

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

REBECA FERNANDES DIAS

**PENSAMENTO CRIMINOLÓGICO NA PRIMEIRA REPÚBLICA: O BRASIL EM
DEFESA DA SOCIEDADE**

CURITIBA
2015

REBECA FERNANDES DIAS

**PENSAMENTO CRIMINOLÓGICO NA PRIMEIRA REPÚBLICA: O BRASIL EM
DEFESA DA SOCIEDADE**

Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, e à Università Degli Studi di Firenze, como parte das exigências para a obtenção do título de Doutora em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Ricardo Marcelo Fonseca

Co-orientador: Prof. Dr. Pietro Costa

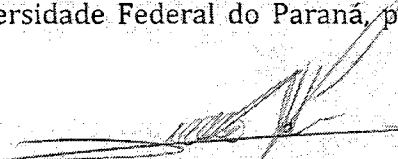
CURITIBA
2015

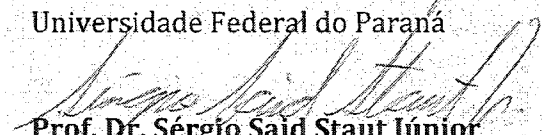
TERMO DE APROVAÇÃO

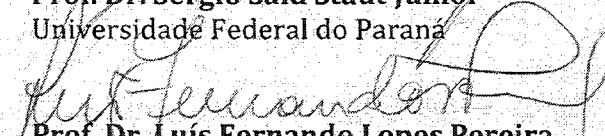
REBECA FERNANDES DIAS

PENSAMENTO CRIMINOLÓGICO NA PRIMEIRA REPÚBLICA: O BRASIL EM DEFESA DA SOCIEDADE

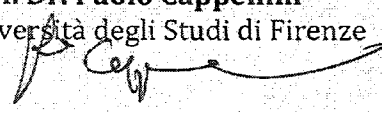
Tese aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Doutora em Direito ao Programa de Pós-Graduação em Direito, área de concentração em Direito do Estado da Universidade Federal do Paraná, pela comissão formada pelos professores:

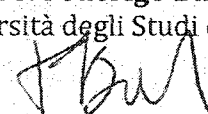
Orientador: 
Prof. Dr. Ricardo Marcelo Fonseca
Universidade Federal do Paraná

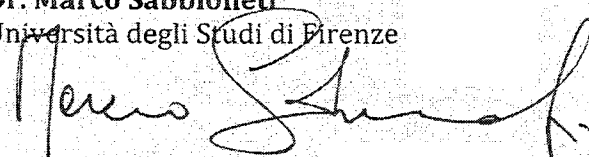

Prof. Dr. Sérgio Saíd Staut Júnior
Universidade Federal do Paraná


Prof. Dr. Luís Fernando Lopes Pereira
Universidade Federal do Paraná

Prof. Dr. Paolo Cappellini
Università degli Studi di Firenze


Prof. Dr. Federigo Bambi
Università degli Studi di Firenze


Dr. Marco Sabbioneti
Università degli Studi di Firenze



LIBSON REVISITED (FERNANDO PESSOA)

*Não: não quero nada.
Já disse que não quero nada.
Não me venham com conclusões!
A única conclusão é morrer.
Não me tragam estéticas!
Não me falem em moral!
Tirem-me daqui a metafísica!
Não me apregoem sistemas completos, não me enfileirem conquistas
Das ciências (das ciências, Deus meu, das ciências!)
Das ciências, das artes, da civilização moderna!
Que mal fiz eu aos deuses todos?
Se têm a verdade, guardem-a!
Sou um técnico, mas tenho técnica só dentro da técnica
Fora disso sou doido, com todo o direito a sê-lo
Com todo o direito a sê-lo, ouviram?
Não me macem, por amor de Deus!
Queriam-me casado, fútil, quotidiano e tributável?
Queriam-me o contrário disto, o contrário de
Qualquer coisa?
Se eu fosse outra pessoa, fazia-lhes, a todos, a
vontade
Assim, como sou, tenham paciência!
Vão para o diabo sem mim,
Ou deixem-me ir sozinho para o diabo!
Para que havermos de ir juntos?
Não me peguem no braço!
Não gosto que me peguem no braço. Quero ser sozinho
Já disse que sou sozinho!
Ah, que maçada quererem que eu seja da
companhia!
Ó céu azul – o mesmo da minha infