe a frente sem o devido cuidado. Assim, por contar razoavelmente com ela, não pode confiar que ela não ocorrerá.

[1575] ROXIN, Claus. *Derecho...*, p. 1004.

[1576] ROXIN, Claus. *Derecho...*, p. 1004.

[1577] LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*, tt. I e II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983/1985, passim.

[1578] JAKOBS, Günther. *Derecho...*, pp. 09-10: "*Así como los hombres en su relación con la naturaleza sólo se orientan en la medida que pueden encontrar regularidades, del mismo modo en los contactos sociales – los únicos que aquí interesan -, sólo resulta posible la orientación si no hay que contar a cada momento con cualquier comportamiento imprevisible de la otra persona. De lo contrario cada contacto social se convertiría en un riesgo impredecible. El mero hecho de iniciar un contacto social es ya una señal de que no se espera ningún desenlace indeterminado. Si se decepciona esa expectativa, para el decepcionado surge un conflito frente al que deve reaccionar, pues con la decepción se pone de manifiesto que el balance entre los sucesos em cuya producción está interessado y aquellos otros que se realizan ya no cuadra: el modelo de orientación del decepcionado deve someterse a revisión*."

porquanto nenhum de nós deixa de incorrer no tipo penal por conta da sua exclusiva leitura - *mesmo porque, enquanto muitos de nós não cometem crimes, sem sequer havermos lido o Código Penal, outros, ao revés, os cometem, malgrado sabê-lo de cor* -, senão, uma imposição daquelas criminalizações primária e secundária que não outorgam chances de delas nos desviarmos, configurando-se, com isso, um poder punitivo de matiz estatal coativa. Parece mais que óbvio que todos possam e tenham que contar com comportamentos jurídicos dos outros quando da prática dos seus. Do contrário, o discurso farisaico do sistema punitivo não convenceria, desmantelando-se. Com efeito, a desconfiança, então reinante, paralisaria a todos. Portanto, fora alguns casos de concurso de agentes, cada conduta deve ser analisada isoladamente, sem a coajuvância de outra qualquer. Pensar diferente disso é erigir a confiança na norma como se fosse a própria norma, enquanto esta, a norma, seria apenas um mero referencial para aquela. O que é absurdo e frauda um jogo de cartas já marcadas. Daí que, falar em princípio da confiança onde inexiste possibilidade de escolha, parece-me uma paródia de verdade!

A maioria da doutrina, porém, alheia a tudo isso, entende que enquanto o princípio da confiança encontra ambiente confortável nas relações intersubjetivas particulares isoladas[1579] - *em que esta relação não se apresenta amarrada por um contrato, uma lei ou uma assunção de segurança advinda de vontade própria ou de atuação anterior, como no artigo 13, § 2º, alíneas a, b e c, do Código Penal* -, onde existe, ainda que de forma ambígua, um dever de garantia de um resultado, seja praticando um ato que conduza a este, seja omitindo um que o viabilize pelo SICRANO ou BELTRANO, a tal ponto que incuta na sua consciência, ou mesmo inconsciência, a representação de que o resultado aguardado será alcançado com a conduta deste terceiro, sendo prescindível sua, muita vez serôdia, substitutiva atuação, ele também não deixa de habitar, e não sem razão, na maioria das vezes, nas relações coordenadas de um aparato distribuidor de tarefas. É o que ocorre, exemplarmente, nas equipes médicas multidisciplinares[1580], cirurgicamente

[1579] Como é o caso do médico que, dirigindo seu veículo em via principal, pode contar que o automóvel, que advém de via vicinal, não invadirá a sua frente, de inopino. Segundo ROXIN: "*Por tanto quien, p. ej., tiene prioridad de paso en los cruces no precisa reducir su velocidad en atención a posibles infracciones de tráfico de otros conductores, sino que por regla general puede partir de la base de que se respetará su preferência de paso. Si ello no sucede y se produce una colisión, únicamente existe imprudência en quien desatendió la preferência de paso*." *In* ROXIN, Claus. *Derecho...*, p. 1004. Esta afirmação de ROXIN parece contraditória, pois, alhures também afirma ele: "*Según la jurispr., el principio de confianza debe retroceder también en caso de infracciones de tráfico "que se cometen con tanta frecuencia que un conductor consciente ha de contar razonablemente con ellas". In Op. cit.*, p. 1005. E, provavelmente, nenhuma infração automobilística é mais, ou tão, frequente que os abalroamentos em cruzamentos!

[1580] Paradigmático, ROXIN: "*Aún está poco claro hasta qué punto puede extenderse el principio de confianza a otros ámbitos o sectores de la vida. Se reconoce en principio su extensión al caso de la cooperación con división del trabajo, sobre todo em el ámbito de la actuación médica (v. gr. en un equipo de operaciones).*" ROXIN, Claus. *Derecho...*, p. 1005. Citatório, GRECO, Luís Filipe. *Cumplicidade através de ações neutras*: a imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 28.

interventoras em que, como sói acontecer, participam anestesistas[1581], cardiologistas, cirurgiões *et reliqua*, e nas quais cada um destes especialistas pode confiar que o outro procederá adequadamente no sentido de que todos os afazeres, isoladamente, convirjam para um resultado comum, qual sendo, *v. g.*, a operação satisfatória do paciente.

Ora, imagine uma conjuntura operatória em que o cirurgião, contando com o trabalho anestésico esperado e adequado do facultativo dessa área, ao intrometer o bisturi no paciente, descobre, tardiamente, que o anestesista não injetou o químico na dose correta, deixando em perigosa sensibilidade o organismo do devassado. Ou que o cardiologista, em vez de realizar os exames pré-operatórios necessários para a detecção do suporte e suficiência coronarianos do paciente para determinada cirurgia, limita-se a submeter o operável a mero e exclusivo teste de desforço, desacompanhado de qualquer avaliação sanguínea, por exemplo. Em ambos os casos, não pode o cirurgião ser responsabilizado, criminalmente, pela desídia da *lex artis*[1582] pelos médicos que o antecederam, pois ele, como qualquer outro esculápio, no seu lugar[1583], poderia contar com a atuação escorreita dos seus parceiros de jaleco.[1584] Mas, não só poderia, como, também, deveria contar com a atuação adequada desses profissionais, pois se a confiança, por um lado, pode gerar, vez ou outra, perigosos inconvenientes de segurança - *na medida em que, com base em estatísticas, ou no que normalmente acontece (artigo 335, do Código de Processo Civil*[1585]*), deixa o profissional médico posterior de fiscalizar a atuação do seu antecedente quando ela desencadeia um erro grosseiro*[1586]*, mormente porque, neste caso, estaria confrontada a confiança do paciente na equipe, com prevalência sobre a de um membro desta em relação a outro* -, por outro lado, uma regra de desconfiança[1587], acaso hipoteticamente reinante, ensejaria dúvidas de se a atuação do antecessor ou colega estaria correta, e por um profissional que sequer é da mesma área,

---

[1581] BATISTA, Nilo. Parecer: maus-tratos..., p. 177: "Assim, a figura do anestesista, que nos tempos de ENGISCH parecia-lhe secundária, ganhou certa autonomia, não mais sendo visto como mero colaborador do cirurgião perante casos, por exemplo, de choques anafiláticos."

[1582] Regras técnicas pertinentes a cada um dos serviços prestados em suas respectivas áreas, como as regras técnicas e regulamentares da medicina, da engenharia, da advocacia, da contabilidade *etc.*

[1583] Todavia, obviamente que, em certos casos, deve o mesmo exigir do paciente a apresentação dos resultados de todos os exames, ocasião em que poderá aferir qual não foi realizado, devendo tê-lo sido.

[1584] ROXIN, Claus. *Derecho...,* p. 1006: "*...el BGH ha reconocido ya que en una operación "los médicos especialistas que intervienen en ella pueden confiar en la colaboración correcta del colega de la outra especialidad*."

[1585] Embora esse artigo se dirija à obrigação de o magistrado não declarar o *non liquet* (ou seja, "não julgarei, por não saber o que fazer, pois não há lei que determine o que deve ser decidido), em não havendo normas jurídicas específicas para a solução do caso, mormente quando proibida a analogia, e não, a terceiros particulares, como pretendido no texto acima, a redação dele é a seguinte: Art. 335. Em falta de normas jurídicas particulares, o juiz aplicará regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece e ainda as regras de experiência técnica, ressalvado, quanto a esta, o exame pericial.

[1586] Assim, novamente, ROXIN: "*Por outro lado, también se corresponde sin embargo con el principio de confianza el que se deba objetar y, en su caso, corregir los errores manifiestos de outro*." *In* ROXIN, Claus. *Derecho...,* p. 1006. Entretanto, não se está aqui a falar daqueles casos em que o paciente, submetido a diagnóstico e tratamento por um facultativo, abandona ambos, dirigindo-se a outro médico que, nesse caso, obrigatoriamente, deve refazer toda a bateria de exames, ou, quando menos, averiguar a correção dos já realizados, bem como o tratamento indicado pelo seu antecessor.

[1587] Que já vigeu antes mesmo da regra da confiança.

como no caso em que o cardiologista pusesse sempre em dúvida a quantidade correta, e a natureza de qual é, ou não, o anestésico apropriado, enquanto o paciente jaz, impaciente - *perdoem-me o trocadilho* -, no leito operatório. Então, tem a doutrina afirmado que se deve afastar o princípio da confiança somente naqueles casos de cooperação com divisão do trabalho em que um dos intervenientes (*v. g.*, o médico que dirige a operação) possui especiais deveres de vigilância (por exemplo, frente ao médico assistente ainda inexperiente) ou outra missão de controle de natureza vária.[1588] Por fim, referida obrigação de custódia e aferição do empreendimento desempenhado por outro não pode ultrapassar o necessário ao cumprimento - *como pressuposto portanto, é dizer, limitado à realização da sua cota* -, do dever que lhe coube, parceladamente, na divisão do trabalho, sob pena de, deslocando-se horizontalmente a indumentária do santo decumbente, descobrir-se uma das suas extremidades em favor da outra, outrora ao léu.

Esposando, em parte, esse entendimento, escreveram ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA e SLOKAR, que

> "perante uma atividade regida pela divisão de trabalho, muitos desses problemas podem ser resolvidos pelo princípio da confiança, segundo o qual não há violação do dever de cuidado na conduta de quem confia que o outro se comportará corretamente, desde que não existam motivos para duvidar disso ou mesmo acreditar no contrário. A eficácia do princípio da confiança está limitada, em geral, pelo próprio dever de observação: violaria o dever de cuidado manter a confiança na atuação alheia quando existam sinais de que o outro não está se comportando conforme deveria, sem que seja preciso esperar que ele perca o domínio do fato, e mesmo quando o sujeito perceba os sinais da conduta deceptiva alheia excedendo sua própria incumbência de observação fixada pela divisão do trabalho, seja por acidente, seja por suas características obsessivas, seja por conhecimento ou habilidades pessoais. Não há falar-se em princípio da confiança onde a tarefa do agente é precisamente exercer vigilância sobre a execução das tarefas dos demais envolvidos na atividade compartilhada."[1589]

Mas, é justamente por isso que, perdoem a recidiva no assunto, entende-se aqui que o princípio da confiança é imprestável, pois, não é pelo fato de eu contar ou não com a atuação escorreita do médico, colega de trabalho, que será imputada a mim qualquer condenação e sanção penais. A confiança não é e nem pode ser a baliza. É o conhecimento que eu possua da atuação jurídica ou antijurídica do outro agente que me condenará ou absolvirá, graças a eu haver atendido ou não a esse conhecimento prévio ou simultâneo. Dentro da disciplina geral do princípio, convocando NILO BATISTA, seria descabido invocá-lo diante de situação na qual a confiança pudesse ser temerária, ou seja, naquela em que o cirurgião não pudesse iniciar a operação se percebesse que o anestesista está embriagado.[1590] Então, se eu, conhecendo sua atução antijurídica, e conhecendo também que ela prejudicará o sucesso da minha, mesmo

---

[1588] Mais do mesmo em STRATENWERTH, Gunther. *Acción y resultado en Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 1991, p. 524.
[1589] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...*, v. I, v. II, I, pp. 330-331.
[1590] BATISTA, Nilo. Parecer: maus-tratos..., p. 180.

assim atuo, cometo eu um ato criminalizável, pois a mim era exigível um comportamento consoante ao direito. Agora, se eu, não conhecendo sua atuação antijurídica e, portanto, desconhecendo que ela poderá refletir negativamente, malfadando a minha, mesmo assim atuo, não cometo eu qualquer ato criminoso, senão, um ato inculpável por conta da inexigibilidade de conduta diversa. E, nem se diga que na primeira hipótese o médico - *se a confiança é tão irrelevante como dizemos* -, independente da atuação do seu colega, agiu juridicamente, porquanto é sua atuação que deve, isoladamente, ser avaliada. Nada disso. A culpabilidade tem como dois arrimos de seu tripé a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de comportamento conforme ao direito. Ambos não podem ser apreciados apenas formalmente, devendo sê-lo, sobretudo, em seu teor material. É dizer, embora praticando um ato, que isoladamente, seria jurídico, tem o médico a consciência de estar atuando, ainda que por richochete, de forma antijurídica, pois sua conduta, aditada à anterior ou simultânea a esta, ensejará um resultado criminoso. Servindo isso para refutar um argumento expendido abaixo, pela doutrina, de que a confiança auxiliaria a imputação objetiva a reduzir alguns casos que o finalismo mantém, injustificadamente, sob o manto opaco do poder punitivo. Quanto à exigibilidade de conduta diversa consoante ao direito, vale o mesmo. Embora, em princípio, formalmente não tenha o médico atuado desconforme ao direito, no todo isso não é verdade, haja vista que ele, conhecendo a atuação do seu precedente, materialmente podia haver atuado diversamente conforme ao direito da vítima de não ver ofendido seu bem jurídico, então ofendido. Assim, a potencial consciência é da ilicitude, não do tipo penal[1591], enquanto a exigibilidade de comportamento conforme ao direito, é, sobretudo, ao direito da vítima que não pode se ver refém seja da confiança de um agente para com o outro, seja da apreciação isolada de uma conduta e de outra. É na aferição do todo que se deve buscar a antijuridicidade ou não da conduta. A confiança, nestes termos, a nosso ver, não tem qualquer importância para a culpabilidade, pois, entre esta mera expectativa e o potencial ou real conhecimento da desenvoltura da situação antecedente ou simultânea, deve prevalecer este. Atribuir mais valor àquela é desprezar a potencial ou mesmo real consciência da ilicitude, proveniente da malfadada inicial confiança depositada na relação de trabalho, além de fazer *tabula rasa* da exigibilidade de comportamento diverso que não pode mais agora se impor, como originariamente se pretendia, mormente diante daquele mesmo conhecimento de que a confiança se frustrara, devendo o médido promover uma alteração na sua atuação, neste instante, mais condizente com a nova conjuntura.

[1591] TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios...,* p. 265: "Concluindo, falta de consciência da ilicitude e ignorância da lei são noções distintas e não conflitantes."

Voltando ao entendimento majoritário da doutrina, consoante se pôde notar, o princípio da confiança parece pressupor uma sequência de atos, sucessivos no tempo e modo, em que um só poderia vir após o outro, porque do anterior é sempre dependente, numa relação de prejudicialidade penal eximente. Porém, essa percepção, se não é errada é, ao menos, parcialmente correta, pois é bem possível que o princípio da confiança protagonize situações em que os vários profissionais atuam *pari passu* - *sendo impossível qualquer vigilância, senão, sob pena de esquecer-se a sua parcela laboral em prol do desvio da atenção em favor da fiscalização do outro* -, não servindo essa simultaneidade, portanto, como desculpa, nem para a afirmação de que só por isso - *ou seja, por estar um profissional (cardiologista) ao lado do seu colega (anestesista), deveria ele fiscalizá-lo e, não o fazendo incorreria, também, em culpa penal* -, o faltante se esquivaria de qualquer responsabilidade, ou dividiria com colega seu de equipe, uma sua responsabilidade que lhe é individual e exclusiva, tampouco para a tentativa, já malograda *a priori* de, com isso, atuar desidiosa e desatentamente - i. e, *com negligência*[1592] -, na esperança de que esta sua indiferença natural - *e não finalista, portanto* -, seja percebida, avisada, corrigida ou mesmo colmatada por outrem. Por outro lado, tão perigoso quanto o excesso de confiança, se apresenta, assim, o excesso de desconfiança, devendo o profissional médico pautar pelo meio-termo que encontra ressonância segura na análise objetiva da formal competência do seu colega de equipe. De sorte que, o cardiologista, *e. g*., pode, fiando-se no fato de que o anestesista possui formação acadêmica adequada ao manejo desta especialidade, acreditar, sem a intranquilidade de uma eventual ação penal condenatória, que este realizou, corretamente, seu múnus, enquanto este, de seu lado, pode confiar que aquele, igualmente especializado em cardiologia, escudou-se em toda sorte de exames possível antes de entregar o paciente à operação. No mais - *e aqui se estará referindo a uma parcela infinitamente pequena dos profissionais da área médica que em sua quase totalidade são pessoas seriíssimas* -, como quase sempre é invisível o diploma do colega, tampouco sua especialização, a notoriedade de ambos, advinda de inúmeras práticas na sua especialidade - *como o médico que anestesia há anos, sem qualquer conduta profissional anestésica que o desabone até então* -, a participação contemporânea nos bancos da sala de aula da especialização, ou a prática simultânea com este durante a residência de um e outro, por exemplo, pode muito bem suprir aquela formalidade que, sejamos convinháveis, nas grandes cidades, onde nem todos os médicos se conhecem, tem muito pouca utilidade, sobretudo diante da proliferativa

[1592] Sobre a preferência do termo "negligência", aos demais "imprudência e imperícia", mesmo em casos de atuação técnica, como a médica, e sobre estarem estes, satisfatoriamente, englobados naquele, ver TAVARES, Juarez Estevam Xavier. *Direito Penal da negligência*: uma contribuição à teoria do crime culposo. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 3 e nt. 1; e, TAVARES, Juarez Estevam Xavier. *Teoria do crime...*, p. 3, nt. 1: "como se verá... atendendo a um preceito de ordem prática, as expressões culpa, negligência ou crime culposo são usadas, indistintamente, como sinônimas, ainda que, cientificamente, o termo negligência seja mais adequado a retratar esta modalidade de conduta."

prostituição que tem surgido com a venda de diplomas de inúmeras áreas do saber[1593, 1594]. Por fim, sendo igualmente difíceis tais averiguações indiretas, obviamente devem ser culpados os responsáveis pela clínica ou hospital, únicos obrigados a tal aferição de profissionalidade, havendo, ainda, quem advogue pela responsabilização do próprio nosocômio.[1595]

Para se evitarem - *ou, pelo menos, se tentar evitar* -, portanto, demandas por conta da negligência de terceiros - *pois é inegável que há cirurgiões que, apesar de poderem ter confiado na conduta dos seus predecessores, se encontram respondendo pela negligência destes* -, seria prudente que o profissional, em sendo isso possível, integrasse equipes compostas de esculápios cuja capacidade já conheça. Do contrário, ou seja, em não sendo isso possível - *como muita vez acontece em grandes hospitais públicos* -, participando o facultativo de equipes médicas cujos componentes jamais vira antes - *evidentemente descontado o dissabor de toda uma tramitação judicial tendente a provar-lhe a inocência* -, restará patente que, nesses casos, o princípio da confiança se transfira para a própria entidade - *pública ou privada, mas, sempre penalmente inimputável* -, contratante destes pouquíssimos profissionais relapsos - *que, requente-se, representam parcela mínima da medicina* -, ou mesmo, desprovidos de qualquer capacitação para o cargo que exercem - *como médicos sem diploma de graduação*[1596]*, ou sem o da residência naquela área específica* -, pois é a estas que cabe a obrigação de aferir a diplomação, a titulação e o preenchimento de todos os requisitos formais[1597] para a atuação do facultativo.

[1593] O que nos faz lembrar semelhante acontecimento do passado, não muito diferente de hoje. Para tanto, consulte SOURNIA, Jean-Charles. *História...,* pp. 105-106: "O número de universidades aumenta entretanto, pois as cidades vêem nelas um elemento de prestígio e uma atraccção para os estudantes, que nelas despendem o seu dinheiro. A Igreja prefere criá-las e controlá-las em lugar de as suportar e, sobretudo no século XIV, os príncipes mecenas multplicam-nas para efeitos de propaganda. Deste modo, ao lado de universidades prestigiadas como Bolonha ou Pádua, Montpellier ou Paris, vêem-se pequenas cidades francesas serem dotadas de universidades onde os professores, em número demasiado pequeno, praticam um ensino medíocre e atribuem diplomas pouco apreciados fora da própria cidade. ...Os estudos médicos são portanto longos e dispendiosos, mas o 'doutor' pode orgulhar-se do seu título e exigir honorários elevados. Se sair de uma universidade conhecida, será recebido em outras escolas e colégios para praticar, mas se o seu título for modesto não conseguirá abandonar a província."

[1594] Tratando de questão mais leve, mas não menos importante, e não falando, necessariamente, de uma venda, expõe uma discrepância formativa, muita vez, mas não sempre refletida no exercício da própria profissão, SOURNIA, Jean-Charles. *História...,* p. 219: "A estas discussões entre profissionais vêem juntar-se as queixas dos médicos a respeito das desigualdades da sua formação. Uma dezena de faculdades distribui diplomas controlados, após estudos sérios: Paris atrai os países limítrofes, a Rússia e a Polônia vão para Göttingen e para Halle; Pádua, Bolonha e Montpellier recebem os países mediterrâneos, a Europa do Norte vai para Leyde e a América para Edimburgo. Porém, ao lado destas universidades de nomeada existem numerosas outras que, possuindo um número muito restrito de professores, se limitam a assegurar uma formação rudimentar."

[1595] DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito...,* p. 326.

[1596] Sobre a situação da titulação médica na França do século XIX, narra SOURNIA, Jean-Charles. *História...,* p. 247: "O Consulado organiza igualmente o exercício da medicina. Só podem exercer esta arte os titulares de um diploma de doutoramento atribuído pelas escolas de medicina; infelizmente, por influência de CABANIS e com o fim de dotar o exército de clínicos em número suficiente mesmo mal formados, para regularizar situações incertas resultantes dos anos de convulsão e assegurar a prestação de cuidados na província, cria-se uma categoria 'transitória': os oficiais de saúde. Tendo feito poucos anos de estudos, a sua instrução é muito incompleta. O desajeitado CHARLES BOVARY é o seu herói literário mais célebre."

[1597] Já quanto aos requisitos materiais, parece que sua averiguação fica a cargo das instituições de ensino, não sendo de se afastar a possibilidade de, como a Ordem dos Advogados do Brasil, o Conselho Federal de Medicina instituir uma prova de

Para esta doutrina, a consequência da atuação, no caso, do princípio da confiança redunda no fato de que, tendo sido reconhecido, *ex post,* que qualquer médico no lugar do acusado teria confiado no trabalho antecessor, ou simultâneo, do seu colega, o deságue encontraria, necessariamente, a consideração de que ele agira licitamente. Ou, mais tecnicamente, em atenção a um exercício regular do direito[1598], sua conduta não seria antijurídica ou censurável, do ponto de vista do Direito Penal, auxiliado, aqui e sempre, pela política criminal contencionista do poder punitivo. Mesmo porque, o contrário - *pois nenhum médico admitiria trabalhar em conjunto com outro* -, instabilizaria muito mais a sociedade que, repita-se, intranquilizada pela insegurança que a prestação de serviços daria azo, se prostraria no tempo, passando a inexistir qualquer prestação de serviço - *ainda que somente a em forma de equipe* -, de qualquer modalidade, seja médica, seja advocatícia, seja contábil *etc.,* cujo acalento advindo da continuidade da atuação isolada não seria suficiente para atender todas as demandas que a pós-modernidade crescentemente tem exigido, quais sendo, as de que os profissionais atuem cada vez mais em equipe, cada qual contribuindo com sua especialidade neste mundo onde o conhecimento - *ao contrário do que pretendia JEAN FERNEL*[1599] -, sobre muitas coisas tem se rarefeito, e os profissionais têm se juntado para conseguirem atender mais adequadamente o cliente-consumidor-paciente.

Por outro lado, continua parte da doutrina a afirmar, o princípio da confiança não deveria ser afastado mesmo diante de uma criminosa atuação dolosa do membro da equipe, desde que assim o tenha sido - *porque o podia ter sido*[1600] -, imprevisto, ou o tenha sido[1601] - *ou, mesmo diante da previsão, não tenha havido um "fomento ou favorecimento" sério, relevante e definitivo por parte do médico imprudente, porquanto, nesse caso, sua cumplicidade*[1602]*, ainda que existente, não foi preponderante quando cotejada com as demais condições para, por si só, incentivar ou realizar a conduta*[1603] -

---

averiguação de conhecimentos mínimos, ou melhor, suficientes para a inserção do profissional no mercado o que, em certa medida, talvez sequer fosse útil.

[1598] Artigo 23, inciso III, do CP.

[1599] Médico francês nascido em 1497 que disse que o médico deveria saber tudo. Para tanto, veja SOURNIA, Jean-Charles. *História...,* p. 169: "Que ninguém tente abordar a medicina desde o seu início se não tiver primeiro exercido cuidadosamente estas disciplinas e não estiver perfeitamente imbuído delas (a matemática, a dialética e a gramática)...'. 'É justo chamar-lhe a arte universal'."

[1600] ROXIN, Claus. *Derecho...,* p. 1006: "*Finalmente, el principio de confianza ha de regir también en cuanto que por regla general se puede confiar en que otros no cometan delitos dolosos*."

[1601] Enfatizando a percepção, escreve ROXIN, que: "*Lo correcto es que el principio de confanza no puede regir ya cuando una conducta fomenta la perceptible inclinación o propensión al hecho delictivo de un potencial autor doloso*." *In* ROXIN, Claus. *Derecho...,* p. 1007.

[1602] GRECO, Luís Filipe. *Cumplicidade...,* pp.7-8: "Por *cumplicidade* entender-se-á o auxílio, a contribuição, para que um terceiro cometa um fato típico e antijurídico. *Auxílio* significa qualquer ação que "facilite, possibilite, intensifique ou assegure" o cometimento da ação principal. Este auxílio pode ser tanto material... quanto psíquico."

[1603] ROXIN, Claus. *Derecho...,* p. 1007: "*No obstante, ha de resultar improcedente la imputación imprudente, incluso en caso de perceptible inclinación al hecho delictivo, cuando falte un "fomento o favorecimiento" porque la conducta del extraneus solo se convierte en causal para el resultado mediante una combinación caprichosa de condiciones por parte del autor doloso*."

, imprevisível.[1604] Pensar em contrário seria inadmitir a permissão de riscos sem os quais - v. g., *a venda de álcool, de gaze, de bisturi* etc. -, o desenvolvimento social não encontraria confortável assento. E, justamente, porque assumir ou suportar os perigos inevitáveis da venda desses produtos - *que, dolosamente, poderiam ser usados para o cometimento de crimes, inclusive por esculápios* -, atende a vantagens de natureza tanto individual, quanto social, mas todas advindas da adoção, ainda segundo a doutrina, do princípio da confiança. É dizer, pela teoria da proibição de regresso - *que no entender de JAKOBS tem como hipótese particular o princípio da confiança* -, inexistiria participação culposa em crime doloso, como no caso em que já estafado após o término do plantão, empresta o médico experiente um bisturi para outro - *cuja condição de mero residente lhe é desconhecida* -, desqualificado a realizar uma cirurgia plástica, cujos resultados desastrosos, portanto, não lhe poderão ser imputados.[1605] Diferentemente, se houver agido com imprudência, porquanto, neste caso,

> "*dado que en los delitos imprudentes rige el concepto unitário*[1606] *de autor, en el supuesto de causación imprudente de un hecho doloso no se trata de una participación, sino de autoría imprudente. Tampoco se puede negar sin más el nexo de antijuridicidad o de imputación aludiendo a la própria responsabilidad del autor doloso, pues cuando un sujeto que actúa sin dolo ha creado el peligro intolerabe de un delito doloso, no hay razón alguna para excluir la posibilidad de una imputación imprudente junto ao delito doloso. La solución no consiste por tanto en una prohibición absoluta de regreso, sino que se trata de trazar los limites del principio de confianza y por tanto del riesgo permitido..." e, justamente, porque "precisamente a quien*

[1604] ROXIN, Claus. *Derecho..., ibidem*: "*Pues la resolución al delito es un processo interno que en escasas ocasiones es perceptible claramente al exterior*."

[1605] Quanto às interpretações ultrapassada e atual da teoria da proibição de regresso, ver ROXIN, Claus. *Derecho Penal: parte general, fundamentos, la estructura de la teoria del delito*, tomo I, 1ª edição, 2ª reimpressão. Espanha: Civitas. 2003, p. 1006, nt. 40. Sobre a interpretação original - portanto, ultrapassada, advirta-se desde já -, escreve LUÍS GRECO: "A *original teoria da proibição de regresso* dizia que, se um terceiro intervém dolosamente após a prática de uma ação culposa, quem praticou a ação culposa ficaria isento de pena. A ação dolosa culpável é livre, estando, por isso, além do domínio da lei causal, de modo que não se poderia falar em causalidade. A ação dolosa culpável do terceiro interromperia, portanto, o nexo causal. A cumplicidade e a instigação, como formas de participação legalmente previstas, seriam exceções legislativas a este princípio de que a ação livre sempre inaugura *per se* uma nova cadeia causal, proibindo o regresso a causas anteriores." Para, logo adiante, atualizá-la, dizendo, com arrimo em ROXIN, que: "...a doutrina superou já há muito a idéia de interrupção do nexo causal; o *nexo causal não se interrompe*, a causalidade ou está presente ou ausente, e ponto final... o possível cúmplice causou o resultado, ou por ter sido uma *conditio sine qua non* do mesmo, ou uma condição conforme uma lei natural, ou uma componente necessária de uma condição suficiente para ele. E é por isso que a proibição de regresso, nesta sua versão clássica, praticamente não tem mais defensores na atualidade." GRECO, Luís Filipe. *Cumplicidade...*, pp. 24-26. Enquanto, de seu lado, ROXIN enfatiza: "*Pues no es posible concebir un nexo causal simultáneamente como existente e "interrumpido"." In* ROXIN, Claus. *Derecho...,* p. 1007.

[1606] BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no Direito Penal brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, pp. 71, 79, 81: "A primeira objeção que tal critério ensejaria, especialmente para a doutrina brasileira ainda aferrada a uma teoria do delito de base causal, consistiria na impossibilidade de construir-se um conceito unitário de autor para os delitos dolosos e culposos, que não poderiam ter uma só teoria da participação. Para os finalistas, não há aí qualquer motivo de espanto, e espantoso seria, isto sim, a redução a esquemas comuns de realidades tão distintas... Todo aquele que culposamente causa o resultado é autor; qualquer contribuição causal culposa para o resultado representa autoria... Não há diferença entre autor direto e partícipe nos crimes culposos, porquanto a causação culposa (isto é, com violação do dever objetivo de cuidado) importa sempre autoria... No Brasil, em algum momento HELENO FRAGOSO esposou tal opinião: 'Nos crimes culposos, em conseqüência, é autor todo aquele que viola o dever objetivo de cuidado a que estava adstrito, provocando, isoladamente ou em concurso com outras pessoas, o resultado típico. Como se percebe, nos crimes culposos há apenas autoria ou autoria colateral, mas não pode haver participação, porque esta é sempre a realização de conduta atípica'." Criticamente, em sentido contrário, SANTOS, Humberto Souza. *Co-autoria em crime culposo e imputação objetiva*. São Paulo: Manole, 2004, *passim.*

> *todavia vacila no se le pueden ofrecer oportunidades para una más fácil comisión del delito.*"[1607]

Tomando assento no assunto, parece claro a NILO BATISTA que no atendimento massivo de pacientes, seja em hospitais públicos ou privados - *conveniados ou não com o Estado* -, "a divisão de trabalho constitui condição necessária da eficiência dos procedimentos médicos" estando "*el principio de división de trabajo*" reconhecido "*hoy como una necesidad ineludible del ejercicio de la medicina....* Por outro lado, a divisão de trabalho constitui uma referência indispensável na ocasião, sempre infausta, de indagar-se sobre responsabilidade penal" e, relembrando JEAN PENNEAU, pergunta

> "o que pensar da responsabilidade atribuída a um médico ou cirurgião quando a ofensa à integridade corporal de seu paciente provém da negligência de um de seus prepostos ...que se lhe reprova por não ter supervisionado suficientemente ...ou por ter escolhido mal? ...Perante tais situações, o controle da imputação objetiva deve recorrer ao chamado princípio da confiança."[1608]

Mas, esse só será um problema se se utilizar - *ainda que o seja como limitadora da objetiva imputabilidade*[1609]*, abrangendo também os delitos dolosos* -, a teoria da imputação objetiva que mais de uma vez já fora sustentada como prescindível perante o finalismo, mormente se considerarmos com razão aqueles que afirmam que, ao contrário de outros, a imputação objetiva não dispensa uma causalidade[1610, 1611], tampouco uma finalidade. No mais, qualquer criação ou implemento de risco nas atividades médicas compartilhadas também prescindirá da imputação objetiva na medida em que um Direito Penal contencionista, voltado para uma política criminal retentiva não deve buscar partir do pressuposto de que o médico é criminoso, devendo o mesmo promover sua defesa e obter sua absolvição, senão que, constitucionalmente, partindo da sua inocência, devem os órgãos persecutórios demonstrar a objetividade e a subjetividade da imputação que se lhe não pode antecipar.

Sem receio do enfadonho, socorremo-nos de JUAREZ TAVARES para dizer que,

> "a questão da relação entre tipo e antijuridicidade, portanto, deve levar em conta, em primeiro plano, este sentido delimitativo da norma penal em face do exercício do poder estatal, e não o sentido de proibição ou de imposição de condutas. Em razão disso, essa relação só pode ser elucidada pela fixação das funções do tipo e das limitações da antijuridicidade naquelas duas fases a que nos referimos como base da elaboração de uma teoria do injusto. Esse tratamento que se dá à norma penal evidentemente pressupõe uma tomada de posição sobre o exercício do poder

---

[1607] ROXIN, Claus. *Derecho...,* p. 1007.
[1608] Inclusive, citando GÓMEZ PAVÓN, BATISTA, Nilo. Parecer: maus-tratos..., p. 178.
[1609] Como o interpreta PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal brasileiro*: parte geral, artigos 1° ao 120, v. I. 7. ed. São Paulo: RT, 2007, p. 378.
[1610] Assim entendendo, SOUZA SANTOS, Humberto. *Co-autoria em crime culposo e imputação objetiva*. São Paulo: Manole, 2004, p. 146: "Ao contrário do que afirmam alguns, a imputação objetiva *não substitui* a causalidade, mas a possui como *primeiro requisito.*"; BATISTA, Nilo. Parecer: maus-tratos..., pp. 178-179. Aparentemente, neste sentido, JAKOBS, Günther. *Derecho...,* p. 254: "*El principio de confianza sólo se necesita si el que confia ha de responder por el curso causal en sí, aunque outro lo conduzca a dañar mediante un comportamiento defectuoso.*"
[1611] Arrimando-se em JUAN BUSTOS RAMÍREZ, equivocadamente escreve JESUS, Damásio Evangelista de. *Imputação objetiva.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 23: "Foi nesse contexto que surgiu a teoria da imputação objetiva como "verdadeira alternativa à causalidade."

> de punir. ...Retomando uma correta assertiva de MACKIE, a questão deve ser posta em dois níveis: da liberdade individual e do poder de intervenção do Estado. Antes de mais nada, é preciso ressaltar que a garantia e o exercício da liberdade individual não necessitam de qualquer legitimação, em face de sua evidência. ...O que necessita de legitimação é o poder de punir do Estado... e esta legitimação não pode resultar de que ao Estado se lhe reserve o direito de intervenção. Isto seria falsear o problema, porque justamente aquele que está precisando legitimar sua força - o Estado -, é que se autoconfere direitos e por isso se autolegitima. Nestes termos, a legitimação seria manifestamente autopoiética. Com razão vem sustentando ZAFFARONI que o sistema penal, no qual se inclui o poder de intervenção, é irracional e, pois, carente de legitimidade. Mas, de qualquer modo, persiste a questão se e como se pode autorizar essa intervenção. ...Se seguirmos nossa proposta de elaboração de uma teoria do injusto, de modo que, numa primeira fase, devam ser questionados o tipo de injusto e os preceitos autorizadores da conduta, em face dos direitos fundamentais, o tipo não pode mais desempenhar o papel de indício da antijuridicidade. ...O injusto, entretanto, tem de ser analisado dialeticamente para que os direitos individuais não se vejam tolhidos por intervenções inoportunas. A análise dialética significa que os compartimentos do injusto - o tipo e a antijuridicidade -, não devem se situar como numa relação de causalidade, de antecedente para consequente, mas dependendo do caso concreto e da necessidade de proteção individual, possam ser apreciados separada ou conjuntamente. Essa análise dialética do injusto é imperativa por dois fundamentos. Primeiro, porque a delimitação dos poderes de intervenção do Estado não pode ser feita apenas com base nos enunciados, ainda que precisos, das normas proibitivas ou mandamentos, senão igualmente pelas normas permissivas. É que a função de delimitação que se atribui à norma não pode ser enfocada apenas no seu sentido formal, mas principalmente no sentido material, que dirá acerca da necessidade ou não da intervenção estatal. Só haverá ilicitude quando esgotados todos os recursos em favor da prevalência da liberdade. A operação que se deve fazer, conclui o professor, é exatamente no sentido inverso da que, normalmente, realiza a doutrina. Em vez de perquirir se existe uma causa que exclua a antijuridicidade, porque o tipo de injusto já a indicia, o que constituiria uma presunção *iuris tantum* de ilicitude, deve-se partir de que só se autoriza a intervenção se não existir em favor do sujeito uma causa que autorize sua conduta. Neste caso, o tipo não constitui indício de antijuridicidade, mas apenas uma etapa metodológica de perquirição acerca de todos os requisitos para que a intervenção do Estado possa efetivar-se. O segundo fundamento decorre do princípio da presunção de inocência, hoje positivado no artigo 5º, LVII, da Constituição. Caso se presuma que toda ação, embora criminosa, não possa ser atribuída com esta qualificação a alguém, antes que se verifiquem todas as possibilidades de sua exclusão, isto implica uma alteração na estrutura e na interpretação tanto das normas processuais penais quanto as normas penais. Em virtude disso, não se pode considerar indiciado o injusto pelo simples fato da realização do tipo, antes que se esgote em favor do sujeito a análise das normas que possam autorizar sua conduta."[1612]

De sorte que, sem razão JAKOBS quando sustenta que se não existisse o princípio da confiança um determinado agente teria que viver controlando a atividade das outras pessoas, em detrimento do exercício de suas próprias funções.[1613] Quem controla é o sistema punitivo que, mediante o poder punitivo, pune os selecionados. Ora, se não existe a função de controle por parte de alguém da equipe médica, como naqueles casos em que vários médicos, desconhecidos, chegam ao local de um acidente automobilístico, haverá, quando muito, autoria colateral, por conta da ausência de combinação, respondendo cada qual por sua conduta. Se existe a obrigação de controlar os demais médicos - *sempre dentro de limites razoáveis*[1614]*, sob pena de aliciar a teoria da proibição de regresso* -, o esculápio responsável pela fiscalização deles, e pela custódia contra ofensas ao bem jurídico, responderá por haver

---

[1612] TAVARES, Juarez Estevam Xavier. *Teoria...*, pp. 161-166.
[1613] JAKOBS, Günther. *Derecho...*, p. 255: "*Como mínimo, el tener que dedicarse a controlar la actividad ajena excluiría la dedicación plena a la actividad propia.*"
[1614] Segundo ROMEO CASABONA *apud* BATISTA, Nilo. Parecer: maus-tratos..., p. 179: "*...son supervisionados en general dentro de unos límites razonables.*"

infringido, dolosa ou culposamente, essa sua função[1615], e não por haver praticado, ele próprio, a ofensa ao bem do paciente-vítima, a menos, é claro, que tenha agido com dolo ou culpa pertinente ao próprio crime.[1616] O que, em toda medida, não pode desaguar no mesmo, a não ser sob a pena de lançar no nariz de cera de um mesmo desvalor da ação, condutas necessariamente desvaloráveis de forma diferente.[1617] O Direito Penal precisa eliminar essas equiparações falsas. No mais, também

> "*eso puede ser fundamentado con el principio de la autorresponsabilidad, según el cual el ámbito de responsabilidad del individuo se limita básicamente a su próprio actuar y sólo en caso de circunstancias especiales abarca también el actuar de otros, con la consecuencia de que, como regla, no hay por qué tomar en cuenta la posibilidad del actuar descuidado y no precavido de otros.*"[1618]

FIANDACA e MUSCO, ao menos no geral, se dirigem no mesmo sentido quando afirmam que,

> "*in proposito, la regola generale da cui vanno prese le mosse è la seguente: ogni partecipante ad uma attività medica di équipe risponde solo del corretto adempimento dei doveri di diligenza e di perizia inerenti ai compiti che gli sono specificamente affidati, perché solo in questa maniera ciascun membro del grupo è lasciao libero, nell'interesse del paziente, di adempiere in modo soddisfacente alle proprie mansioni*."[1619]

É claro - *e tudo o que vimos sobre o princípio da confiança o corrobora* - que não se pode dessumir disso a responsabilidade criminal do diretor técnico por qualquer delito ocorrido no ambiente hospitalar, pois isso configuraria a mais tacanha, e constitucionalmente vedada, responsabilidade objetiva.[1620]

Agora, tal qual faz LUÍS GRECO, cabe-nos unicamente perguntar se o referido princípio, como ele é compreendido atualmente, pode fornecer a solução para o problema da cumplicidade através de ações neutras. A primeira impressão, mais uma vez, é positiva, diz ele. A princípio, para os casos em que constrói

> "todos podem confiar que o terceiro vá se comportar licitamente. Afinal, o que o terceiro faz da contribuição que lhe foi prestada é problema exclusivamente seu, e não importa mais a quem quer

---

[1615] BATISTA, Nilo. Parecer: maus-tratos..., p. 183: "A posição de garantidor deflui de uma relação vital, integrada a uma assumida função de proteção do bem jurídico: essa relação vital, e só ela, promove a equiparação entre a causação do resultado e sua não evitação. O garantidor especial da modalidade omissiva do crime de maus-tratos - *v. g.* -, é o sujeito concretamente vinculado à finalidade de tratamento, sob cuja guarda se encontra a vítima. Este autor especial, que não pode sequer ser automaticamente instituído a partir da posição organizacional de supervisão (diretor técnico), muito menos pode ser deduzido do controle acionário da pessoa jurídica ou do desempenho de funções burocráticas nela. A ausência constante do controlador interfere no requisito presencial, pressuposto indispensável para a possibilidade de atuar, mesmo em sujeitos obrigados."

[1616] BATISTA, Nilo. Parecer: maus-tratos..., p. 181: "Uma boa prova disso é que, por mais que o Conselho Federal de Medicina estabeleça a responsabilidde do diretor médico pelos 'problemas decorrentes da atuação de acadêmicos', como vimos, a Justiça criminal irá responsabilizar o médico de plantão que confiou o paciente em situação delicada ao aprendiz inexperto, procurando assim o garantidor a partir da relação vital."

[1617] Mas, não que se esteja desprezando a advertência de BATISTA, Nilo. Parecer: maus-tratos..., p. 181: "Seria contraditório que aos dispositivos relativos à *lex artis* se outorgasse papel indiciário (jamais probante) do delito, e aos dispositivos sobre divisão do trabalho se negasse qualquer relevo, ainda que modesto como aquele."

[1618] Apesar dessa afirmação, o próprio STRATENWERTH, logo em seguida, entende-a de aplicação bastante restrita, *in* STRATENWERTH, Gunther. *Acción y resultado en Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 1991, p. 52 e seguintes.

[1619] FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto...,* p. 514.

[1620] BATISTA, Nilo. Parecer: maus-tratos..., p. 181.

> que seja. Uma tal conclusão seria, entretanto, apressada. E isto fica evidente, a partir do momento em que voltarmos as nossas atenções para aqueles fatos que são amplamente reconhecidos como as *limitações ao princípio da confiança*: o primeiros deles é a hipótese de haver pontos de apoio, indícios concretos no sentido de que o terceiro há de comportar-se ilicitamente. E isto é exatamente o que ocorre na quase totalidade dos casos de cumplicidade através de ações neutras."

Nesse caso, continua, não se podia confiar que o delito não se cometeria.

> "Ou seja, aplicar o princípio da confiança aos casos de ações neutras significaria considerá-las proibidas em sua quase totalidade. Em síntese, o princípio da confiança, apesar de amplamente aceito e reconhecido, não é capaz de lidar com os casos de cumplicidade através de ações neutras, porque nestes costuma haver indícios de que o fato principal venha a ser cometido, o que configura justamente uma das restrições à aplicabilidade do mencionado princípio."[1621]

Entretanto, ao entendimento de LUÍS GRECO deve ser dado o devido desconto, visto que, como se tem insistido, não é preciso um princípio da confiança para resolver tais casos, bastando-nos nos apegar à responsabilidade pessoal de cada agente, e ponto. De sorte que, deve-se sim, dimidiar a questão em duas vertentes, sendo a geral que parte do pressuposto de um, ao menos inicial, princípio da *confiança*, e outra excepcional que, considerando indícios sérios de futuro cometimento de crime, e ancorando-se na cumplicidade culposa ou mesmo neutra do facultativo, prescreve dever o médico pressupor uma agora *desconfiança* de que a conduta consequente será realmente lícita, com influência decisiva na potencial consciência da sua ilicitude e na exigibilidade de conduta diversa. A não ação nesse sentido ensejará sua cumplicidade. Portanto, a exceção não serve para afastar a regra geral da "confiança", que existe como mera expectativa, sem qualquer influência, senão, para reforçá-la, de novo, como mera expectativa fática, porquanto uma vez esteja ela frustrada deve o médico apegar-se ao seu potencial ou real conhecimento da nova situação, advinda desta frustração[1622] e, aí, decidir se atua ou não.

Com efeito, mesmo diante das colocações anteriores, deve-se rechaçar a hipótese - *já ultrapassada, a menos que haja, para a situação em questão, um frequente e ponderável aumento do risco*[1623] -, de se partir, nas relações médico-paciente, sempre de um *princípio da desconfiança*, sendo mais correta a conclusão contrária, malgrado a confiabilidade no facultativo, antanho, fosse muito mais facilmente espontânea, defensável e exigível. O que se tentou defender é,

---

[1621] GRECO, Luís Filipe. *Cumplicidade...*, pp. 27-30.

[1622] Nestes termos, FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto...*, p. 514: "*Ne consegue che al chirurgo capo-équipe non può muoversi alcun rimprovero se l'errore dell'urologo e dell'ostetrico si verifica in uma situazione di assoluta normalità, cioè che non dà ragionevole motivo al chirurgo di dubitare dell'operato diligente dei suoi collaboratori. Se la dimenticanza dei due medici direttamente responsabili della chiusura della operazione è invece dovuta ad uma situazione di difficoltà conosciuta o conoscibile da parte del chirurgo capo-équipe (ad l'iter operatorio), la responsabilità colposa per il decesso del paziente potrà gravare anche su di lui*."

[1623] ROXIN, Claus. *Derecho...*, p. 1004: "*Sin embargo, contra ello está el hecho de que en caso de un aumento del riesgo el principio de confianza pierde de inmediato su primacia*...". Por aí, também escreve CHAIA, Rubén A. *Responsabilidad...*, p. 201, nt. 5, que: "*Son múltiples las actividdes humanas creadoras de riesgo, pero indudablemente el ejercicio de la medicina, en cuanto incide directamente sobre la salud y la vida de las personas, a merced del acierto o desatino de profesionales, conlleva un plus especial de exposición y contingente peligrosidad; la atención, pericia y reflexión han de prodigarse en dosis mayores que en otros menesteres o dedicaciones. La práctica de la medicina exige cuidadosa atención a la lex artis, sin sentar apotegmas absolutos dada la evolución constante de la ciencia médica" (STS del 29/3/88)*".

exclusivamente que, invertida a situação de confiança para uma real ou potencial desconfiança, deve o médico, agora, reavaliar sua conduta, agindo de acordo com essa novel conjuntura, sob pena de, desrespeitando-a, praticar, ou participar de um crime.

6 OS PRINCÍPIOS (MEIOS OU FINS?) DA OFENSIVIDADE[1624], DA BAGATELA E DA INSIGNIFICÂNCIA

Antes de iniciarmos a discussão em torno destes princípios, vem a calhar um esclarecimento prévio sobre sua nomenclatura que, vez ou outra, destoa da correta. Muito se fala, erroneamente, antecipe-se, em *crime de bagatela*, esquecendo seus usuários que o uso desta expressão, além de não exprimir o que ela realmente pretende, é dizer, aqueles crimes cujo bem jurídico, malgrado importantíssimo à paz social (patrimônio, *v. g.*), é preenchido por um objeto jurídico (agulha, *v. g.*) - *material ou imaterial* -, cuja ofensa é sempre de nonada, pondo em segundo plano aquela agora ultrapassada importância - *como, por exemplos, o furto famélico de um pão deixado sobre a mesa da lanchonete do hospital, pertencente a um colega, ou, uma ocasional e exclusiva via de fato entre um médico e um enfermeiro, por conta desse mesmo furto* -, também confunde as ofensas aos objetos jurídicos dos crimes com a consideração que a sociedade presta aos mesmos - *como, por exemplos, o roubo com uso de arma de uma ampola de medicamento de baixo custo* -, onde, evidentemente, a irrelevância da ofensa ao objeto - *e, não do objeto em si (imagine o contrário, onde um enfermeiro mata para roubar um bisturi)* -, não autoriza à desconsideração social do desvalor da ação que, levado a termo pelo agente, ofende importantemente o bem jurídico. Com efeito, deve-se preferir o uso da expressão *princípio da bagatela* ou *princípio de nonada*, ao invés de *crime de bagatela*.

Por outro lado, quanto ao princípio da ofensividade, o problema se inverte na medida em que, malgrado inexistir incoerência entre ambas nomenclaturas, a quantidade de sinônimos para o mesmo se avoluma a cada dia, dificultando, muita vez, o reconhecimento de

[1624] Para saber mais sobre esse princípio, ver a obra de GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no Direito Penal. In* série as ciências criminais no século XXI, v. 6. São Paulo: RT, 2002, *passim*.

tratarem-se, todas, do mesmo princípio, facilitando, ao revés, o engodo do discurso penal. Já tendo, e continuando a estar sendo alcunhado de *princípio da ofensividade*, de *princípio da bagatela* e de *princípio da insignificância*, deve-se tomar cuidado para não incorrer no equívoco de reputá-las referentes a institutos distintos, quiçá por excesso de capricho técnico, e em atenção a eventuais pormenores, seguramente insignificantes e, aqui sim, não inofensivos, inobstante isto favoreça o discurso penal a manter-se de pé com o afastamento de um, como se estivesse englobando todos. Do contrário, daqui a pouco, e por mera luxúria acadêmica, estarão dizendo que o princípio da ofensividade não contém os crimes de mera atividade, tampouco os de perigo concreto, por inexistir, nestes, qualquer ofensa. Pois bem, afora o crime de furto privilegiado[1625], previsto no artigo 155, § 2º, do Código Penal, onde o magistrado competente para o seu julgamento, obrigatoriamente, deve diminuir as consequências penais da conduta, inclusive condenando o agente em mera multa quando as circunstâncias o aconselhem[1626], boa parte da doutrina, mais conservadora[1627] porém, ainda não admite sua aplicação, talvez porque não consiga se desgarrar de uma atenção exclusiva do desvalor da ação - *mormente por entender que, muita vez, uma conduta irrelevante para a sociedade pode não o ser para o indíviduo-vítima, como é o caso da médica, cleptomaníaca que furta, da colega de quarto, uma bijuteria de contas marinhas, de valor ínfimo, mas que fora presenteada a esta pela mãe já falecida em ocasião especialíssima, denotando um caráter sentimental inintrínseco ao próprio bem objeto da ação* -, é dizer, separado do desvalor do resultado que considerado o diminuto valor da ofensa ao bem, objeto da ação, reboca para patamar suportável pela sociedade este mesmo desvalor, tornando-o ínfimo para fins de eventual abalo social oriundo da prática do crime, nesse cabo de guerra em que o desvalor da ação tem ganhado cada vez mais força em razão de um aumento do poder punitivo que encontra mais conforto neste para promover seu embuste, do que no ambiente do desvalor de resultado, onde o discurso estaciona numa realidade mais sensível.

Pelo princípio da insignificância o ilícito penal, como ilícito especialmente qualificado, ilícito a que o Estado comina uma pena, deve apresentar certa gravidade, pois só as agressões mais intensas aos bens jurídicos mais valiosos consistirão ilícito penal. Daí decorre que os tipos penais devem ser interpretados restritivamente de modo a retirar de seu

---

[1625] Como o famélico, em que o criminoso furta - ou seja, não emprega violência ou ameaça -, alimentos para sua subsistência, como um pão, uma fruta *etc.* Seria o caso, *e. g.*, do facultativo que, quase ao final de seu plantão noturno, onde não pudera alimentar-se por conta de novo acidente que vitimara inúmeras pessoas, encontrando-se prestes a adentrar na sala de cirurgia, apreende uma maçã da sua colega plantonista, sem que esta saiba ou autorize.

[1626] "Aconselhamento" que, em nenhuma medida, contradiz a afirmação anterior, pois a referida obrigação de tratamento mais equânime ao criminoso primário, e que furta coisa de pequeno valor, sempre existirá, desde que - e aqui, vai o porquê da segunda afirmação modal -, a situação em que o furto tenha se produzido, enquadre-se nas exigências legais do art. 155, § 2º, do Código Penal, quais sendo, primariedade e valor diminuto do objeto apropriado.

[1627] E, aqui, não vai nenhuma discriminação, senão, uma mera constatação.

campo de aplicação aquelas atividades penalmente irrelevantes. A doutrina moderna parece considerar este princípio uma máxima geral de interpretação, de importância, porém, bastante modesta por motivo de seu baixo grau de precisão. Ele serviria, assim, principalmente, para excluir do campo dos tipos aquelas condutas e resultados que, já *prima facie*, sem qualquer sombra de dúvida, carecem de qualquer carga de desvalor[1628], desde que advenham de condutas culposas.

Todavia, a maioria dos escritores penais hoje, despregando-se da análise isolada do desvalor da ação[1629], vêem na diminuição da importância da ofensa ao objeto jurídico alcançado - *ou seja, em consideração ao princípio da bagatela* -, uma inofensividade que autoriza sim, com suporte no princípio da ofensividade, a desconsideração do crime como algo socialmente ilícito, esvaziando neste qualquer conteúdo de reprovação ou censura. Então, malgrado remanesça típica a conduta irrelevante, sob o ponto de visada da antijuridicidade ela passa a ser lícita, porque inofensiva e, por isso, aceita pela sociedade em geral. Ainda que o bem, objeto jurídico do crime, de acordo com a justificativa dos conservadores, possua um valor sentimental próprio do seu titular, ele não encontra repetição na sociedade que o encara, apenas, como economicamente irrisório e perfeitamente fungível, partindo daí a insignificância da sua ofensa, *v. g.*

Do embate dessas duas correntes, ao que parece, deve prevalecer a segunda, porquanto o Direito Penal, atualmente, não pode mais servir de panacéia[1630], avocando a pretensão de solucionar todas as questões intersubjetivas.

Do exposto e ao revés do que *prima facie* poderia parecer, facilmente se percebe que mesmo as condutas próprias dos médicos - *como violação de segredo ou emissão de atestado falso* -, dificilmente não poderão se privilegiar com a aplicação do princípio da bagatela ou da ofensividade que, advirta-se, não depende da natureza - *patrimonial ou não,* e. g. -, do bem violado, tampouco da importância sentimental ou econômica que este possua para a vítima – *pois, dez reais para um médico, não têm o mesmo valor que a mesma nota monetária para um mendigo, cuja mendicância influencia rigorosamente na análise do cabimento, ou não, daquele princípio* -, senão, sempre da importância da sua ofensa para a manutenção do discurso do sistema penal bem como da relevância que a sociedade lhe empresta, pois será isso que alimentará este mesmo discurso.

[1628] GRECO, Luís Filipe. *Cumplicidade...*, pp. 30-31.

[1629] GOMES, Luiz Flávio. *Princípio...,* p. 35 : "Isso significa, claramente, que está vedada a possibilidade de o legislador configurar o delito como uma *mera desobediência* ou *simples infração da norma* (imperativa) ou mesmo como simples *desvalor da ação* (é o que se dá no perigo abstrato, por exemplo), sem considerar qualquer ofensa a um bem jurídico ou mesmo a um autêntico bem jurídico."

[1630] Em respeito, inclusive, aos princípios da subsididariedade e fragmentariedade.

Por fim, como pode ser intuído, então não é possível o estudo dos princípios da bagatela e da ofensividade descolados do da *adequação social da conduta*.

7 CONCLUSÃO

Se não é natural, ao menos uma passada d'olhos nos tipos penais descortina que o discurso punitivo penal, vez ou outra, não se sustenta, apenas, em vetores penalísticos, senão, muita vez, em outros componentes que, embora lhe sejam externos, nele intervêm decisivamente. Assim, acontece com a medicina que, notadamente, tem intervindo no poder punitivo, geralmente, ampliando-o, ora formalmente, ora de maneira camuflada. Afora, portanto, uma intervenção discursiva médica evidente, como no caso do artigo 121, do CP, onde quem decide se a vítima está ou não morta é a medicina, existe uma outra apresentação do discurso médico, menos pomposa e aparente, mas não menos determinante. Além disso, especificamente, existe, para não fugir da regra, um subsistema penal médico infrasuperfície que se apresenta quando o poder médico desvia órgãos transplantáveis, burlando a fila (que)de (des)espera - *e que, normalmente, devia ser um uso social* praeter legem*, respeitado* -, mas, também, quando o corpo médico de um hospital - *exercendo funções administrativas* -, frauda um certame licitatório, ou desvia verbas públicas, em detrimento do menor preço ou apresentando uma conta que não passa de um embuste, respectivamente. Detrás das cortinas ainda pode se apresentar um espetáculo de poder, inclusive com disputas internas, cujo exercício em si, em quase toda medida, porém, colima manter, essencialmente, a hegemonia do discurso médico, não se descartando entrementes, de lambuja, se possível, quem sabe ampliá-lo, o que acontecerá, e aqui se aproveita do que sentenciou WACQUANT para outra situação, é dizer, com "a segunda parte da inovação tecnológica, em matéria de... biometria, telemedicina etc."[1631] Portanto, é assim que o Direito Penal Médico, insaciavelmente, autoalimenta-se - *e com direito a*

[1631] WACQUANT, Loïc. *As prisões...*, p. 89.

um nidro na nossa face, após o jantar! -, realizando aquela anedotazinha sem graça onde aquele arremedo de médico, numa paródia de exercício da medicina, admoesta o próprio filho que, recém-formado, cura o doente cuja manutenção do estado de morbidez, escandida adrede pelo pai, custeou-lhe os estudos.

Ora, como restou demonstrado na dissertação, a invasão e a apropriação do corpo do indivíduo pelo discurso médico visou a interesses mais remotos dos individuais que dos coletivos burgueses, reelaborados, agora, em neoliberais, tendo razão FREIRE COSTA quando sustenta que se a dependência da família burguesa para com agentes educativo-terapêuticos remonta às elites oitocentistas, sua atualmente idêntica dependência também é inegável, tutelando a medicina social, mediante uma política higiênica, aquela que pouco a pouco contentou-se em reduzir-se ao apelo para os especialistas médicos a fim de resolverem seus problemas domésticos.[1632] Indiciariamente, "isto prova que os atos insignificantes preparam os mais importantes."[1633]

Com a ascenção da burguesia, que passou a reter o domínio do discurso, "a vida privada dos indivíduos foi atrelada ao [seu] destino político...; ...o corpo, o sexo e os sentimentos conjugais, parentais e filiais passaram a ser, programadamente, usados como instrumentos de dominação política e sinais de diferenciação social daquela classe [a burguesia]."[1634] A questão era saber se a higiene foi causa ou efeito nesse contexto[1635], não se esquecendo, o que não significa considerar, o que disse WEBER, *i. e*., "a ação social real se desenvolve, normalmente, com escassa ou nenhuma consciência do sentido por parte dos agentes participantes; eles antes 'sentem' do que 'sabem'."[1636]

[1632] COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...,* p. 12.
[1633] Citando, ADOLPHO ALVES SIMÕES BARBOSA, FREIRE COSTA, Jurandir. *Ordem...,* p. 203.
[1634] COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...,* p. 13.
[1635] Criticando, *prima facie*, JURANDIR FREIRE COSTA que a entende como causa, mas, ao final, aceitando suas conclusões, veja PEREIRA, José Carlos de M. *A explicação...,* pp. 124-125 e 129-130: "Às vezes, a análise resvala para o terreno perigoso de tomar a higiene como causa das transformações às quais se faz referência. Mas de modo geral, ela se mantém fiel à consideração de que as medidas higienizadoras constituíam um efeito das transformações socioeconômicas relativamente profundas (e que são dadas por conhecidas) que se produziram no Brasil, com sua integração mais intensa ao capitalismo mundial. ...O autor, no nosso entender, exagera na racionalidade que atribui ao Estado brasileiro na utilização dos higienistas como instrumento de modelação da família burguesa. ...Em relação ao trabalho de JURANDIR FREIRE COSTA, poder-se-ia fazer aqueles reparos já mencionados. O primeiro, de atribuir aos agentes sociais da história, principalmente ao Estado, uma racionalidade praticamente impossível de ocorrer em condições sociais concretas. O segundo, de imputar à higiene a característica de condição por demais determinante, sem se referir à sua característica funcional: a de efeito. É como se ela tivesse sido, por si só, um dos fatores mais significativos na adequação dos hábitos, costumes e comportamentos da família burguesa do Rio de Janeiro de meados do século XIX. Pela análise do material histórico utilizado, fica claro que esse papel foi importante. Mas tendo sido alteradas as bases econômicas da vida social, as relações sociais e a ideologia que as sustentava teriam, inevitavelmente, de acompanhar a mudança fundamental. Nesse sentido, a própria revolução da higiene, representada pela nova maneira de encarar o corpo e as relações sociais, constituiu um fruto daquelas transformações. Em outras palavras, a higiene fazia parte de um complexo de causas e efeitos. O autor a tratou como condição determinante em vez de efeito, porque foi essa a perspectiva que adotou. Sem dúvida, tal tratamento produziu resultados interpretativos interessantes e aceitáveis."
[1636] PEREIRA, José Carlos de M. *A explicação...,* p. 167.

Agora, alguém deve estar se perguntando, quiçá ansiosamente, se o que realmente foi sustentado, e com uma desfaçatez surpreendente, foi que a medicina, sobretudo a social, significou um mal para o povo brasileiro. Em resposta a essa suposta indagação, ficou respondido, absolutamente, que não e que sim. Que sim, porque admoesta, um pouco exageramente talvez, FREIRE COSTA: "quando observamos os resultados da educação higiênica, uma conclusão se impõe: a norma familiar produzida pela ordem médica solicita de forma constante a presença de intervenções disciplinares por parte dos agentes de normalização. De fato, muitos dos fenômenos apontados, hoje em dia, como causas da desagregação familiar, nada mais são que consequências históricas da educação higiênica. Em outros termos, as famílias se desestruturaram por terem seguido à risca as normas de saúde e equilíbrio que lhes foram impostas."[1637, 1638] Que não, por outro viés, porque restou patenteado que o domínio discursivo - *atrelado a um cientificismo que impede os médicos de perceberem que o exercício da lex artis tem sempre, e necessariamente, um reflexo político, bem como de reverem as matrizes sociais da ciência médica*[1639] -, retirado da medicina poderia cair em mão menos habilidosa, e que o exercício da medicina, de *per se*, olvidando seu poder simbólico, teria algo, realmente, de bom. Resumindo, ficou consignado que tem razão FREIRE COSTA quando afirma: "que a família sofre e precisa ser ajudada, não há dúvida!"[1640], e, "no que diz respeito ao progresso científico da higiene, seus benefícios para os indivíduos são inegáveis. Não se trata de negar ou desvalorizar a importância destes fatos. O que importa é notar que a própria eficiência científica da higiene funcionou como auxiliar na política de transformação dos indivíduos em função das razões de Estado.

Foi porque a medicina era, de fato, empírica e conceitualmente científica que sua ação política foi mais operante.[1641] Diante de um saber colonial estribado em noções médicas dos séculos XVI, XVII e XVIII, pré-experimentais e em sua quase totalidade filosóficas e especulativas, a higiene surgiu arrasadoramente convincente. No entanto, ficou sublinhado que sua força foi impulsionada pelo interesse político do Estado na saúde da população. No caso brasileiro esta evidência é incontestável. O Estado brasileiro que nasce com a abdicação[1642] é o moto-propulsor do súbito prestígio da higiene.[1643] A atividade médica coincidia e reforçava a solidez de seu poder. Por isso recebeu seu apoio."[1644]

[1637] COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...,* p. 15.
[1638] Sobre os exageros desta concepção, veja PEREIRA, José Carlos de M. *A explicação...,* pp. 124 a 130.
[1639] COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...,* p. 16.
[1640] COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...,* p. 17.
[1641] Outros motivos, porém, podem ser encontrados em COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...,* p. 63.
[1642] Sobre o assunto, veja COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...,* p. 148.

De bom, portanto, seria aquele algo que, afastando o controle terapêutico arrimado numa fabricada fragilidade do indivíduo em razão da sua insubmissão às normas de saúde - *como o cão que rotaciona amiúde, perseguindo a calda* -, entende a medicina não imprescindível ao invés de não prescindível, porquanto o contrário, segundo FREIRE COSTA - *i. e*., "mais exercícios físicos, mais educação sexual, mais ginásticas mentais e mais esforços intelectuais" -, ensejaria "inevitavelmente... maior disciplina, maior vigilância e maior repressão"[1645], em sinonímia, maior poder de dominação discursivo-simbólica que, inclusive, alcançou "matas, pântanos, rios, alimentos, esgotos, água, ar, cemitérios, quartéis, escolas, prostíbulos, fábricas, matadouros e casas."[1646, 1647] Então,

> "não se trata de negar a desorientação e o sofrimento emocional que perseguem os indivíduos urbanos às voltas com seus dilemas familiares. A dúvida consiste em saber se os remédios propostos, ao invés de sanarem o mal, não irão perpetuar a doença. O problema começa quando percebemos que a lucidez científica das terapêuticas dirigidas às famílias escondem, muitas vezes, uma grave miopia política. Miopia que tende a abolir, no registro do simbólico, o real adjetivo de classe existente em todas estas lições de amor e sexo dadas à família."[1648]

Todavia, seria embalde dizer que o direcionamento assumido pela medicina foi volitivo, porque, sinceramente, ficou demonstrado que não o foi. E não o foi porque o poder emblemático, como sabido, é exercido por e contra pessoas que desconhecem essas suas respectivas condições de dominantes e dominados. Portanto, como ensina FREIRE COSTA,

> "é quase supérfluo notar que não houve intencionalidade finalista no manuseio recíproco desses interesses. Medicina e Estado convergiram, mas também divergiram, por vezes, tática e estrategicamente. Nem sempre os dois poderes reconheceram o valor da aliança que haviam estabelecido. Só historicamente é possível perceber que em meio a atritos e fricções, intransigências e concessões, estabilizou-se um compromisso de mão dupla vazado na salubridade: o Estado aceitou medicalizar suas ações políticas, reconhecendo o valor político das ações médicas"[1649],

---

[1643] Citando ROBERTO MACHADO *et alii*, veja COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...,* p. 56: "Coincidindo com a ascensão do Estado nacional, a higiene médica experimentou um significativo progresso em sua expansão. Em 1829 é fundada a Sociedade de Medicina e Cirurgia do Rio de Janeiro. Essa entidade representava o grupo médico que lutava por se impor junto ao poder central como elemento essencial à proteção da saúde pública e, por extensão, à ordenação da cidade. Em 1832 este grupo obtém uma vitória expressiva em seus avanços para o poder. Naquela data as sugestões contidas nos relatórios da Comissão de Salubridade, setor da Sociedade, são incorporadas ao Código de Posturas Municipais do Rio de Janeiro. Aproximadamente vinte anos depois, em 1851, o Estado cria a Junta Central de Higiene Pública, que confirma e estende a participação da higiene nos cuidados da população."

[1644] COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...,* p. 32.

[1645] COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...,* p. 16.

[1646] Especialmente, alcançando as residências, veja o que diz FRANCISCO DE PAULA CANDIDO *apud* FREYRE, Gilberto. *Sobrados...*, pp. 433-434: "Do ponto de vista da higiene, a habitação antiga prestava-se a todo tipo de crítica. Sua arquitetura fechada, impermeável ao exterior, elaborada para responder ao medo dos 'maus ares', ventos e miasmas foi duramente atacada pelos médicos como insalubre e doentia: 'As casas do Rio de Janeiro parecem destinadas antes à Lapônia ou à Groenlândia do que à latitude tropical... uma fatal alcova, dormitório predileto; escura e modesta sala com um corredor escuro; uma sala de jantar, de costurar, de tudo, exceto de saúde, pouco mais escura que a sala da frente, mas munida de infalível alcova, mediante ou não outro corredor, a cozinha térrea."

[1647] COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...,* pp. 30 e 184 a 187.

[1648] COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...,* p. 17.

[1649] COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...,* pp. 28-29.

e com vantagens para ambos[1650] que, dividindo o poder, conquistaram. A medicina, mais rápida e mais adequada aos problemas salutares apresentados na ocasião e, alerta FREIRE COSTA, "servindo-se de técnicas análogas às da militarização"[1651], suprimia a "inoperância da burocracia"[1652], enquanto o Estado com seu poder hegemônico, cuja amplidão e descentralização impediam um controle atuarial mais escorreito, abria brechas em seu corpo para a permanência parasitária daquela.

Como o tema merece mais atenção, aproveita-se agora de uma passagem de DEBORD, escrita para outra situação, para dizer que como já não era hora de idéias, era hora de fatos e atos[1653], como "a ignorância... nunca deixou de servir ao poder estabelecido"[1654], malgrado a mediação entre teoria e prática, ainda segundo ele, possibilitasse que os proletários deixassem "de ser espectadores dos acontecimentos ocorridos em sua organização, mas conscientemente" passem [passassem] a escolhê-los e vivê-los"[1655], como, ainda esposando o mesmo, "os fatos ideológicos nunca foram simples quimeras, mas a consciência deformada das realidades, e, como tais, fatores reais que exercem [exercessem] uma real ação deformante"[1656], como, outrossim, "o fato de já não ter contestação conferiu à mentira uma nova qualidade"[1657], e como uma das características do discurso espetacular, no dizer do mesmo, é reconstituir-se sempre que haja representação independente[1658], o discurso médico simbólico higienizador, suscitando, como percebeu FREIRE COSTA, "o interesse do indivíduo por sua própria saúde"[1659], difundiu-se, assustadoramente, ampliando seu alcance através de uma via de mão única, porquanto se a medicina vendia uma novidade, é óbvio, e aqui plagia-se DEBORD para interpolar e dizer, que ela tinha "todo o interesse em fazer desaparecer o meio de aferi-la"[1660], exclusivamente com o intuito de, prescindindo do Estado, assumir, sozinha, o

---

[1650] COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...,* p. 64: "Os trabalhos médicos sobre a higiene mostram como, no nível do saber, essa troca de favores entre medicina e Estado foi teorizada. Um mesmo eixo lógico orientava todos eles. De início, o fenômeno físico, cultural ou emocional era aspirado e convertido em fato médico e, em seguida, reinjetado no tecido social conforme a articulação prevista. Desta forma, o repertório de sentimentos e conduta antes administrado pela família era encampado pela medicina e, através dela, devolvido ao controle estatal."
[1651] COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...,* pp. 29 e 48.
[1652] Nesse sentido, COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...,* p. 29.
[1653] DEBORD, Guy. *A sociedade...*, pp. 62-63.
[1654] DEBORD, Guy. *A sociedade...,* p. 199.
[1655] DEBORD, Guy. *A sociedade...,* p. 78.
[1656] DEBORD, Guy. *A sociedade...,* p. 137.
[1657] DEBORD, Guy. *A sociedade...,* p. 176.
[1658] DEBORD, Guy. *A sociedade...,* p. 18.
[1659] COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...,* p. 29. As razões disso e como isso foi conseguido, estão em *idem,* p. 63.
[1660] DEBORD, Guy. *A sociedade...,* p. 178; em sentido contrário, ancorando-se em JOAQUIM JOSÉ DOS REMÉDIOS MONTEIRO, COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...,* pp. 213-214: "Julga-se que o vulgarizar a medicina pelo povo poderia induzi-lo a praticá-la e fiar-se de si mesmo em vez de recorrer aos profissionais; o contrário porém é o que sucede. As pessoas mais instruídas nesta matéria são ordinariamente as mais dóceis e as que buscam os conselhos dos médicos, enquanto os ignorantes são os mais ousados em exercitar a arte e mais prontos a desconfiar dos médicos."

monopólio do discurso[1661] e, assim, poder catequizar – *pois a medicina utilizou-se de uma "pedagogia jesuíta"*[1662] -, medicamente, também sozinha, os novos conversíveis das necessidades neoliberais, domesticando-os mediante um adestramento pautado pelos interesses da nova elite urbana.

Como é preciso, para manter a estrutura dominal já adquirida - *porquanto, ensina* DEBORD, *"a estrutura é filha do poder"*[1663] -, manter, pelo menos, o *quantum* de poder simbólico já obtido, embora o mister de mais poder, sendo insatisfazível, sempre recepciona bem qualquer aumento[1664] - *pois é o poder que recria o poder* -, parece evidente que a medicina tenha reinventado - *ainda que reincidindo, copiosamente, nas mesmas características da morbidade original* -, constantemente, uma necessidade para, diante dela, apresentar-se como única solução. Então, invertendo a advertência de DEBORD, ousa-se afirmar que: também é possível conservar a coisa quando o nome foi mudado em segredo.[1665] Com efeito, parece incontestável FREIRE COSTA quando, menos ou mais nesses mesmos termos, expõe que

> "essa estratégia, no entanto, criava seus próprios limites e exigências. Os higienistas, para manterem viva a situação de tradutores exclusivos do obscuro, vão ser obrigados a inventar, cada vez mais, fatos, distinções e classificações novas do corpo dos indivíduos e do sentimento da família. As diferenciações vão tender para o infinito. O nominalismo da higiene, como já se pôde observar, correspondia à persistência da medicina classificatória do século XVIII no interior da medicina anátomo-clínica do século XIX. No caso da psiquiatria, esse fato é, particularmente, expressivo. Entretanto, outros motivos explicavam a insistência da medicina higiênica em dominar e classificar, exaustivamente, fenômenos físicos e sentimentais. A necessidade de apresentar o banal sob o signo do insólito era uma condição necessária à implantação da hegemonia médica. A medicina social criava o fato médico inédito e apresentava-o à família que, atônita, descobria no saber higiênico a prova de sua incompetência."[1666]

Oportunistas, os médicos, mormente os da higiene, sempre souberam aproveitar o momento consentâneo - *nunca sem o pressuposto autorizativo do Estado, seja por ação, seja por omissão* -, para, estrategicamente, fomentar seu poder, infinitamente. Eles, nos fala FREIRE COSTA, "faziam um jogo duplo: por um lado, mostravam o mundo como fascinante. Por outro, como perverso. Procuravam demonstrar que para abordá-lo era preciso prudência, mas, sobretudo, ciência. A imoralidade e o sofrimento espreitavam incautos, prontos a tragá-los. A cidade

---

[1661] COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...*, p. 76: "No séc. XIX, a medicina vai lutar tenazmente contra esta situação, procurando monopolizar o saber e condensar na figura do médico o direito de assistir os doentes.".
[1662] COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...*, p. 48.
[1663] DEBORD, Guy. *A sociedade...*, p. 131.
[1664] COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...*, p. 147: "O outro tipo de ganho resultou de um compromisso. Medicina e família, enquanto se batiam, foram chegando, aos poucos, a um acordo. A primeira tiranizava a segunda, que se deixava dominar, mas em troca da participação no próprio poder médico. Após capitular diante da medicina, de reconhecer o valor do corpo e da moral sadia, a família passou não só a consumir como a difundir serviços médicos. De consumidora passiva, passou a produtora e comerciante. Começou a produzir seus próprios médicos. Começou a enaltecer sua figura. Alterou o sentido de seus investimentos: em vez do 'filho-padre', o 'filho-doutor'. O 'médico de família' foi uma vitória da higiene; o 'filho-médico' foi um tratado de armistício entre os dois poderes. Apropriando-se do médico, o grupo familiar não mais se opôs à higiene. Pelo contrário, ajudou-a a expandir-se, pois já estava participando dos seus lucros."
[1665] Sobre o original, DEBORD, Guy. *A sociedade...*, p. 193: "É possível conservar o nome quando a coisa foi mudada em segredo (seja cerveja, bife ou um filósofo)."
[1666] COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...*, p. 71.

burguesa que, através da higiene, ia sendo saneada de pestes e epidemias, via-se agora, através da mesma higiene, contaminada por uma infinidade de misérias morais."[1667] E, quando percebiam que estavam perdendo prestígio, reinventavam os argumentos que convenciam os terceiros da sua necessidade, como no caso do "mundo obsceno, moralmente destrutivo [que] foi inventado para criar na família terror ao exterior e ternura pelo convívio íntimo. Este artifício desacelerava o movimento de sociabilidade que parecia fugir ao controle médico."[1668] Os médicos, que estavam "sempre à mão, aproveitavam cada consulta para resolver certos problemas e deixar plantados os germes de novas dificuldades. Observados os efeitos do que eles próprios criavam, reforçavam a convicção de que a prática confirmava a teoria. Acreditavam que, em todos estes momentos, intervinham como solícitos portadores de neutras soluções científicas."[1669]

Por outro lado, concluiu-se que era realmente preciso reconhecer que DEBORD estava certo quando dizia, já no segundo terço do século passado que

> "a medicina moderna, por exemplo, conseguiu se fazer considerada útil por algum tempo, e os que haviam vencido a varíola ou a lepra eram bem diferentes dos que capitularam vergonhosamente diante das radiações nucleares ou da química agroalimentar. É fácil perceber que hoje a medicina já não tem o direito de defender a saúde da população contra o ambiente patógeno, porque isso significa opor-se ao Estado[1670], ou apenas à indústria farmacêutica. Mas não é só pelo que ela é obrigada a calar que a atual atividade científica confessa aquilo que se tornou. Muitas vezes é também pelo que ela tem a simplicidade de dizer. Ao anunciar em novembro de 1985, após uma experiência de oito dias com quatro doentes, que talvez tivessem descoberto um remédio eficaz contra a Aids, os doutores EVEN e ANDRIEU, do hospital Laënnec, provocaram dois dias depois, quando os doentes morreram, certas reservas por parte de médicos menos progressistas ou talvez invejosos, quanto ao modo precipitado como os dois pesquisadores logo registraram o que não passava de uma aparente vitória - algumas horas antes da derrocada. Os dois se defenderam sem se perturbar, afirmando que 'afinal, mais vale uma falsa esperança do que esperança alguma'. Em sua imensa ignorância nem perceberam que esse argumento é, em si, a negação completa do espírito científico: ele sempre serviu, historicamente, para encobrir as lucrativas quimeras dos charlatães e feiticeiros, na época em que não lhes entregavam a direção de hospitais."[1671]

Ou seja, em certa medida, no embate pelo poder hegemônico, a medicina parece estar perdendo o domínio sobre o discurso e, parafraseando RADBRUCH, aqui posto em dúvida, para ser substituída por algo melhor do que ela? Ou, quem sabe, exorcizando o diabo com o belzebu.[1672]

Enfim, deve-se comungar com BOURDIEU quando ele diz:

> "como não evocar... o caso dos juristas que, à custa de uma 'piedosa hipocrisia', estão em condições de perpetuar a crença de que seus vereditos encontram seu princípio não em restrições externas, sobretudo econômicas, mas nas normas transcendentes de que são os guardiães? O

[1667] COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...,* p. 134.
[1668] COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...,* p. 136.
[1669] COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...,* p. 139.
[1670] Historicamente, dava-se o contrário. Se não, veja COSTA, Jurandir Freire. *Ordem...,* p. 63: "Todo o trabalho de persuasão higiência desenvolvido no séc. XIX vai ser montado sobre a idéia de que a saúde e a prosperidade da família dependem de sua sujeição ao Estado."
[1671] DEBORD, Guy. *A sociedade...,* pp. 198-199.
[1672] HASSEMER, Winfried. *Introdução...,* p. 432.

> campo jurídico não é o que acredita ser, isto é, um universo puro de todo comprometimento com as necessidades da política ou da economia. Mas o fato de que consiga fazer-se reconhecer como tal contribui para produzir efeitos sociais inteiramente reais e, em primeiro lugar, sobre os que têm por profissão dizer o direito. Mas o que será dos juristas, encarnações mais ou menos sinceras da hipocrisia coletiva, caso se torne de notoriedade pública que, longe de obedecer a verdades e a valores transcendentes e universais, eles estão trespassados, como todos os outros agentes sociais, por restrições como as que exercem sobre eles, subvertendo os procedimentos e as hierarquias, a pressão das necessidades econômicas ou a sedução dos sucessos jornalísticos?"[1673]

Mutatis mutandis, o mesmo vale para os médicos e para a medicina.

Em resumo, na lição de SCHWARCZ,

> "é hora de refletir.... Aí estão os 'homens de direito' e de 'medicina'. Uns com a lei, outros com o remédio. Em ambos apenas uma certeza: a vontade de ter nas mãos o comando dos destinos dessa pobre nação. Visto por este prisma, talvez o debate tenha mesmo se concentrado entre as escolas de direito e medicina. Instaurada uma espécie de disputa pela hegemonia e predomínio científico, percebem-se dois contendores destacados: de um lado o remédio, de outro a lei. O veneno previsto por uns, o antídoto na mão dos outros."[1674]

A história do Direito Penal Médico, portanto, estende-se desde a coisificação do paciente, reputado mero objeto da atuação médica, até a sua consideração como sujeito principal da relação médico-paciente, em que sua vontade deve ser relevada, à exceção das situações em que está em posição sobranceira a tutela da saúde pública[1675], mas, obviamente, não como veículo para a manutenção e, ou, ampliação do discurso médico de *per se*. Por outro lado, sejamos convinháveis em admitir com BUARQUE DE HOLANDA, que, como visto, "a inclinação geral para as profissões liberais" interpretada "como aliada de nossa formação colonial e agrária, e relacionada com a transição brusca do domínio rural para a vida urbana, não é, aliás, um fenômeno distintamente nosso", pois, se "apenas, no Brasil... fatores de ordem econômica e social - comuns a todos os países americanos -, devem ter contribuído largamente para o prestígio das profissões liberais, convém não esquecer que o mesmo prestígio já as cercava tradicionalmente na mãe-pátria."[1676] Ademais,

> "a dignidade e importância que confere o título de doutor permitem ao indivíduo atravessar a existência com discreta compostura e, em alguns casos, podem libertá-lo da necesidade de uma caça incessante aos bens materiais, que subjuga e humilha a personalidade. Se nos dias atuais o nosso ambiente social já não permite que essa situação privilegiada se mantenha cabalmente e se o prestígio do bacharel é sobretudo uma reminiscência de condições de vida material que já não se reproduzem de modo pleno, o certo é que a maioria, entre nós, ainda parece pensar nesse particular pouco diversamente dos nossos avós. O que importa salientar aqui é que a origem da sedução exercida pelas carreiras liberais vincula-se estreitamente ao nosso apego quase exclusivo aos valores da personalidade. Daí, também, o fato de essa sedução sobreviver em um ambiente de vida material que já a comporta dificilmente. Não é outro, aliás, o motivo da ânsia pelos meios de vida definitivos, que dão segurança e estabilidade, exigindo, ao mesmo tempo, um mínimo de esforço pessoal, de aplicação e sujeição da personalidade, como sucede tão frequentemente com certos empregos públicos."[1677]

[1673] BOURDIEU, Pierre. *Sobre...,* p. 116.
[1674] SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo...*, pp. 238 e 241.
[1675] CHAIA, Rubén A. *Responsabilidad...,* p. 23.
[1676] HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes...*, pp. 156-157.
[1677] HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes...,* p. 157.

E o prestígio relatado acima influencia sobremodo na dominação do discurso pelos médicos e pela medicina. É que, como o discurso médico é técnico por excelência, e justamente porque é somente como técnico que ele se indisponibiliza aos dominados - *o ritual de não-permutabilidade, de que fala* FOUCAULT[1678] -, e como toda estratégia corre sempre o risco de, repetindo-se, poder ter suas técnicas aprendidas e apreendidas por quem não retém, por enquanto, o poder sobre o discurso - *o ritual de apropriação de segredo, explicado por* FOUCAULT[1679] -, essa eloquência médica precisa se atualizar amiúde, evitando, assim, qualquer acessibilidade dos não credenciados e não abastecidos, previamente, com uma comunicação social suficiente.

Portanto, a detonação de estratégias interventivas pelo discurso médico se reitera a cada nova oportunidade. Uma das últimas, mas, sem dúvida, a mais espetacular e impressionante foi em 1940. Ano em que "o Estado Novo aprova o Código Penal".[1680] Como ensinam ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA e SLOKAR,

> "a história do código de 1940 e do sistema penal que se constitui tomando-o como referência programadora axial tem raízes no conjunto de transformações implantadas a partir da chamada revolução de 1930. Politicamente, 1930 exprime uma reação contra o federalismo exacerbado da primeira República, que se materializou na 'política dos governadores' apoiada no mandonismo local dos 'coronéis'.... Economicamente, 1930 marca a ruptura com a teoria liberal do estado gendarme... e a consequente implantação de um estado intervencionista. ...Socialmente, 1930 é sobretudo o ponto de partida para a 'incorporação da classe trabalhadora ao cenário político da sociedade brasileira.... A incorporação do proletariado foi instrumentalizada pela legislação previdenciária - que das Caixas de Previdência, em 1931, chegaria aos Institutos de Aposentadoria e Pensões das diversas categorias profissionais, envolvendo assistência médica e programas habitacionais -, pela organização sindical... e pelas leis trabalhistas. ...Paralelamente à configuração dessa nova economia nacional... edifica-se um Estado intervencionista e previdenciário. As cidades... começam a crescer, na razão direta da oferta de postos de trabalho industriais."[1681]

Ora, a difusão político-administrativa, o quase abandono do modelo agro-exportador, preterido pelo crescimento industrial, e a instalação de um intervencionismo estatal, sobretudo previdenciário, explicam, em parte, os porquês de os crimes contra a vida constarem na primeira rubrica capitulária - *como sabido, a que elenca os crimes reputados como mais ofensivos e importantes* -, da parte especial do nosso Código Penal quase septuagenário. É que o Estado intervencionista, porque preocupado em controlar as relações de mercado, teve que se

---

[1678] FOUCAULT, Michel. *A ordem...*, pp. 40-41: "Mas que ninguém se deixe enganar; mesmo na ordem do discurso verdadeiro, mesmo na ordem do discurso publicado e livre de qualquer ritual, se exercem ainda formas de apropriação de segredo e de não-permutabilidade. ...Mas existem ainda muitas outras que funcionam de outra maneira, conforme outro regime de exclusividade e de divulgação: lembremos o segredo técnico ou científico, as formas de difusão e de circulação do discurso médico...."

[1679] FOUCAULT, Michel. *A ordem...,* p. 40.

[1680] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...,* v. 1, p. 463.

[1681] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...,* v. 1, pp. 459 a 461.

imiscuir, mediante auxílio do discurso médico, no nosso capitalismo atrasado, reequacionando e reequilibrando as diferenças sociais e trabalhistas.[1682]

Então, como teria se dado, realmente, o conúbio entre medicina e direito? Qual teria sido a amálgama que os uniu e os une em desfavor da liberdade do indivíduo e da sociedade? Bem, agora já se pode concluir que esse esposamento pressupõe algumas coisas.

Uma delas é a passagem de uma medicina individual para outra coletiva. A outra, a normalização e a regulamentação da vida, tanto advindas do direito quanto da medicina. Outra, o novo conceito de tempo, advindo da burguesia. Por fim, a chegada de uma sociedade de risco.

Mas, como aquela passagem foi possível? Bom. Aqui, o cão rotaciona atrás da calda. Incipiente, a intervenção médica, bem ou mal, gerou certa sensação de conforto e segurança, acreditando as pessoas, muito provavelmente de forma inocente, que, deixar-se medicalizar é viver, viver mais e melhor. Ou pior, deixar viver a posteridade, gerando-se, com isso, filhos. Assim, essa falsa sensação de melhoria corporal espraiou-se para além do indivíduo, indo encontrar o outro que, receptivo e cheio de amor, ajudou a cunhar uma massa de futuros despossuídos - *ou desapropriados pelo liberalismo e pelo seu filho primogênito, o neoliberalismo* -, inservíveis naqueles momentos em que se percebe que "quanto mais liberdade se concede aos negócios, mais cárceres precisam ser construídos para aqueles que padecem com os negócios."[1683] Enquanto isso, eles, alheios à armadilha que a medicina lhes pregava, produziam mais e mais corpos que seriam dispostos ao controle trial mediante o manejo dos seus corpos, das suas mentes e das suas almas.

Com isso, surgiu a *massa*. É dizer, como escreveu GALEANO em *As veias abertas da América Latina*,

> "o sistema não previu este pequeno incômodo: o que sobra é gente. E gente se reproduz. Faz-se o amor com entusiasmo e sem precauções. Cada vez resta mais gente à beira do caminho, sem trabalho no campo, onde o latifúndio reina com suas gigantescas terras improdutivas, e sem trabalho na cidade, onde reinam as máquinas: o sistema vomita homens."[1684]

Todavia, essa massa, tanto no começo, quanto depois, foi de grande serventia para a medicina. Talvez, em razão do que escreveu CANETTI:

> "Somente na *massa* é possível ao homem libertar-se do temor do contato. Tem-se aí a única situação na qual esse temor transforma-se no seu oposto. E é da massa *densa* que se precisa para tanto, aquela na qual um corpo comprime-se contra o outro, *densa* inclusive em sua constituição psíquica, de modo que não atentamos para quem é que nos 'comprime'. Tão logo nos entregamos à massa não tememos o seu contato. Na massa ideal, todos são iguais. Nenhuma diversidade

[1682] E, tanto, que é nessa época que os sindicatos se organizam, é criada a Justiça do Trabalho e editada a Consolidação das Leis do Trabalho. *In* ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...*, v. 1, p. 461.

[1683] GALEANO, Eduardo. *As veias abertas da América Latina*, n. 900. Porto Alegre: L&PM, 2010, p. 17.
[1684] GALEANO, Eduardo. *As veias...*, p. 21.

> conta, nem mesmo a dos sexos. Quem quer que nos comprima é igual a nós. Sentimo-lo como sentimos a nós mesmos. Subitamente, tudo se passa então como que *no interior de um único corpo*. Talvez essa seja uma das razões pelas quais a massa busca concentrar-se de maneira tão densa: ela deseja libertar-se tão completamente quanto possível do temor individual do contato. Quanto mais energicamente os homens se apertarem uns contra os outros, tanto mais seguros eles se sentirão de não se temerem mutuamente. Essa *inversão do temor do contato* é característica da massa. O alívio que nela se propaga – e do qual falaremos ainda, em outro contexto – alcança uma proporção notavelmente alta quando a massa se apresenta em sua densidade máxima."[1685]

No começo, serviu para reforçar e propagar a utilidade e imprescindibilidade do discurso médico em todo canto onde se amontoasse gente. Depois, serviu de desculpa para a intervenção higiênica da medicina, que via naquele ajuntamento a necessidade da regulamentação e da normalização, regulamentação e normalização médicas. É dizer, como o fornecimento de médicos crescia desproporcionalmente ao de pessoas, em tese, ditas doentes, e, percebendo a medicina essa sua perda de terreno, passou ela a etiquetar todo amontado de pessoas com o rótulo de *organismo inasséptico e doente*, oferecendo a idéia de que a morbidez de um órgão contaminaria todo o organismo. Aí, o cão quase alcançou a calda. É dizer, a medicina se aproveitou da própria massa humana que ela incentivou a criar para, dizendo-a desregulamentada e desnormalizada, regulamentá-la novamente e renormalizá-la, dando a falsa sensação de que renormalizar é curar, é tranquilizar.[1686] Ou seja, aproveitou-se de um *risco inventado* para, ando azo ao medo, ao receio e à insegurança, imanentes à própria massa, oferecer-se como exclusivo meio seguro de restabelecimento.

Ora, em *Massa e poder,* escreve CANETTI que "não há nada que o homem mais tema do que o contato com o desconhecido".[1687] Com efeito, aquela mesma massa que viabilizou a expansão e a ratificação da medicina poderia, agora, ser sua ruína. De sorte que, referido ajuntamento e reprodução massivos começaram a dessintonizar e instabilizar o discurso médico como suficiente, útil e seguro. Oportuno, continua CANETTI,

> "tão subitamente quanto nasce a massa também se desintegra. Nessa sua forma espontânea, ela é uma construção delicada. Seu caráter aberto, que lhe possibilita o crescimento, representa-lhe também um perigo, a massa traz sempre vivo em si um pressentimento da desintegração que a ameaça e da qual busca escapar através do rápido crescimento. Enquanto pode, ela absorve tudo; uma vez, porém, que tudo absorve, tem ela também de, necessariamente, desintegrar-se."[1688]

Então, surge a *solução tecnificada*, inacessível aos leigos, para resolver o problema. A medicina e o direito se apresentam, então, oportunamente, como ciências obscuras, de controle inaferível aos dominados.

Ocorre, porém, que aquela massa não se desintegrou, e não somente porque medicina e direito isso não permitiram, senão, também, ou principalmente porque "quem assistia à pregação certamente acreditava de boa-fé ser a pregação o que lhe interessava; tê-lo-ia

---

[1685] CANETTI, Elias. *Massa e poder*. 2. reimpressão. São Paulo: Cia. das Letras, 2008, p. 14.
[1686] Aqui se parodia a obra de ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA e SLOKAR, quando eles falam em "renormatização".
[1687] CANETTI, Elias. *Massa...*, p. 13.
[1688] CANETTI, Elias. *Massa...*, p. 15.

espantado e mesmo revoltado, talvez, que alguém lhe explicasse causar-lhe maior satisfação o grande número de ouvintes presentes do que o próprio pregador."[1689]

A massa se sustentava por si. Direito e medicina perceberam, com efeito, que seu campo de atuação era infindável.

Mesmo assim, ainda que homogênea, a massa não estava pasteurizada, podendo desandar aqui e ali. Oportunista, o direito, *ad instar* da medicina, percebendo que a massa poderia causar um inconveniente, ou ameaçar sua dominação discursiva, viu que era preciso regulamentá-la, renormatizando-a, de vez em quando. Só assim, tudo pareceria *normal*. Foi daí e por isso que surgiram as medidas de segurança, prontas a excluir tudo que não fosse normal, ou melhor, aptas a excluir o anormal, o doente mental, aquele que, além de não ajudar, auxiliando na normalização dos outros, poderia atrapalhar, contribuindo para a sensação de que o anormal, mesmo em pequena quantidade, poderia ser o normal ou passar a ser o ordinário. Medidas de segurança que, etiquetando aqueles *perigosos* ao discurso médico e jurídico, continham, inscrita em letras pequeníssimas, essa advertência de CANETTI:

> "Dentre os traços mais notáveis na vida da massa encontra-se algo que se poderia denominar um sentimento de perseguição, uma particular e irada suscetibilidade e irritabilidade em relação àqueles que ela caracteriza definitivamente como inimigos. Façam estes o que quer que façam – comportem-se eles com rispidez ou simpatia, sejam solidários ou frios, duros ou brandos -, tudo é interpretado como proveniente de uma inabalável malevolência, de uma disposição hostil à massa: um propósito já firmado de, aberta ou dissimuladamente, destruí-la."[1690]

Essa foi mais uma propaganda enganosa.

Foi daí, e também é por isso, que o direito passou de um finalismo, onde o que valia era a vontade dirigida a uma finalidade, porquanto nesse sistema o individualismo pode se revoltar contra o controle médico da massa, para um funcionalismo, onde o que impera é a detecção do *risco*, risco à massa como organismo normal, harmônico e saudável. E o fez, *ad instar* da medicina, propagandeando que tudo que é regulamentado é previsível e, portanto, controlável. Controle esse, sempre oferecido como necessário à mantença da condição humana, mais como humana do que como condição. Logicamente, essa foi mais uma mentira estatal.

Graças a esse tipo de pensamento, penal e médico, que medicina e direito puderam higienizar a população doente e encarcerar nas instituições totais os anormais, os imprestáveis.

[1689] CANETTI, Elias. *Massa...*, p. 19.
[1690] CANETTI, Elias. *Massa...*, p. 21.

A medicina, portanto, usou o indivíduo doente, e, portanto, perigoso, como exemplo para a regulamentação da população, mediante o que não devia ser feito, e o que se devia fazer, ambos sob a inspeção médica.

Enquanto o direito, com suas penas preventivas, também usou o indivíduo como exemplo, e com o mesmo fim que aquela.

Um e outra, receando o descontrole da massa, preveniram-se automedicando-se ao fazer uso de antibióticos – *em tradução arranjada "contra-os-olhos-dos-vivos"* -, eficazes na regulamentação do que pudesse parecer anormal.

Todavia, chegou um momento em que a massa não só superou a oferta de medicina, senão, também, a de bens que satisfizessem suas necessidades. Ora, adverte CANETTI:

> "No princípio, o homem não pensou em sua própria multiplicação como desvinculada da dos outros animais. Seu anseio por ela, ele o tansfere para tudo o que o cerca. Tanto quanto o compele o impulso no sentido de aumentar seu próprio bando, provendo-o abundantemente de crianças, o homem quer também mais animais e mais frutos, mais rebanhos e mais trigo – mais, enfim, do que quer que seja que ele se alimente. Para que ele prospere e se faça maior em número, é preciso que tenha à sua disposição tudo quanto necessita para viver."[1691]

A insuficiência dos bens de consumo, da oferta de empregos e das vagas de consideração como *seres humanos normais*, ensejou, na sociedade do risco beckiano, a necessidade, falsa obviamente, de que era preciso cortar os trezentos e quarenta e dois gramas da carne do mercador veneziano.

Enquanto o poder punitivo descontava a libra carnal, a medicina remediava a ferida.

Ainda assim, a massa poderia se descontrolar. Então, foi preciso uma regulamentação total e um controle maior mediante uma disciplina e uma repressão mais genéricas.

Com a burguesia, e sua nova acepção de trabalho, o tempo ganha um novo conteúdo. Por ele é possível medir o espaço horário da massa, e assim diagnosticar se este ou aquele indivíduo, ou vários deles, deveriam e, por quanto tempo, poderiam ficar hospitalizados ou encarcerados, sem prejuízo para a economia da pena e do capital burguês.

Ora, nessa sociedade de massas em que vivemos hoje, ainda vale o que disseram RUSCHE e KIRCHHEIMER, em *Punição e estrutural social,* ou seja, "o número de desvalidos, desempregados e despossuídos se alastrou em todo lugar."[1692]

Para ela, e nela, direito e medicina se valem do mesmo discurso, e com o mesmo objetivo. Quem não obedece o *regulamento médico*, gerando risco social, ficará doente, ou morrerá. Quem não obedece o *regulamento jurídico*, gerando risco social, será preso, ou morrerá indiretamente.

[1691] CANETTI, Elias. *Massa...*, p. 109.
[1692] RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. *In* coleção pensamento criminológico, n. 3. 2. ed., Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2004, p. 27.

De sorte que, medicina e direito, nessa sociedade de massa, não passam de *administradores de riscos*, servindo o remédio não como panacéia, senão, como veículo para a intromissão da vontade contida no discurso médico, vontade essa dirigida ao controle dos rebeldes, daqueles que perceberam que o corpo, a alma, a vida lhes pertence, e não ao Estado. Enquanto que a pena serve como imposição sacrificial e violenta de um regime de momento, com seus caprichos luxuriosos, mas sempre controladores também.

De indivíduo, passou o componente da massa a *perigoso*, mas, não um perigoso aos demais, senão, um perigoso ao regime da ocasião, cuja sorte dependeria da sua prestabilidade ao mercado de trabalho, escandida com o microscópio ou pela balança.

Perigoso para a medicina por poder contagiar os demais, instabilizando seu discurso panacéico. Perigoso para o direito por poder desequilibrar a equação da mão de obra, e, com isso, fragilizá-lo como poder.

Foi assim que medicina social e direito penal médico se uniram, é dizer, quando tiraram proveito das mesmas técnicas inacessíveis que, explorando a massa, viram no indivíduo perigoso, inserido em uma sociedade de risco, a chance de, *instrumentalizando-o*, mostrarem que suas respectivas ciências eram as únicas capazes de salvar o mundo, regulamentando, disciplinando, controlando, e, depois, repreendendo, ora com remédios, ora com penas.

Embora não estivesse descartada a hipótese, mais real que provável, do uso de uma retórica que fazia o indivíduo acreditar que tudo estava sendo feito para o seu bem, pois, medicalizando-o, faziam-no acreditar que ele melhoria e voltaria para a massa, enquanto que, encarcerando-o, faziam-no acreditar que ele se re(s)socializaria, para a massa retornar.

Alguém continuará duvidando que o artigo 121, que trata do homicídio simples, que o artigo 121, § 1°, que tipifica o homicídio privilegiado, que o artigo 121, § 2°, inciso III, que trata do homicídio qualificado, que o artigo 121, § 4°, que cuida do homicídio por inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, culposo, que o artigo 121, § 5°, que trata do perdão judicial, que o artigo 122, principalmente o inciso II, que trata do induzimento, instigação ou auxílio a suicídio, que o artigo 123, que trata do infanticídio, que o artigo 124, que cuida do abortamento provocado pela getante ou com o seu consentimento, que o artigo 125, que tipifica o abortamento provocado por terceiro, que o artigo 126, que prevê como crime provocar abortamento, sem o consentimento da gestante, que o artigo 127, que trata da forma qualificada do abortamento, que, enfim, o artigo 128, que justifica o abortamento, todos do Código Penal, não precisam, ou melhor, *in these*, não precisariam de um parecer médico que avalizasse se o crime e o criminoso podem ser assim rotulados,

justamente? Pois não é o médico quem afirma se a vítima está ou não morta, se o criminalizado estava dominado por uma emoção violenta, se a morte se deu em razão de haver sido ministrado veneno à vítima, se o colega médico agiu contra a *lex artis*, levando a vítima a óbito, se essa poderia, mentalmente, ter sido induzida por este ou aquele apelo, se a progenitora encontrava-se sob estado puerperal, se estava mesmo grávida e se o abortamento apresentava-se como meio exclusivo de salvamento da gestante, ou era aquele autorizado em razão da homogante concepção estupradora?

E, de acordo com o artigo 5°, inciso XXXVIII, alínea *d*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, por se tratarem todos esses crimes, dolosos, afeitos à competência do júri, composto por juízes leigos, resta patente que, por não dominarem a técnica do discurso da medicina, inaferível aos mesmos, a última palavra quanto à absolvição ou condenação do criminalizado caberá ao médico, mesmo porque, como é sabido, ao Magistado do Júri, não se ressentindo de quaisquer vícios processuais, resta tout court a dosimetria da pena.

Em igual medida, alguém ainda duvidará que a interpretação do artigo 121, § 4°, do Código Penal, que tipifica o homicídio culposo quando praticado por profissional médico, não terá alguma dificuldade em não se deixar contaminar pelo corporativismo retórico do discurso médico?

A fortiori, isso tudo acontece também porque a culpabilidade, montada sobre o pé da potencial consciência da ilicitude, nada mais é que um pedido de socorro à medicina neurológica, à psicologia e à psiquiatria, únicas capazes de afirmar com segurança - *considerada a propaganda do discurso médico, obviamente* -, se a psique do criminalizado estava programada socialmente para perceber o caráter rotulado de ilícito do ato levado a termo.

Mas a intervenção médica não pára aí. Quem se debruçar sobre os verbos do artigo 129, do Código Penal, logo perceberá que o discurso dominial médico nele se reitera. E, na versão do § 1°, incisos I e III, e § 2°, incisos I, II, III, IV e V, para atender, quando da sua criação, às finalidades de mão de obra de um Estado intervencionista, ainda hoje úteis, embora ao neoliberalismo.

Foi em razão disso que ocorreu outra detonação impressionante de estratégias interventivas pelo discurso médico, em mais um de seus acasalamentos com a política. Novamente, ensinam ZAFFARONI, BATISTA, ALAGIA e SLOKAR que,

> "as representações políticas comprometidas com as transformações econômicas e culturais que, com raízes na crise de 1973, conduziriam ao que se costuma chamar de neoliberalismo ou globalização, chegaram ao poder no Brasil em 1989 e nele se mantiveram até hoje. ...A desaceleração do crescimento econômico - acompanhada, em países periféricos como o nosso, da destruição de parques industriais -, a queda nos rendimentos dos trabalhadores que logram

> escapar ao desemprego massivo ou se submetem à flexibilização de suas garantias ou ao subemprego, em contraste com uma fantástica acumulação financeira, o desmonte de programas assistenciais públicos característicos do estado previdenciário, tudo isso gera gravíssimas consequências sociais. À reflexão jurídica acerca dessa conjuntura cabe, no âmbito penal, deter-se sobre mutações na estrutura e funcionamento do sistema penal, e um dos indicadores mais importantes reside na programação criminalizante. A hipótese de que o sistema penal do empreendimento neoliberal, vertido para o controle dos contingentes humanos por ele mesmo marginalizados, opera mediante uma dualidade discursiva que distingue os delitos dos consumidores ativos (aos quais correspondem medidas despenalizadoras em sentido amplo) dos delitos grosseiros dos consumidores falhos (aos quais corresponde uma privação de liberdade neutralizadora) pode ser experimentada num rápido exame de dois grupos de leis penais extravagantes. No primeiro destes grupos encontraríamos a lei n° 9.099, de 26.set.95 (criando os Juizados Especiais Criminais, orientados à obtenção da reparação do dano ex delicto e à aplicação de pena não privativa de liberdade..., introduzindo a transação penal e a suspensão condicional do processo), a lei n° 9.268, de 1°.abr.96 (que alterou o artigo 51, do Código Penal. ...No segundo grupo de leis encontraremos uma política criminal diametralmente oposta à do primeiro. Podemos formatar boa amostragem"

no que nos interessa aqui, com "as 'leis Serra' de n° 9.677, de 2.jul.98 e n° 9.695, de 20.ago.98 (para alavancar a candidatura presidencial do ministro da Saúde, a primeira delas eleva delirantemente as penas dos crimes contra a saúde pública, e a segunda os inclui entre os 'crimes hediondos')...."[1693]

Finalmente. Você é ruim da cabeça ou doente do pé? Então, cuidado! Os médicos e os higienistas já voltaram! E o artigo 131, do Código Penal é testemunha documental disso. Só o vetor da dengue, as doenças ocasionadas pela falta de saneamento básico, as viroses, mormente a SIDA, as septicemias hospitalares *et reliqua*, não sabem disso ainda.

Com efeito, negar a influência recíproca entre medicina e direito é negar a realidade das coisas, o que não é possível, não sem ferimento à onticidade e, de consequência, à razoabilidade.

Por fim, concluiu-se que os princípios penais devem, quando menos, servir de freio ao poder punitivo, nesse seu esposamento com a medicina, averiguada, sempre, qual a melhor estratégia para afastar o discurso repressivo que, aqui, arrimou-se em uma política criminal funcional redutora.

[1693] ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito...*, v. 1, pp. 484-486.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. *Dicionário de Filosofia*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

A Bíblia de Jerusalém, Gênesis 2. São Paulo: Paulinas, 1980.

ADAM, Philippe; HERZLICH, Claudine. *Sociologia da doença e da Medicina*. São Paulo: Edusc, 2001.

ADORNO, Theodor. *Introdução à Sociologia*. São Paulo: UNESP, 2008.

AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer*: o poder soberano e a vida nua I. 2. reimpressão. Belo Horizonte: UFMG, 2007.

AGUIAR-GUEVARA, Rafael. *Tratado de Derecho Medico*. Venezuela: Legislec, 2001.

ALBUQUERQUE, Mário Pimentel. *O princípio da confiança no Direito Penal*: uma introdução ao estudo do sujeito em face da teoria da imputação objetiva funcional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ALTAVILLA, Enrico. *La culpa*. 4. ed. Colômbia: Temis, 1999.

ALVES, Rubem. *O médico*. 7. ed. São Paulo: Papirus, 2002.

AMBOS, Kai. *Direito Penal*: fins da pena, concurso de pesoas, antijuridicidade e outros aspectos. Porto Alegre: Safe, 2006.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em Direito Penal*: contributo para a fundamentação de um paradigma dualista. Coimbra: Coimbra, 1991.

_____. *Direito Penal médico, SIDA*: testes arbitrários, confidencialidade e segredo. Coimbra: Coimbra, 2004.

ANDRADE, Regina Glória Nunes. *Personalidade e cultura*: construções do imaginário. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos. In* coleção pensamento criminológico, n. 15. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2008.

ANUNZIATO, Luis. *El conflito en la relación médico-paciente*: de la actuación profesional a la *mala praxis*. Buenos Aires: Centro Norte, 2001.

ARAGÃO, Antonio Moniz Sodré de. *As três escolas penais*: clássica, antropológica e crítica (estudo comparativo). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952.
ARAÚJO, Alceu Maynard. *Medicina rústica*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
ARAÚJO, Silvia Maria de; BRIDI, Maria Aparecida; MOTIM, Benilde Lenzi. *Sociologia*: um olhar crítico. São Paulo: Contexto, 2009.
ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de (Organiz.). *Sistema penal para o terceiro milênio*: atos do colóquio Marc Ancel. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1991.
ARENDT, Hannah. *Sobre a violência*. Rio de Janeiro: José Olympio, 2009.
ARENDT, Hannah. *Sobre la violencia*. Madrid: Alianza, 2005.
ASCENSÃO, José de Oliveira. *Direito Penal de autor*. Lisboa: Lex, 1993.
ASSIS, Machado de. *Dom Casmurro*. São Paulo: Martin Claret, 2002.
_____. *O alienista*. 4. reimpressão. São Paulo: Martin Claret, 2010.
ASÚA, Luis Jiménez de. *Crónica del crimen*. 6. ed. Buenos Aires: Depalma, 1994.
_____. *Principios de Derecho Penal*: la ley y el delito. 4. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2005.
_____. *Tratado de Derecho Penal*, vv. I a VII. 5. ed. Buenos Aires: Losada, 1992.
ÁVILA, Vinícius Bittencourt de Souza. Falando francamente. *In Falando francamente*. Vitória: edição do autor, 1999, p. 13.
BACHOF, Otto. *Normas constitucionais inconstitucionais?* Portugal: Almedina, 1994.
BACIGALUPO, Enrique. *Derecho Penal*: parte general. Buenos Aires: Hammurabi, 1987.
BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*: introdução à sociologia do Direito Penal. *In* coleção pensamento criminológico, n. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2002.
BATTAGLINI, Giulio. *A interrupção do nexo causal*. Campinas: LZN, 2003.
_____. *Direito Penal*: parte geral, vv. 1 e 2. São Paulo: Saraiva, 1973.
BATISTA, Nilo. A juventude acadêmica e a questão criminal: discurso de abertura do XXV° ERED - Encontro Regional dos Estudantes de Direito. *In* Nilo Batista: a luta pelo Direito. Rio de Janeiro: *Chronos*, publicação da Unirio, 2007, ano 2, n. 4, pp. 198.
_____. A lei como pai. *In Passagens*. Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica. Rio de Janeiro, jan. 2010, v. 2, n. 3, pp. 20 a 38.
_____. Cem anos de reprovação. *In Passagens*. Revista Internacional de História Políticia e Cultura Jurídica. Rio de Janeiro, jan./jul. 2009, v. 1, n. 1, pp. 6-28.
_____. *Concurso de agentes*: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no Direito Penal brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
_____. Fragmentos de um discurso sedicioso. *In Discursos Sediciosos, Crime, Direito e Sociedade*, 1° semestre 1996, ano 1, n. 1, p. 73.
_____. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. 9. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.
_____. *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro*, v. I. *In* coleção pensamento criminológico, n. 5, 2. ed. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2002.
_____. *Novas tendências do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.
_____. *Punidos e mal pagos*: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje. Rio de Janeiro: Revan, 1990.
BATISTA, Vera Malaguti. As classificações e os desclassificados. *In Os limites da clínica*: a prática do psicólogo no sistema judiciário, 6° Encontro de Psicólogos Jurídicos do TJRJ, p. 17.
_____. A construção do transgressor. *In* BAPTISTA, Marcos; CRUZ, Marcelo Santo; MATIAS, Regina (Organiz). *Drogas e pós-modernidade*: faces de um tema proscrito, v. 2, Rio de Janeiro: EDUERJ, 2003, p. 157.

_____. A criminalização da juventude popular no Brasil: histórias e memórias de luta na cidade do Rio de Janeiro. *In Juventude e raça*, Boletim do Instituto de Saúde, abril de 2008, n. 44, p. 19.
_____. Adeus às ilusões "re". *In* COIMBRA, Cecilia Maria Bouças; AYRES, Lygia Santa Maria; NASCIMENTO, Maria Livia do. *Pivetes*: encontros entre a psicologia e o judiciário. Curitiba: Juruá, 2007, p. 197.
_____. A estratégia do medo. *Jornal CRP-RJ*, Rio de Janeiro, 5ª Região, out. 2005, ano 2, n. 7, p. 18.
_____. A funcionalidade do processo de criminalização na gestão dos desequilíbrios gerados nas formações sociais do capitalismo pós-industrial e globalizado. *In* KARAM, Maria Lúcia. *Globalização, sistema penal e ameaças ao Estado democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 49.
_____. A nomeação do mal. *In* MENEGAT, Marildo; NERI, Regina (Organiz.). *Criminologia e subjetividade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 41.
_____. A questão criminal no Brasil contemporâneo. *In Margem esquerda*: ensaios marxistas. São Paulo: Boitempo, 2006, v. 8, p. 37.
_____. Controle social para o novo milênio. *Agência de notícias das favelas*. Disponível em: <*http://www.anf.org.br/centro.htm*>.
_____. Cuidado: os higienistas estão voltando! *In Discursos Sediciosos, Crime, Direito e Sociedade*, 2° semestre 1996, ano 1, n. 2, p. 305.
_____. Drogas e criminalização da juventude pobre no Rio de Janeiro. *In Discursos Sediciosos, Crime, Direito e Sociedade*, 2° semestre 1996, ano 1, n. 2, p. 234.
_____. *Difíceis ganhos fáceis*: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2003.
_____. Drogas y criminalización de la juventud pobre en Río de Janeiro. *In* OLMO, Rose del (Coord.). *Drogas*: el conflicto de fin de siglo. Cuadernos de Nueva Sociedad 1. 1997, p. 259.
_____. Duas ou três coisas que sabemos (por causa) dele. *In* ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Verso e reverso do controle penal*: (des) aprisionando a sociedade da cultura punitiva. Florianópolis: Fundação Boiteux. 2002, p. 189.
_____. Filicídio: a questão criminal no Brasil contemporâneo. *In* FREIRE, Silene de Moraes (Organiz.). *Direitos humanos*: violência e pobreza na América Latina contemporânea. Rio de Janeiro: Letra e Imagem, 2007, p. 33.
_____. História sem fim. *In* PASSETTI, Edson (Organiz.). *Curso livre de abolicionismo penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 153.
_____. Informação, desinformação e contra-informação. *In* Drogas: saturação e ocultação de problemas. *Tempo e Presença*. Revista Trimestral de Koinonia, Rio de Janeiro, set/out. 2004, ano 26, n. 337, p. 7.
_____. Memória e medo: autoritarismo e controle social no Brasil. *In Revista Sem Terra*, São Paulo, jan/fev/mar. 2000, ano III, n. 10, p. 80.
_____. O alemão é mais complexo. *In Margem esquerda*: ensaios marxistas. São Paulo: Boitempo, 2007, v. 10, p. 158.
_____. O globo da morte. *In* RAUTER, Cristina; PASSOS, Eduardo; BENEVIDES, Regina (Organiz.). *Ciência e Política*: subjetividade e violação dos direitos humanos. Equipe Clínico-Grupal. Grupo Tortura Nunca Mais, Rio de Janeiro: Instituto Franco Basaglia/Editora Tecorá, 2002, p. 59.
_____. O medo na cidade. *In* PLASTINO, Carlos Alberto (Organiz.). *Transgressões*. Rio de Janeiro: Contra Capa, 2002, p. 205.
_____. ...O medo na cidade do Rio de Janeiro. *In* VILHENA, Junia; CASTRO, Ricardo Vieiralves de; ZAMORA, Maria Helana. *A cidade e as formas de viver*. Rio de Janeiro: Museu da República, 2005 p. 45.

_____. *O medo na cidade do Rio de Janeiro*: dois tempos de uma história. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2003.
_____. O mesmo olhar positivista, *Boletim IBCCrim*. Edição Especial, outubro 2000, ano 8, n. 95, p. 8.
_____. O ouro e o outro. *In* PASSETTI, Edson; OLIVEIRA, Salete (Organiz.). *A tolerânca e o intempestivo*. São Paulo: Ateliê , 2005, p. 151.
_____. O realismo marginal: criminologia, sociologia e história na periferia do capitalismo. *In* MELLO, Marcelo Pereira de (Organiz.). *Sociologia e Direito*: explorando as interseções, Programa de Pós-graduação em Sociologia e Direito - Universidade Federal Fluminense, 2007, p. 135.
_____. O tribunal de drogas e o tigre de papel. *In Revista Cidadania e Justiça*. Associação dos Magistrados Brasileiros, 2. semestre. 2002, ano 5, n. 12, p. 189.
_____. *Segurança pública, direitos humanos e violência*: entrevista com FORTES, Rafael (Organiz.), Rio de Janeiro: Multifoco, 2008, p.107.
_____. Sistema penal na periferia do neoliberalismo. *In Polêmica*: as nossas certezas são sempre provisórias, abril/maio/junho, n. 9. Disponível em: <*http://www2.uerj.br/~labore/polemica_9.htm*>.
_____. Você tem medo de quê? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, março/abril. 2005, ano 13, n. 53, p. 367.
_____. Violência, cidadania e direitos humanos. *In Thoth*, informe de distribuição restrita do senador Abdias Nascimento, Brasília, maio/junho/julho/agosto. 1998, n. 5, p. 127.
BATISTA, Vera Malaguti; DUMANS, Alexandre Moura. A estrela da morte. *Jornal do Brasil*, 25 dezembro 2002. Disponível em: <http://jbonline.terra.com.br/jb/papel/opiniao/2002/12/24/joropi20021224003.html>.
_____. Drogas: um outro olhar. *Outro olhar*. Revista de Debates. Mandato Vereador Arnaldo Godoy (PT), Belo Horizonte, out. 2003, ano III, n. 3, p. 56.
_____. Nada de novo no front. *Ciência Hoje*, v. 31, n. 181, p. 36.
BAUDRILLARD, Jean. *O sistema dos objetos*. *In* coleção debates, v. 70. São Paulo: Perspectiva, 2006.
_____. *Telemorfose*. Rio de Janeiro: Mauad, 2004.
BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*: hacia una nueva modernidad. Barcelona/Buenos Aires/México: Paidós, 1998.
BECKER, Marina. *Tentativa criminosa*: doutrina e jurisprudência. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004.
BELEZA, Teresa Pizarro; PINTO, Frederico de Lacerda da Costa. *O regime legal do erro e as normas penais em branco*: ubi lex distinguit... Coimbra: Almedina, 2001.
BENTHAM, Jeremias. *Teoria das penas legais*. Campinas: Bookseller, 2002.
BERISTAIN, Antonio. *Nova criminologia à luz do Direito Penal e da vitimologia*. Brasília: UNB, 2000.
BERSTEIN, Pascual Horacio. *El error médico*: aspectos médicos, médico legales-jurídicos. Buenos Aires: D&D, 2005.
BIERRENBACH, Sheila. *Crimes omissivos impróprios*: uma análise à luz do Código Penal brasileiro. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
BIRMAN, Joel. *A psiquiatria como discurso da moralidade*. Rio de Janeiro: Graal, 1978.
_____. Cadernos sobre o mal. Rio de Janeiro: José Olympio, 2009;
BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte geral, v. I. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
BOCAYUVA, Helena. *Sexualidade e gênero no imaginário brasileiro*: metáforas do biopoder. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BOCKELMAN, Paul; VOLK, Klaus. *Direito Penal*: parte geral. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
BOFF, Leonardo. A violência contra os oprimidos: seis tipos de análise. *In Discursos Sediciosos, Crime, Direito e Sociedade*, 1° semestre 1996, ano 1, n. 1, p. 104.
BORGES, Wilson Couto. *Criminalidade no Rio de Janeiro*: a imprensa e a (in)formação da realidade. Rio de Janeiro: Revan, 2006.
BOURDIEU, Pierre. *A distinção*: crítica social do julgamento. 1. reimpressão. São Paulo: Edusp, 2008.
_____. *O poder simbólico*. 11. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.
_____. *Sobre a televisão*: seguido de a influência do jornalismo e os jogos olimpícos. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.
BRANDÃO, Nuno. *Justificação e desculpa por obediência em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
BRETAS, Marcos Luiz. O informal no formal: a justiça nas delegacias cariocas da República Velha. *In Discursos Sediciosos, Crime, Direito e Sociedade*, 2 semestre 1996, ano 1, n. 2, p. 213.
BRITO, Alexis Augusto Couto de *et alii*. *Direito Penal*: aspectos jurídicos controvertidos. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
BRITO, Teresa Quintela de. *A tentativa nos crimes comissivos por omissão*: um problema de delimitação da conduta típica. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.
BUERES, Alberto J.; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Responsabilidad médica*: aspectos civiles y penales, con la colaboración en los aspectos penales de Renato Vannelli Viel. Buenos Aires: Hammurabi, 2009.
BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
CABRAL, Juliana Maria Diniz. *Os tipos de perigo e a pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2005.
CAIRUS, Henrique F.; RIBEIRO JÚNIOR, Wilson A. *Textos hipocráticos*: o doente, o médico e a doença. *In* coleção história e saúde, clássicos e fontes. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2005.
CÂMARA, Jorge Luís Fortes Pinheiro da. A História e a história do Direito Penal. *In revista Datavenia*, Universidade do Estado da Paraíba, 2009, pp. 21 a 37.
CANETTI, Elias. *Massa e poder*. 2. reimpressão. São Paulo: Cia. das Letras, 2008.
CANGUILHEM, Georges. *O normal e o patológico*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.
CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, sem data.
CARNELUTTI, Francesco. *O delito*. Campinas: Péritas, 2002.
_____. *Sistema de Direito Processual Civil*: introdução e função do processo civil, v. I. São Paulo: Classic Book, 2000.
CARRARA, Francesco. *Programa do curso de Direito Criminal*: parte geral, vv. I e II. Campinas: LZN, 2002.
_____. *Reminiscencias de cátedra y foro*. Colômbia: Temis, 1988.
CARVAJAL, Elvira; MORAES, Patrícia F. C. de; PEGORARO, Olinto A. (Organiz.). *Células-tronco e eutanásia*: potencialidades e limites. *In* coleção bioética em temas, v. 1, Rio de Janeiro: EDUERJ, 2009.
CARVALHO, Américo A. Taipa. *A legítima defesa*: da fundamentação teorético-normativa e preventivo-geral e especial à redefinição dogmática. Coimbra: Coimbra, 1995.
CARVALHO, José Murilo de (Organiz.). *Nação e cidadania no império*: novos horizontes. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

CARVALHO, José Murilo de. *Os bestializados*: o Rio de Janeiro e a República que não foi. 3. ed. 17. reimpressão. São Paulo: Cia. das Letras, 2008.
_____. *Pontos e bordados*: escritos de história e política. 2. reimpressão. Belo Horizonte: UFMG, 2005.
_____. CARVALHO, Salo de. *Anti-manual de Criminologia*. 3. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da libertação*. *In* coleção pensamento criminológico, n. 10, Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2005.
CERQUEIRA, Carlos Magno Nazareth. Política de segurança pública para um Estado de Direito Democrático chamado Brasil. *In Discursos Sediciosos, Crime, Direito e Sociedade*, 2° semestre 1996, ano 1, n. 2, p. 191.
CERQUEIRA FILHO, Gisálio; NEDER, Gizlene. Quando o eu é um outro. *In Discursos Sediciosos, Crime, Direito e Sociedade*, 2° semestre 1996, ano 1, n. 2, p. 87.
CERQUEIRA, Marcello. *A Constituição na história*: origem e reforma: da revolução inglesa de 1640 à crise do leste europeu. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006.
CHAIA, Rubén A. *Responsabilidad penal médica*. Buenos Aires: Hammurabi, 2006.
CHALHOUB, Sidney. *Cidade febril*: cortiços e epidemias na corte imperial. 4. reimpressão. São Paulo: Cia. das Letras, 2006.
_____. *Machado de Assis*: historiador. 1. reimpressão. São Paulo: Cia. das Letras, 2003.
_____. Medo branco de almas negras: escravos libertos e republicanos na cidade do Rio. *In Discursos Sediciosos, Crime, Direito e Sociedade*, 1° semestre 1996, ano 1, n. 1, p. 170.
CHAMON JUNIOR, Lúcio Antônio. *Do giro finalista ao funcionalismo penal*: embates de perspectivas dogmáticas decadentes. Porto Alegre: Safe, 2004.
CHOCONTÁ, Orlando Alfonso Rodríguez. *El testimonio penal y sus errores*: su práctica en el juicio oral y público. 2. ed. Colombia: Temis, 2005.
CONDE, Francisco Muñoz. *Edmund Mezger e o Direito Penal de seu tempo*: estudos sobre o Direito Penal no Nacional-Socialismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
CONDE, Francisco Muñoz; HASSEMER, Winfried. *Introdução à Criminologia*. Rio de Janeiro, 2008.
CONTRERAS, Joaquín Cuello. *El Derecho Penal español*: parte general, nociones introductorias, teoría del delito. 3. ed. Madri: Dykinson, 2002.
CORBIN, Alain; COURTINE, Jean-Jacques; VIGARELLO, Georges. *História do corpo*. 2. ed. 3. vv. Petrópolis: Vozes, 2008.
CORDERO, Franco. *Procedura penale*. 8. ed. Milão: Giuffrè, 2006.
CORDEIRO, J. C. Dias. *Psiquiatria forense*: a pessoa como sujeito ético em Medicina e em Direito. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2003.
CORTÉS, Julio César Galán. *Responsabilidad médica y consentimiento informado*. Madri: Civitas, 2001.
COSTA, José Francisco de Faria. *O perigo em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra, 2000.
COSTA, Jurandir Freire. A ansiedade da opulência, *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, 19 mar. 2000. Caderno Mais!, Seção Brasil 500 d. C.
_____. Abominável mundo novo dor, *O Estado de São Paulo*, São Paulo, 07 dez. 1992. Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. A capacidade de doar, *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, 09 jan. 2000. Caderno Mais!, Seção Brasil 500 d. C. Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. A consciência da doença enquanto consciência do sintoma: a "doença dos nervos" e a identidade psicológica, *Cadernos do IMS/UERJ*, v. 1, Rio de Janeiro, 1987, n. 1. Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. A construção cultural da diferença entre os sexos. *Sexualidade, gênero e sociedade*, jun. 1995, ano 2, n. 3. Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.

_____. A crença como experimento, *Jornal do Brasil*, 22 fev. 1992. Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. A devoração da esperança no próximo, *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, 22 set. 1996. Caderno Mais! Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. *A dignidade em forma de vida*: em honra da memória de Richard Rorty. 19 jun. 2007. Disponível em: <http//www.portalbrasileirodefilosofia>.
_____. A escolha do povão, *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, 31 ago. 2008. Caderno Mais! Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. A ética democrática e seus inimigos: o lado privado da violência pública. *In* NASCIMENTO, Elimar Pinheiro do (Organiz.). *Brasília*: capital do debate - o século XXI - Ética. Rio de Janeiro/Brasília: Garamond/Codeplan, 1997.
_____. A faca no coração, *Jornal do Brasil*, 05 jun. 1988. Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. *A face e o verso*: estudos sobre o homoerotismo II. São Paulo: Escuta, 1995.
_____. A fé entre dois mundos, *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, 17 abr. 2005. Caderno Mais! Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. A fúria de um mundo agonizante, *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, 01 abr. 2003. Caderno Mundo. Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. A gula terapêutica, *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, 07 dez. 2003. Caderno Mais! Seção Brasil 504 d. C. Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. A habilidade natural, *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, 12 out. 1997. Caderno Mais! Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. *A inocência e o vício*: estudos sobre o homoerotismo. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1992.
_____. *A inocência e o vício*: du côté de chez Proust. Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. A inocente face do terror, *Jornal do Brasil*, 23 abr. 1997. Opinião. Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. A intencionalidade da dor, *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, 09 nov. 1997. Caderno Mais! Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. A inútil dureza da condição masculina, *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, 18 fev. 1996. Caderno Mais! Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. A lógica oculta da desrazão, *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, 21 jan. 1996. Caderno Mais! Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. Amor, *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, 31 dez. 2000. Caderno Mais! Milênio para iniciantes. Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. A moral que ousa dizer seu nome, *Jornal do Brasil*, 13 fev. de 1993. Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. Análise dos fundamentos e características da posição filosófica dos "utilitaristas", *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, 09 jan. 2000. Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. Apenas dor, sem angústia, *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, 19 jun. 2005. Caderno Mais! Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. Aposta contra os ressentimentos, *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, 16 jul. 2000. Caderno Mais! Seção Brasil 501, d. C. Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. Apresentação ao livro "Redescrições da Psicanálise". *In* COSTA, Jurandir Freire (Organiz.). *Redescrições da psicanálise*: ensaios pragmáticos. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

_____. A pura energia de um amor de perdição, *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, 28 abr. 1996. Caderno Mais! Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. A questão da psicanalítica da identidade sexual. *In* GRAÑA, Roberto B. (organizador). *Homossexualidade*: formulações psicanaliticas atuais. Porto Alegre: Artes médicas, 1998.
_____. A questão do sentido em psicanálise. *In* BEZERRA Jr., Benilton; PLASTINO, Carlos Alberto (Organiz.). *Corpo, afeto e linguagem*: a questão do sentido em psicanálise. Rio de Janeiro: Contra capa, 1998.
_____. Arquétipos do amor, *Jornal do Brasil*, 08 jan. 1996. Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. As agonias da confissão, *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, 09 abr. 1995. Caderno Mais! Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. As práticas amorosas na contemporaneidade. *In Psychê*: Revista de Psicanálise, São Paulo, 1999, ano III, n. 3. Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. As sombras e o sopro: a psicanálise na era da linguagem. *In* BIRMAN, Joel. *Freud*: 50 anos depois. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1989. Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. *As vassouras da feiticeira*. *In* Natureza Humana, jan-jun. 2006, 8(1). Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. *A subjetividade exterior*. *In* palestra apresentada sob o título A Externalização da Subjetividade, 2001. Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. A utilidade do corpo inocente, *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, 13 mar. 1994. Caderno Mais! Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. A vertigem bem-temperada. *In* publicação do extinto *NO*, 21 dez. 2000. Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. A vida e o erro, *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, 23 abr. 2000. Caderno Mais! Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. A vida que levou Ernesto a ser Guevara, *Jornal Folha de São Paulo*, 04 abr. 2004. Caderno Mais! Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. Bernadet e o declínio do homem privado. *In Caderno de Psicanálise* - CPRJ, Rio de Janeiro, 1994, n.14. Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. Brutalidade, *Jornal do Brasil*, 02 jan. 1995. Caderno Opinião. Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. Campeonato de irrelevâncias, *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, 17 de jun. 2001. Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. Cenas de humilhação coletiva, *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, 29 dez. 1996. Caderno Mais! Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. Cinismo posto a nu, *Jornal do Brasil*, 03 ago. 2001. Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. Como nos espelhos: introdução à "Ética e o espelho da cultura". *In* COSTA, Jurandir Freire. *Ética e o espelho da cultura*. Rio de Janeiro: Rocco, 1994. Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. Como se constrói a subjetividade das classes populares? *In Revista de Psicologia, ciência e profissão*, Brasília, jul/dez. 1989, v. 9, n. 2. Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. Criatividade, transgressão e ética. *In* PLASTINO, Carlos Alberto. *Transgressões*. Rio de Janeiro: Contra capa, 2002.
_____. *Da dívida como culpa ao cuidado com o outro*: as perspectivas de Nietzsche e de Winnicott, Saúde, sexo e educação, Rio de Janeiro, vv. 34-35, 2004. Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.

_____. Debate sobre o artigo de Naomar de Almeida Filho, *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, jul/ago. 2001, v. 17, n. 4. Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. De olho vidrado no próprio bem-estar, *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, 13 jul. 1997. Caderno Mais! Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. Descaminhos de caráter, *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, 25 jul. 1999. Caderno Mais! Seção Brasil 500 d. C. Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. Desiguais na vida e na morte, *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, 22 maio 1994. Caderno Mais! Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. Desumano, puramente desumano, *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, 05 jan. 1996. Caderno Mais! Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. Dias de sombra, dias de luz, *Jornal O Estado de São Paulo*, São Paulo, 01 abr. 2007. Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. Diversão ou desatino, *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, 31 mar. 2002. Caderno Mais! Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. Em matéria de felicidade, brasileiro está saciado, *Jornal do Comércio Pernambucano*, 25 maio 1997. Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. Ensaio faz a gênese do sujeito moderno, *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, 02 ago. 1992. Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. Era uma vez a América, *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, 02 jan. 1994. Caderno Mais! Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. Estratégia de avestruz, *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, 21 mar. 1999. Caderno Mais! Seção Seção Brasil 500 d. C. Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. *Ética e espelho da cultura*. 3. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 2000.
_____. Ética versus moralidade. *In Globalização, ética e direitos reprodutivos*: encontros anuais da Fundação MacArthur Brasil - 1996/1997, (The John D. and Catherine T. MacArtur Foundation), 1997. Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. Faces da imoralidade, *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, 15 mar. 1998. Caderno Mais! Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. *Família e dignidade*. *In* Anais do V Congresso de Direito de Familia. Instituto Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte, 2006.
_____. Felicidade de pacotilha, *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, 07 fev. 1999. Caderno Mais! Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. Ferenczi e a Clínica. *In* Cadernos de Psicanálise do Círculo Psicanalítico do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 1988, ano X, n. 6. Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. Foucault e a terapêutica dos prazeres. *In Revista Agora*, Rio de Janeiro, 1999, v. 2, n. 1. Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. Hermógenes e Reinaldo, *Jornal Folha de São Paulo*, 03 jul. 1994. Caderno Mais! Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. História confirma diagnóstico de Lasch, *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, 08 jan. 1995. Caderno Mais! Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. *História da psiquiatria no Brasil*: um corte ideológico. 2. ed. Rio de Janeiro: Documentário, 1976.
_____. *História da psiquiatria no Brasil*: um corte ideológico. 4. ed. Rio de Janeiro: Xenon, 1989.
_____. *História da psiquiatria no Brasil*: um corte ideológico. 5. ed. Rio de Janeiro: Garamond, 2007.
_____. Homoerotismo: a palavra e a coisa, *Jornal do Comércio*, 04 jun. 1993. Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.

_____. Livro ilumina o nascimento da psiquiatria brasileira, *Jornal O Globo*, Rio de Janeiro, 03 jul. 2003. Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. Mas dizei uma só palavra...., *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, 10 out. 1999. Caderno Mais! Seção Brasil 500 anos. Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. Medicina como projeto social: controle do corpo, *Cadernos CEPIA*. Saber médico, corpo e sociedade. Rio de Janeiro, 1988, n. 4. Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. Moral by technicolor, *Jornal do Brasil*, 21 jan. 1990. Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. Mortes a crédito, *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, 05 jul. 1999. Caderno Mais! Seção Brasil 500 anos. Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. Não mais, não ainda: a palavra na democracia e na psicanálise, *Revista da USP*, São Paulo, 1988, n. 37. Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. Narcisismo em tempo sombrio. *In* BIRMAN, Joel (Organiz.). *Percursos na história da Psicanálise*. Rio de Janeiro: Taurus, 1988. Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. O acaso levou Gustavo a assassinar a família, *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, 13 nov. 194. Caderno Mais! Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. O ano em que daremos férias à tropa de elite, *Jornal O Estado de São Paulo*, São Paulo, 07 out. 2007. Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. O céu que nos espera, *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, 05 out. 1995. Caderno Mais! Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. O direito à espontaneidade, *Folha de São Paulo*, São Paulo, 09 set. 2001. Caderno Mais! Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. O drama do reconhecimento, *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, 19 nov. 2006. Caderno Mais! Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. O ego não sexual e neutro quanto a gêneros. *In* Associação psicanalítica de Porto Alegre (Organiz.). *Masculinidade em crise*. Porto Alegre: Associação Psicanalítica de Porto Alegre, 2005. Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. *O filho e o casamento*, palestra proferida no programa Café Filosófico, TV Cultura, 2004. Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. Oh! Que delícia de máquina, *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, 27 fev. 1994. Caderno Mais! Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. O inconsciente sexual não é uma essência, *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, 23 set. 1989. Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. O inferno de todos nós, *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, 02 maio 1999. Caderno Mais! Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. O interesse de Richard Rorty, *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, 21 maio 1995. Caderno Mais! Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. O laboratório social de assassinatos, *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, 31 mar. 1996. Caderno Mais! Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. O lado escuro do iluminismo, *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, 11 maio 2003. Caderno Mais! Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. O medo social, *Veja 25 anos*: Reflexões para o futuro, São Paulo: Abril, 1993. Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. O mito psicanalítico do desamparo, *Revista Agora*, Rio de Janeiro, 2000, v. 3, n. 1. Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. O mundo encantado de Mário Peixoto, *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo Caderno Mais! Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.

_____. O objeto do povo, *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, 14 nov. 2004. Caderno Mais! Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. O pecado de todos nós, *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, 25 maio 1997. Caderno Mais! Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. O presente de nossas ilusões, *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, 11 set. 1994. Caderno Mais! Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. O que era aquilo companheiro?, *Jornal do Brasil*, 06 maio 1997. Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. *Ordem médica e norma familiar*. 5. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2004.
_____. *O risco de cada um*: e outros ensaios de psicanálise e cultura. Rio de Janeiro: Garamond, 2007.
_____. Organização de instituições para uma psiquiatria comunitária. *In* AMARANTE, Paulo Duarte de Carvalho. *Psiquiatria social e reforma psiquiátrica*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1994. Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. O risco de cada um, *Revista Religião e Sociedade*, mar. 2002, v. 21, n. 2. Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. O sal da nossa terra, *Folha de São Paulo*, São Paulo, 06 maio 2001. Caderno Mais! Seção Brasil 502 d. C. Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. O sexo moderno e a cultura do sentimento, *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, 31 jul. 1994. Caderno Mais! Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. O sexo segundo Laqueur, *Folha de São Paulo*, São Paulo, 25 mar. 2001. Caderno Mais! Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. Os gregos antigos e o prazer homoerótico, *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, 01 maio 1994. Caderno Mais! Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. O silêncio de um bom pensador, *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, 10 abr. 1994. Caderno Mais! Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. Os imorais, *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, 28 fev. 1993. Caderno Mais! Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. Os interstícios da lei. *In* MARSIGLIA, Regina et al (Organiz.). *Saúde mental e cidadania*: plenário de trabalhadores em saúde mental do Estado de São Paulo. São Paulo: Mandacaru, 1987. Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. Os limites da psicanálise, *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, 21 jan. 1989. Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. Os novos dez mandamentos, *Folha de São Paulo*, 26 dez. 1999. Caderno Mais! Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. Os que vencem após a morte, *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, 22 set. 2002. Caderno Mais! Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. O sujeito em Foucault: estética da existência ou experimento moral? *In* Revista Tempo Social, *Revista de Sociologia da USP*, São Paulo, out. 1995, vv. 1-2, n. 7. Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. O último dom da vida, *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, 28 abr. 2002. Caderno Mais! Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. O uso perverso da imagem corporal, *Cadernos de psicanálise do Círculo Psicanalítico do Rio de Janeiro* - Os sentidos do corpo, Rio de Janeiro, 2004, ano 26, n. 17. Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. *O vestígio e a aura*: corpo e consumismo na moral do espetáculo. Rio de Janeiro: Garamond, 2004.
_____. Perspectiva da juventude na sociedade de mercado. *In* NOVAES, Regina; NABNUCHI, Paulo. *Juventude e sociedade*: trabalho, educação, cultura e participação. São

Paulo: Ed. Fundação Perseu Abramo/Instituto Cidadania, 2004. Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. *Pragmática e processo analítico*: Freud, Wittgenstein, Davidson, Rorty. Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. Psicanálise do Messias, *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, 02 dez. 2002. Caderno Mais! (Os Sertões fazem cem anos). Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. *Psicanálise e contexto cultural*: imaginário psicanalítico, grupos e psicoterapias. Rio de Janeiro: Campus, 1989.
_____. Psicanalista diante da realidade brasileira. *In* RAMOS, Silvia. *Mídia e violência urbana*: seminário realizado no Hotel Glória. Rio de Janeiro, 1 e 2 de julho de 1993, Faperj, 1994. Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. Psicoterapia breve: uma abordagem psicanalítica. *In* Figueira, Sérvulo Augusto. *Sociedade e doença mental*. Rio de Janeiro: Campus, 1978. Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. *Psiquiatria burocrática*: duas ou três coisas que sei dela. Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. Quem age e não se omite (O caso Betinho), *Jornal do Brasil*, 11 abr. 1994. Caderno Opinião. Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. *Razões públicas, emoções privadas*. Rio de Janeiro: Rocco, 1999.
_____. Referência perdida, *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, 06 nov. 1995. Caderno Especial - Jornal de Resenhas. Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. Religiões e seus posicionamentos. *In* GIUMBELLI, Emerson (Organiz.). *Religião e sexualidade*: convicções e responsabilidades (religiões e seus posicionamentos – II parte). Rio de Janeiro: Garamond, 2005.
_____. Representação de saúde e doença mental na prática psicoterápica, *Cadernos IMS/UERJ*, Rio de Janeiro, mar/abr. 1989, v. 3, n. 1. Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. Resistência à barbárie, *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, 28 nov. 1999. Caderno Mais! Seção Brasil 500 d. C. Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. Resposta a Joel Birman, *Cadernos IMS/UERJ*, Rio de Janeiro, mar/abr. 1989, v. 3, n. 1. Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. Resposta a Octavio Souza. *In* ARAGÃO, Luiz Tarlei de. *Clínica do Social*: ensaios. São Paulo: Escuta, 1991.
_____. Resposta a Zelijko Loparic, *Revista Percurso*, primeiro semestre 1995, n. 14. Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. Richard Rorty e a construção da subjetividade. *In Saúde, sexo e educação*. IBMR. Rio de Janeiro, 2001, v. IX, n. 23. Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. Rorty e a psicanálise, *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, 08 maio 1994. Caderno Mais! Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. Roteiro social de felicidade, *Jornal Folha de São Paulo*, 13 jun. 1999. Caderno Mais! Seção Brasil 500 d. C. Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. Saúde mental: produto da educação? *Cadernos de psicanálise do Círculo Psicanalítico do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, 1981, ano 3, n. 3. Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. *Sem fraude nem favor*: estudos sobre o amor romântico. 3. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1999.
_____. Sem medo de Virginia Woof, *Jornal Folha de São Paulo*, 26 nov. 2000. Caderno Mais! Seção Brasil 500 d. C. Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.

_____. Sexo e gênero à moda americana, *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, 15 out. 2000. Caderno Mais! Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. Sexo frágil, *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, 02 jul. 2006. Caderno Mais! Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. Sexo no fio da navalha, *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, 23 dez. 2007. Caderno Mais! Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. Sobre a confiança em Balint, *Textura*, Revista de Psicanálise, São Paulo, 2003, ano 3, n. 3. Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. Sobre a etiqueta do antigo regime, *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, Caderno Mais! Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. Sobre psicanálise e religião. *In* MOURA, João Carlos. *Hélio Pellegrino*: A-Deus. Petrópolis: Vozes, 1988.
_____. Sujeitos em busca de um lugar, *Jornal Folha de São Paulo*, 06 ago. 1995. Caderno Mais! Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. Tarde demais para perdoar, *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, 17 ago. 1997. Caderno Mais! Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
maio de 1999.
_____. Tempo e responsabilidade em Os últimos passos de um homem, *Revista Tempo e Presença*, mar/abr. 1996, ano 18, n. 286. Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. Terror e miséria do sexo-rei, *Jornal do Brasil*, 21 out. 1995. Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. Transcendência e violência. *In* JACÓ-VILELA, Ana Maria (Organiz.). *Diálogos em Psicologia social*. Porto Alegre: Abrapso Sul, 2007. Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. Um ano que vai entrar para a história, *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, 21 dez. 1997. Caderno Mais! Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. Um brinde fora do lugar, *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, 12 mar. 1995. Caderno Mais! Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. Um nome próprio da paixão, *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, 27 dez. 1992. Caderno Mais! Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. Utopia amorosa, utopia sexual. *In* CARDOSO, Irene; SILVEIRA, Paulo (Organiz.). *Utopia e mal-estar na cultura*: perspectivas psicanalítica. São Paulo: Hucitec, 1997. Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. Vai sobrar alguma privacidade. In PINHEIRO, Flávio; PIRES, Paulo Roberto (organizadores). *Próximos 500 anos*: as perguntas que o Brasil vai ter que responder. Rio de Janeiro: Aeroplano, 2000. Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. Vidas em liquidação, *Jornal Folha de São Paulo*, São Paulo, 12 fev. 2006. Caderno Mais! Disponível em: <*http://jfreirecosta.sites.uol.com.br*>.
_____. *Violência e psicanálise*. 3. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2003.
_____; RIBEIRO, Renato Janine. *Mudanças no Brasil contemporâneo. In* palestra proferida no evento Vozes do Pensamento Político Contemporâneo, coordenada por Luís Carlos Fridman, promovida pela Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, 26 maio 2003.
COSTA, Stefano. *O dolo processual em matéria civil e penal*. 2. ed. São Paulo: Paulistanajur, 2005.
COSTA, Yasmi Maria Rodrigues Madeira da. *O significado ideológico do sistema punitivo brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2005.
COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Curso de Direito Penal*, v. 1. São Paulo: Saraiva, 1991.
_____. *Nexo causal*. 3. ed. São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004.
COULANGES, Fustel. *A cidade antiga*. 4. ed. 2. tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CUMPLIDO, Manuel José. *Responsabilidad profesional del equipo de salud*: manual de información para la buena praxis. Córdoba: Alveroni, 1997.
_____. *Consentimiento informado*: derecho médico, evolución histórica desde la antigua Grecia a la actualidad, aspectos jurídicos y legales nacionales e internacionales, teoría del consentimiento informado, información al paciente. Córdoba: Mediterránea, 2005.
CUNHA, Euclides da. *Os sertões*: campanha de Canudos. 3. ed. São Paulo: Martin Claret, 2002.
JESUS, Damásio Evangelista de. *Imputação objetiva*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
DAL RI JÚNIOR, Arno. *O Estado e seus inimigos*: a repressão política na história do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2006.
DARMON, Pierre. *Médicos e assassinos na Belle Époque*: a medicalização do crime. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.
DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*: comentários sobre a sociedade do espetáculo. 9. reimpressão. Rio de Janeiro: Contraponto, 2007.
DELLEPIANE, Antonio. *Nova teoria da prova*. Campinas: Minelli, 2004.
DELMAS-MARTY, Mireille. *Os Grandes sistemas de política criminal*. São Paulo: Manole, 2004.
DIAMON, Jared. *Armas, germes e aço*: os destinos das sociedades humanas. 10. ed. Rio de Janeiro: Record, 2008.
DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia*: o homem delinquente e a sociedade criminógena. 2. reimpressão. Coimbra: Coimbra, 1997.
DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal*: parte geral, questões fundamentais, a doutrina geral do crime, t. I. Coimbra: Coimbra, 2004.
_____. *Liberdade, culpa, Direito Penal*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.
_____. *O problema da consciência da ilicitude em Direito Penal*. 5. ed. Coimbra: Coimbra, 2000.
_____. *Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999.
Dicionário de latim-português. 2. ed. Portugal: Porto Editora, 2001, p. 166.
DUARTE, Écio Oto Ramos. *Teoria do discurso e correção normativa do direito*: aproximação à metodologia discursiva do direito. São Paulo: Landy, 2003.
DUMAS, Alexandre. A pós-modernidade no Direito Penal brasileiro. *In* Nilo Batista: a luta pelo Direito. Rio de Janeiro: *Chronos*, publicação da Unirio, 2007, ano 2, n. 4.
DUMONT, René. *Um mundo intolerável*: o liberalismo em questão. Rio de Janeiro: Revan, 1989.
DURKHEIM, Émile. *O suicídio*. *In* coleção obra-prima de cada autor. 1. reimpressão. São Paulo: Martin Claret, 2008.
DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida*: aborto, eutanásia e liberdades individuais. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría general de la prueba judicial*. 5. ed., tomos I e II. Colômbia: Temis, 2002.
ELIAS, Norbert. *A solidão dos moribundos*: seguido de "envelhecer e morrer". Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
_____. *Introdução à sociologia*. Portugal: Edições 70, 2005.
_____. *O processo civilizador*: uma história dos costumes, v. 1. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.
_____. *O processo civilizador*: formação do Estado e civilização, v. 2. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993.
ENGEL, Magali Gouveia. *Meretrizes e doutores*: saber médico e prostituição no Rio de Janeiro (1840-1890). São Paulo: Brasiliense, 2004.

_____. *Os delírios da razão*: médicos, loucos e hospícios (Rio de Janeiro, 1830-1930). *In* coleção loucura e civilização, Rio de Janeiro: Fiocruz, 2001.
ESTIARTE, Carolina Villacampa. *Responsabilidade penal del personal sanitário*: atribución de responsabilidad penal en tratamientos médicos efectuados por diversos profesionales. *In* RDPP, n. 10, Navarra: Aranzadi, 2003.
FABRICIUS, Dirk. *Culpabilidade e seus fundamentos empíricos*. Curitiba: Juruá, 2006.
FARIA, Maria Paula Bonifácio Ribeiro de. *A adequação social da conduta no Direito Penal*: ou o valor dos sentidos sociais na interpretação da lei penal. *In* teses. Porto: PUC, 2005.
_____. *Aspectos jurídico-penais dos transplantes. In* estudos e monografias. Porto: UCP, 1995.
FERNANDES, Tania Maria. *Vacina antivariólica*: ciência, técnica e o poder dos homens - 1820-1920. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1999.
FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. São Paulo: RT, 2002.
FERRERES, Alberto R. *El consentimiento informado en la práctica quirúrgica*. Buenos Aires: Ad-hoc, 2006.
FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania. In* colección criminalistas perennes, v. 1. Buenos Aires: Hammurabi, 1989.
FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto Penale*: parte generale. 4. ed. Itália: Zanichelli, 2004.
FLORIAN, Eugenio. *De las pruebas penales*, vv. I e II. 3. ed. Colômbia: Temis, 2002.
FONSECA, Jorge Carlos de Almeida. *Crimes de empreendimento e tentativa*: um estudo com particular incidência sobre o Direito Penal português. Coimbra: Almedina, 1986.
FOUCAULT, Paul-Michel. *A arqueologia do saber*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
_____. *A mulher/os rapazes*: da história da sexualidade. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2008.
_____. *A ordem do discurso*: aula inaugural no Collège de France, pronunciada em 2 de dezembro de 1970. *In* coleção leituras filosóficas. 16. ed. São Paulo: Loyola, 2008.
_____. *As palavras e as coisas*. 10. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
_____. *Ditos e escritos*: arqueologia da ciência e história dos sistemas de pensamento, v. 2. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.
_____. *Ditos e escritos*: estratégia, poder, saber, v. 4. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.
_____. *Ditos e escritos*: ética, sexualidade, política, v. 5. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.
_____. *Doença mental e psicologia. In* biblioteca tempo universitário. 6. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2000, n. 11.
_____. *Em defesa da sociedade.* 4. tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
_____. *História da loucura*: na idade clássica. *In* Estudos. São Paulo: Perspectiva, 2008, n. 61.
_____. *História da sexualidade*: a vontade de saber. 3. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1977.
_____. *Isto não é um cachimbo*. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.
_____. *Microfísica do poder*. 26. ed. Rio de Janeiro: Graal, 2008.
_____. *Nascimento da biopolítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
_____. *Os anormais. In* coleção tópicos. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
_____. *O nascimento da clínica*. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
_____. *O poder psiquiátrico. In* coleção tópicos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
_____. *Raymond Russel*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1999.
_____. *Resumo dos cursos do College de France*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.
_____. *Segurança, território, população*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
_____. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão. 35. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal*: parte geral. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
_____. Oservações sobre o princípio da reserva legal. *In Revista de Direito Penal,* n. 1, jan-mar/1971, e, também, em http://www.fragoso.com.br/cgi-bin/heleno_artigos/arquivo11.pdf.
FRANCO, Maria Sylvia de Carvalho. *Homens livres na ordem escravocrata*. 4. ed. 1. reimpressão. São Paulo: Unesp, 1997.
FRANK, Reinhard. *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad. In* coleção maestros del Derecho penal. 2. reimpressão. Montevidéu: B de f, 2004, n. 1.
FREIDSON, Eliot. *Profissão médica*: um estudo de sociologia do conhecimento aplicado. São Paulo: Unesp, 2009.
FREYRE, Gilberto. *Casa-grande e senzala*: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. 51. ed. São Paulo: Global, 2006.
_____. *Sobrados e mucambos*: decadência do patriarcado e desenvolvimento do urbano. 16. ed. São Paulo: Global, 2006.
_____. *Sociologia da Medicina*. São Paulo: É Realizações, 2009.
FRISCH, Wolfgang. *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Madri: Marcial Pons, 2004.
FUMAROLA, Luis Alejandro. *Eximentes de responsabilidad civil médica. In* coleção responsabilidad civil, v. 18. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 2006.
GALEANO, Eduardo. *As veias abertas da América Latina*, n. 900. Porto Alegre: L&PM, 2010.
_____. *De pernas pro ar*: a escola do mundo ao avesso. 9. ed. Porto Alegre: L&PM, 2007.
_____. *Nós dizemos não*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1990.
_____. *Ser como eles*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2000.
GANTHALER, Heinrich. *O direito à vida na medicina*: uma investigação moral e filosófica. Porto Alegre: Safe, 2006.
GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia*: o guardião das promessas. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
GARAY, Oscar Ernesto. *Código de derecho médico*: estudio del régimen legal del ejercicio de la Medicina, Odontología y actividades de colaboración. Buenos Aires: Ad-hoc, 1999.
_____. *Código de ética de los médicos*: comentário ético, bioético y jurídico. Buenos Aires: Ad-hoc, 2000.
_____. *Derechos fundamentales de los pacientes*: bioética y derechos humanos, los derechos personalíssimos, derecho a la vida y a la salud, el derecho a disponer del proprio cuerpo y la esterilización, anencefalia, el principio de dignidade de la persona, derecho a la verdade, derecho a la identidad sexual, secreto médico, responsabilidad penal y responsabilidad civil, los derechos del paciente terminal, consentimiento informado. Buenos Aires: Ad-hoc, 2003.
GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal. In* série clássicos jurídicos, Direito, desenvolvimento, justiça, v. I, tomos I e II. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
GARLAND, David. *A cultura do controle*: crime e ordem social na sociedade contemporânea. In coleção pensamento criminológico, n. 16. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2008.
GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. São Paulo: Unesp, 1991.
GIDDENS, Anthony; TURNER, Jonathan (Organiz.). *Teoria social hoje*. São Paulo: Unesp, 1999.
GIORGI, Alessandro de. *A miséria governada através do sistema penal. In* coleção pensamento criminológico, n. 12. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2006.
GOFFMAN, Erving. *Estigma*: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. 4. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1988.
_____. *Manicômios, prisões e conventos. In* coleção Debates. São Paulo: Perspectiva, 2007, n. 91.

GOLDSCHMIDT, James. *La concepción normativa de la culpabilidad. In* coleção maestros del Derecho Penal, n. 7. 2. ed. Montevidéu: B de f, 2002.
GOMES, Luiz Flávio. *Princípio da ofensividade no Direito Penal. In* série as ciências criminais no século XXI, v. 6. São Paulo: RT, 2002.
GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. *O Direito Penal na era da globalização. In* série as ciências criminais no século XXI, v. 10. São Paulo: RT, 2002.
GÓMEZ, Germán Pabón. *Lógica del indicio en material criminal*. 2. ed. Colômbia: Temis, 1995.
GORDON, Noah. *O físico*: a epopéia de um médico medieval. Rio de Janeiro: Rocco, 1988.
_____. *Xamã*: a história de um médico no século XIX. Rio de Janeiro: Rocco, 2000.
GORDON, Richard. *Os grandes desastres da Medicina*. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.
GORPHE, François. *Apreciación judicial de las pruebas*: ensayo de un método técnico. 2. ed. Colômbia: Temis, 2004.
GRECO, Luís Filipe. Breves reflexões sobre os princípios da proteção de bens jurídicos e da subsidiariedade no Direito Penal. *In* BRITO, Alexis Augusto Couto de; VANZOLINI, Maria Patrícia (Coord.). *Direito Penal*: aspectos jurídicos controvertidos. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 150.
_____. *Cumplicidade através de ações neutras*: a imputação objetiva na participação. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
_____. *Um panorama da teoria da imputação objetiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; CINTRA, Antonio Carlos Araujo. *Teoria Geral do Processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
GROSNER, Marina Quezado. *A seletividade do sistema penal na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça*: o trancamento da criminalização secundária por decisões em habeas corpus. São Paulo: IBCCrim, 2008, n. 45.
GROSSI, José Gerardo. Nilo Batista: advogado e abolicionista. *In* Nilo Batista: a luta pelo Direito. Rio de Janeiro: *Chronos*, publicação da Unirio, 2007, ano 2, n. 4.
GUARAGNI, Fábio André. *As teorias da conduta em Direito Penal*: um estudo da conduta humana do pré-causalismo ao funcionalismo pós-finalista. *In* série as ciências criminais no século XXI, v. 12. São Paulo: RT, 2005.
GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel. *Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
GUTIÉRREZ, Pedro Alejandro. *Homicídio y lesiones en lactantes*: análisis e importância del aporte multidisciplinario em la investigación y juzgamiento. Buenos Aires: Fabian J. Di Plácido, 2005.
HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*: a caminho de uma eugenia liberal? São Paulo: Martins Fontes, 2004.
HASSEMER, Winfried. *Direito Penal*: fundamentos, estrutura, política. Porto Alegre: Safe, 2008.
_____. *Direito Penal libertário*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
_____. *Introdução aos fundamentos do Direito Penal*. Porto Alegre: Safe, 2005.
HERNÁNDEZ, Tomás García. *Manual del médico clínico para evitar demandas judiciales*: estudio jurídico de los conflictos, medidas preventivas en los actos médicos y repertorio de legislación sanitaria. Madri: La Ley-Actualidad, 1999.
HIGHTON, Elena I.; WIERZBA, Sandra M. *La relación médico-paciente*: el consentimiento informado. 2. ed. Buenos Aires: Ad-hoc, 2003.
HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26. ed. 30. reimpressão. São Paulo: Cia. das Letras, 2008.

HOLLANDA, Cristina Buarque de. *Polícia e direitos humanos*: política de segurança pública no primeiro governo Brizola (Rio de Janeiro: 1983-1986). Rio de Janeiro: Revan, 2005.
HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento*: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Edições 34, 2003.
ILHA DA SILVA, Ângelo Roberto. *Dos crimes de perigo abstrato em face da Constituição*. São Paulo: RT, 2003.
JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de Derecho Penal*: parte general. 5. ed. Granada: Comares, 2002.
JAKOBS, Günther. *Derecho Penal*: parte general, fundamentos y teoría de la imputación. 2. ed. Madri: Marcial Pons, 1997.
_____. *Fundamentos del Derecho Penal*. Buenos Aires: Ad-hoc, 1996.
_____. *Tratado de Direito Penal*: teoria do injusto penal e culpabilidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. *In Discursos Sediciosos, Crime, Direito e Sociedade*, 1° semestre 1996, ano 1, n. 1, p. 79.
KAUFMANN, Armin. *Dogmática de los delitos de omisión*. Madri: Marcial Pons, 2006.
LARA, Silva Hunold. *Fragmentos setecentistas*: escravidão, cultura e poder na américa portuguesa. São Paulo: Cia. das Letras, 2007.
LECLERC, Henri; THÉOLLEYRE, Jean-Marc. *As mídias e a justiça*: liberdade de imprensa e respeito ao Direito. São Paulo: Edusc, 2007.
LEMOS, Floriano de. *Direito de matar e curar*. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco Filho, 1933.
LERMA, Cristina Guisasola. *La imprudencia profesional. In* coleção los delitos, n. 67. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.
LERRER, Débora Franco. *De como a mídia fabrica e impõe uma imagem*: "a degola" do PM pelos sem-terra em Porto Alegre. Rio de Janeiro: Revan, 2005.
LIMA, Madalena. *Transplantes*: relevância jurídico-penal (legislação actual). Coimbra: Almedina, 1996.
LISZT, Franz von. *A teoria finalista no Direito Penal*. Campinas: LZN, 2005.
_____. *La idea del fin en el Derecho Penal. In* monografias jurídicas n. 40. Colômbia: Temis, 1998.
_____. *Tratado de Direito Penal alemão*, tomos I e II. Campinas: Russel, 2003.
LOUGON, Maurício. *Psiquiatria institucional*: do hospício à reforma psiquiátrica. *In* loucura e civilização, Rio de Janeiro: Fiocruz, 2006.
LUIZ, Olinda do Carmo. *Ciência e risco à saúde nos jornais diários*. São Paulo: Annablume, 2006.
LUISI, LUIZ. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Safe, 2003.
MACHADO, Maria Helena (Coord). *Os médicos no Brasil*: um retrato da realidade. 1. reimpressão. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1997.
MACHADO, Roberto *et alii*. *Danação da norma*: medicina social e constituição da psiquiatria no Brasil. Rio de Janeiro: Graal, 1978.
MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho Penal*, vv. 1 a 5. 2. ed. Colômbia: Temis, 2000.
MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. 2. ed. Campinas: Bookseller, 2001.
MANTOVANI, Ferrando. *Principi di Diritto Penale*. Padova: Cedam, 2002.
MÁRQUES, Gabriel Garcia. *Memória de minhas putas tristes*. São Paulo: Record, 2005.
MARTÍN, Luis Gracia. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do Direito Penal e para a crítica do discurso de resistência*. Porto Alegre: Safe, 2005.

MARTINS, António Carvalho. *A colheita de órgãos e tecidos nos cadáveres*: responsabilidade criminal nas intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos (o artigo 150 do Código Penal). Coimbra: Coimbra, 1986.
MARTÍNEZ-PEREDA, J. M.; LORENZO, R. de. *El médico y el farmacêutico ante el Código Penal*. Madrid: Editores Médicos S. A., 2003.
MARX, Karl. *O capital*. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1969.
MAURACH, Reinhard; ZIPF, Heinz. *Derecho Penal*, v. 1. Buenos Aires: Astrea, 1994.
MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz; GÖSSEL, Karl Heinz. *Derecho Penal*, v. 2. Buenos Aires: Astrea, 1995.
MAZZILLI NETO, Ranieri. *Os caminhos do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
MEIRA, Silvio A. B. *A lei das XII tábuas*: fonte do direito público e privado. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972.
MELO, João Manuel Cardoso de. *O capitalismo tardio*. São Paulo: Unesp, 2009.
MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica*: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX). *In* coleção pensamento criminológico, n. 11. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2006.
MENDES, Chico; VERÍSSIMO, Chico; BITTAR, William. *Arquitetura no Brasil*: de Cabral a Dom João VI. *In* coleção arquitetura no Brasil, v. I. Rio de Janeiro: Imperial Novo Milênio, 2007.
MENDONÇA, Kleber. *A punição pela audiência*: um estudo do Linha Direta. Rio de Janeiro: Quartet, 2002.
MENEGAT, Marildo. *O olho da barbárie. In* coleção trabalho e emancipação. São Paulo: Expressão Popular, 2006.
MEZGER, Edmund. *Criminologia, in* serie c. - grandes tratados generales de Derecho privado y publico, v. XXI. 2. ed. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1950.
_____. *Derecho Penal*: libro de estudio, tomos I e II. Buenos Aires: El Foro, sem data.
_____. *Tratado de Derecho Penal*, tomos I e II. Madri: Revista de Derecho Privado, 1955.
MICHELLI, Gian Antonio. *La carga de la prueba*, Colombia: Temis, 2004.
MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Direito Penal e biotecnologia. In* série ciência do Direito Penal contemporânea, v. 8 (Coord. Luiz Regis Prado). São Paulo: RT, 2008.
MIR, José Cerezo. *Derecho penal*: parte general, obras completas I. São Paulo/Lima: RT/ARA, 2007.
MISSE, Michel (Organiz.). *Acusados e acusadores*: estudos sobre ofensas, acusações e incriminações. Rio de Janeiro: Revan, 2008.
MITTERMAIER, Karl Joseph Anton. *Tratado da prova em matéria criminal ou exposição comparada dos princípios da prova em matéria criminal, etc., de suas diversas aplicações na Alemanha, França, Inglaterra etc*. 2. tiragem. Campinas: Bookseller, 1997.
MOMMSEN, Theodor. *Derecho Penal romano*. 2. ed. Colômbia: Temis, 1999.
MONTANELLI, Norberto. *Mala praxis en cirurgía plástica*: visión no dogmática sobre la especialidad médica más castigada. Buenos Aires: García Alonso, 2003.
_____. *Responsabilidad criminal médica*. Buenos Aires: García Alonso, 2005.
MONTANO, Pedro J. *La responsabilidad penal de médicos y científicos ante las nuevas tecnologias de la procreacion com especial referencia a las recomendaciones europeas y al Pacto de San José de Costa Rica*. Montevideo: Amalio M. Fernandez, 1991.
_____. *Medicinas alternativas y Derecho Penal*. Montevideo/Buenos Aires: B de f, 2003.
MORETZSOHN, Sylvia. *Jornalismo em "tempo real"*: o fetiche da velocidade. Rio de Janeiro: Revan. 2002.
_____. *Pensando contra os fatos*: jornalismo e cotidiano, do senso comum ao senso crítico. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
MOTTA, Ivan Martins. *Erro de proibição e bem jurídico-penal*. São Paulo: RT, 2009.

MUCHEMBLED, Robert. *Uma história do diabo*: séculos XII a XX. Rio de Janeiro: Bom Texto, 2001.
NAVA, Pedro. *Capítulos da história da Medicina no Brasil*, São Paulo: Ateliê; Paraná: Eduel; São Paulo: Oficina do Livro Rubens Borba de Moraes, 2003.
NAVEROS, Maria Teresa Requejo. *El delito de revelación de secreto médico y la protección penal de la información genética*. Madri: Colex, 2006.
NEDER, Gizlene; CERQUEIRA FILHO, Gisálio. *Idéias jurídicas e autoridade na família*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
NEDER, Gizlene. Absolutismo e punição. *In Discursos Sediciosos, Crime, Direito e Sociedade*, 1° semestre 1996, ano 1, n. 1, p. 199.
_____. (Organiz.). *História e Direito*: jogos de encontros e transdisciplinaridade. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
_____. *Iluminismo jurídico-penal luso-brasileiro*: obediência e submissão. *In* coleção pensamento criminológico, n. 4. 2. edição. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2007.
_____. *Violência e cidadania*. Porto Alegre: Safe, 1994.
NEPOMUCENO, Alessandro. *Além da lei*: a face obscura da sentença penal. Rio de Janeiro: Revan, 2004.
NETO, Luísa. *O direito fundamental à disposição sobre o próprio corpo*: a relevância da vontade na configuração do seu regime. *In* teses e monografias, n. 5. Coimbra: Coimbra, 2004.
NEVES, A. Castanheira. *A crise actual da Filosofia do Direito no contexto da crise global da filosofia*: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva reabilitação. *In* studia iuridica. Boletim da Faculdade de Direito, n. 72. Coimbra: Coimbra, 2003.
NEVES, Lúcia Maria Bastos Pereira das. *Corcundas e constitucionais*: a cultura da política da independência (1820-1822). Rio de Janeiro: Revan/Faperj, 2003.
NORONHA, Edgar Magalhães. *Direito Penal*: dos crimes contra as pessoas, dos crimes contra o patrimônio, v. 2. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 86.
OLIVEIRA, Maria Joana de Castro. *A imputação objetiva na perspectiva do homicídio negligente*. Coimbra: Coimbra, 2004.
OLIVEIRA E SILVA, Eduardo Sanz. *O Princípio da subsidiariedade e a expansão do Direito Penal Econômico. In* D'ÁVILA, Fabio Roberto; SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de (Coord.). *Direito Penal Secundário*. São Paulo/Coimbra: RT/Coimbra, 2006.
OLMO, Rosa del. *A América Latina e sua criminologia. In* coleção pensamento criminológico, n. 9. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2004.
ORDEIG, Enrique Gimbernat. *Conceito e método da ciência no Direito Penal. In* série as ciências criminais no século XXI, v. 9. São Paulo: RT, 2002.
ORTÚZAR, Ignácio F. Benítez; CUEVA, Lorenzo Morillas; RIERA, Jaime Peris (Coord.). *Estúdios jurídico-penales sobre genética y biomedicina*: libro-homenaje al Prof. Dr. D. Ferrando Mantovani. Madri: Editorial Dykinson, 2005.
PAGANO, Francisco Mario. *Principios del Código Penal. In* colección criminalistas perennes, v. 4. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.
PAIVA, José da Cunha Navarro. *Tratado teórico e prático das provas no processo penal*. Campinas: Minelli, 2004.
PANASCO, Wanderby Lacerda. *A responsabilidade civil, penal e ética dos médicos*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
PASSETTI, Edson (Coord). *Curso livre de abolicionismo penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.
PATRÍCIO, Rui. *Erro sobre regras legais, regulamentares ou técnicas nos crimes de perigo comum no actual direito português*: um caso de infracção de regras de construção e algumas interrogações no nosso sistema penal. Lisboa: AAFDL, 2000.

PAVARINI, Massimo. *O instrutivo caso italiano. In* Discursos Sediciosos, Crime, Direito e Sociedade, 2° semestre 1996, ano 1, n. 2, p. 69.
PEREIRA, André Gonçalo Dias. *O consentimento informado na relação médico-paciente*: estudo de Direito Civil, n. 9. Coimbra: Coimbra, 2004.
PEREIRA, José Carlos de M. *A explicação sociológica na Medicina social*. São Paulo: Unesp, 2005.
PETIT, Eugène. *Tratado Elementar de Direito Romano*. Campinas: Russell, 2003.
PIERANGELI, José Henrique. *Curso de Direito Penal brasileiro*: parte geral, artigos 1º ao 120, v. 1. 7. ed. São Paulo: RT, 2007.
_____. *Escritos jurídico-penais.* 2. ed. São Paulo: RT, 1999.
_____. *O consentimento do ofendido na teoria do delito*. 3. ed., São Paulo: RT, 2001.
_____. *Manual de Direito Penal brasileiro*: parte especial, artigos 121 a 234. São Paulo: RT, 2005.
PORTOCARRERO, Vera. *Arquivos da loucura*: Juliano Moreira e a descontinuidade histórica da Psiquiatria. *In* loucura e civilização. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2002.
PRADO, Maria Emília. *Memorial das desigualdades*: os impasses da cidadania no Brasil (1870/1902). Rio de Janeiro: Revan, 2005.
PUIG, Santiago Mir. *Derecho Penal*: parte general. 7. ed. Montevideo/Buenos Aires: B de f, 2004.
PUPPE, Ingeborg. *A distinção entre dolo e culpa*. São Paulo: Manole, 2004.
QUEIROZ, Paulo. *Direito Penal*: parte geral, de acordo com a Lei n. 12.015, de 07 de agosto de 2009. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
QUIROGA, Jacobo López Barja de. *El consentimiento en el Derecho Penal. In* cuadernos Luis Jiménez de Asúa, n. 7. Madri: Dykinson, 1999.
RABINOVICH-BERKMAN, Ricardo. *Actos jurídicos y documentos biomédicos*. Buenos Aires: La Ley, 2004.
RASPE, Rudolf Erich; BÜRGER, Gottfried. *As aventuras do barão de Münchhausen*. São Paulo: Círculo do Livro, sem data.
RAUTER, Cristina. *Criminologia e subjetividade no Brasil. In* coleção pensamento criminológico, n. 8. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2003.
REGO, Sérgio. *A formação ética dos médicos*: saindo da adolescência com a vida (dos outros) nas mãos. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2003.
REINER, Robert. *A política da polícia. In* polícia e sociedade, v. 11. São Paulo: Edusp, 2004.
REIS, Eduardo Almeida. *Pau-de-tinta*: uma breve (e risonha) história da engenharia brasileira. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
RIBEIRO, Berta G. *O índio na cultura brasileira*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2000.
RIPOLLÉS, José Luis Díez. *A racionalidade das leis penais*: teoria e prática. São Paulo: RT, 2005.
RIVERO, Maria del Carmen Gómez. *La responsabilidad penal del médico*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.
RODRIGUES, Cristiano. *Teorias da culpabilidade.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
RODRIGUES, João Vaz. *O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português*: elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente, n. 3. Coimbra: Coimbra, 2001.
RODRIGUES, José Carlos. *O corpo na história. In* antropologia e saúde, n. 3. 2. reimpressão. Rio de Janeiro: Fiocruz, 1999.
RODRIGUEZ, Jose M. Martinez-Pereda. *La responsabilidad penal del médico y del sanitário*. Madri: Colex, 1997.
ROSEN, George. *Da polícia médica à medicina social*: ensaios sobre a história da assistência médica. Rio de Janeiro: Graal, 1979.

ROTTERDAM, Erasmo de. *Elogio da loucura*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
ROXIN, Claus; JAKOBS, Günther; SCHÜNEMANN, Bernd; FRISCH, Wolfgang; KÖHLER, Michael. *Sobre el estado de la teoría del delito*: seminário en la Universitat Pompeu Fabra. Madri: Cuadernos Civitas, 2000.
ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*. 7. ed. Madri: Marcial Pons, 2000.
_____. *Derecho Penal*: parte general, fundamentos, la estrutura de la teoria del delito, t. I. 2. reimpressão. Madrid: Civitas, 2003.
_____. *Estudos de Direito Penal*. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
_____. *Problemas fundamentais de Direito Penal*. 3. ed. Portugal: Vega, 2004.
RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social. In* coleção pensamento criminológico, n. 3. 2. ed., Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2004.
SÁ, Domingos Bernardo Gialluisi da Silva. Ayahuasca: a consciência da expansão. *In Discursos Sediciosos, Crime, Direito e Sociedade*, 2° semestre 1996, ano 1, n. 2, p. 168.
SABADELL, Ana Lucia. *Tormenta juris permissione*: tortura e processo penal na península ibérica (séculos XVI – XVIII). *In* coleção pensamento criminológico, n. 13. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2006.
SAMBRIZZI, Eduardo A. *Derecho y eutanasia*, Buenos Aires: La Ley, 2005.
SANCINETTI, Marcelo A. *Casos de Derecho Penal*: parte general, contribuciones de Günther Stratenwerth e Patricia S. Ziffer. 3. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2006.
SANTANA, Selma Pereira de. *A culpa temerária*: contributo para uma construção no direito penal brasileiro. São Paulo: RT, 2005.
SANTIANO, Silviano. Retórica da verossimilhança. *In Discursos Sediciosos, Crime, Direito e Sociedade*, 1° semestre 1996, ano 1, n. 1, p. 42.
SANTOS, Joel Rufino dos. A lição de Péricles. *In Discursos Sediciosos, Crime, Direito e Sociedade*, 2° semestre de 1996, ano 1, n. 2, p. 228.
SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2002.
_____. *Direito Penal*: parte geral. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2006.
SCARPARO, Helena. *Cidadãs brasileiras*: o cotidiano de mulheres trabalhadoras. Rio de Janeiro: Revan, 1986.
SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastores. *Sortilégio de saberes*: curandeiros e juízes nos tribunais brasileiros (1900-1990). São Paulo: IBCCrim, 2004, n. 29.
SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo das raças*: cientistas, instituições e questão racial no Brasil – 1870-1930. 7. reimpressão. São Paulo: Cia. das Letras, 2007.
SCLIAR, Moacyr. *O livro da Medicina. In* coleção profissões. São Paulo: Cia. das Letrinhas, sem data.
SEVCENKO, Nicolau. *A revolta da vacina*: mentes insanas em corpos rebeldes. *In* história em aberto. São Paulo: Scipione, 2001.
SILVA, Manoel Vieira da; PEIXOTO, Domingos Ribeiro dos Guimarães. *A saúde pública no Rio de Dom João*. Rio de Janeiro: Senac, 2008.
SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. *Leis penais em branco e o Direito Penal do risco*: aspectos críticos e fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
SILVA-SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. In* série as ciências criminais no século XXI, v. 11. São Paulo: RT, 2002.
SOLER, Sebastian. *Derecho Penal argentino*, vv. I a V. 11. reimpressão. Buenos Aires: TEA, 2000.
SOURNIA, Jean-Charles. *História da Medicina. In* coleção histórias e biografias. sem local: Instituto Piaget, sem data.

SOUZA SANTOS, Humberto. *Co-autoria em crime culposo e imputação objetiva*. São Paulo: Manole, 2004.
SPROVIERO, Juan H. *Mala praxis*: proteccion juridica del medico. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1998.
STEIN, Friedrich. *El conocimiento privado del juez*. 2. ed. Colômbia: Temis, 1999.
STRATENWERTH, Günther. *Acción y resultado en Derecho Penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 1991.
_____. *Derecho Penal*: parte general I, el hecho punible. 4. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2005.
SZASZ, Thomas S. *O mito da doença mental*: fundamentos de uma teoria da conduta pessoal. São Paulo: Círculo do Livro, sem data.
TAVARES, Juarez Estevam Xavier. *Direito Penal da negligência*: uma contribuição à teoria do crime culposo. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
_____. *Teorías del delito*: variaciones – tendencias. *In* coleção negra, n. 2. Buenos Aires: Hammurabi, sem data.
_____. *Teoria do crime culposo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
_____. *Teoria do injusto penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
TEIXEIRA, Julius Martins. O homem síntese: crime e loucura. *In Discursos Sediciosos, Crime, Direito e Sociedade*, 2° semestre 1996, ano 1, n. 2, p. 143.
TELLES JUNIOR, Goffredo. *A criação do Direito*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.
TERRAGNI, Marco Antonio. *Culpabilidad penal y responsabilidad civil*. Buenos Aires: Hammurabi, 1981.
_____. *El delito culposo en la praxis médica*. Reimpresión. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, sem data.
TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de Direito Penal*. 5. ed. 11. tiragem. São Paulo: Saraiva, 2002.
TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial.* 2. tiragem. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
ULLOA, Manuel Aráuz. *El delito de omisión del deber de socorro*: aspectos fundamentales. In Tirant monografias. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, n. 342.
VELOSO, José António. *Erro em Direito Penal*. 2 ed. Lisboa: Aafdl, 1999.
VIANA, Túlio. *Transparência pública, opacidade privada*: o Direito como instrumento de limitação do poder na sociedade de controle. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
VIGARELLO, Georges. *O limpo e o sujo*: uma história da higiene corporal. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
VILLEY, Michel. *O Direito e os direitos humanos*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
_____. (Organiz.). *O mistério do ministério*: Pierre Bourdieu e a política democrática. Rio de Janeiro: Revan, 2005.
_____. *Os condenados da cidade*: estudos sobre marginalidade avançada. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2005.
_____. *Parias urbanos*: marginalidad en la ciudad a comienzos del milenio. 2. reimpressão. Buenos Aires: Manantial, 2007.
_____. *Punir os pobres*: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos (a onda punitiva). In coleção pensamento criminológico. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan/Icc, 2007, n. 6.
WALTER, Gerhard. *Libre apreciación de la prueba*: investigación acerca del significado, las condiciones y límites del libre convencimiento judicial. Colômbia: Temis, 1985.
WELZEL, Hans. *Direito Penal*. Campinas: Romana, 2003.

_____. *El nuevo sistema del Derecho Penal*: una introducción a la doctrina de la acción finalista. In coleção maestros del Derecho Penal. Montevidéu: B de f, 2001, n. 4.
WITTGENSTEIN, Ludwig. *Da certeza. In* biblioteca de filosofia contemporânea. Lisboa: Edições 70, sem data.
YANZI, Carlos V. Gallino. *La antijuridicidad y el secreto profesional*. Buenos Aires: Victor P. de Zavalia, 1972.
YOUNG, Jock. *A sociedade excludente*: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente. *In* coleção pensamento criminológico, n. 7. Rio de Janeiro: Revan/Icc, 2002.
YUNGANO, Arturo Ricardo; BOLADO, Jorge D. López; POGGI, Víctor Luis; BRUNO, Antonio Horacio. *Responsabilidad profesional de los médicos*: cuestiones civiles, penales, médico-legales y deontológicas. 2. ed. Reimpressão. Buenos Aires: Universidad, 1992.
ZACCONE, Orlando. *Acionistas do nada*: quem são os traficantes de drogas. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Apuntes sobre el pensamiento penal en el tiempo. In* coleção claves del Derecho Penal, v. 11. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.
_____. *Crime organizado*: uma categorização frustrada. *In* Discursos Sediciosos, Crime, Direito e Sociedade, 1° semestre 1996, ano 1, n. 1, p. 56.
_____. *Em busca das penas perdidas*: a perda de legitimidade do sistema penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
_____. *O inimigo no Direito Penal. In* coleção pensamento criminológico, n. 14. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2007.
_____. *Tratado de Derecho Penal*: parte general, vv. I a V. 4. reimpressão. Buenos Aires: Ediar, 2006.
ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho Penal*: parte general. 2. ed. 1. reimpressão. Buenos Aires: Ediar, 2002.
ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal brasileiro*: teoria geral do Direito Penal, v. I. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
_____. *Direito Penal brasileiro*: teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade, v. II, I. Rio de Janeiro: Revan, 2010.
ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Da tentativa*: doutrina e jurisprudência. 6. ed. São Paulo: RT, 2000.
_____. *Manual de Direito Penal brasileiro*: parte geral. 5. ed. São Paulo: RT, 2004.
ZIELINSKI, Diethart. *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*: análisis de la estructura de la fundamentación y exclusión del ilícito. Buenos Aires: Hammurabi, 1990.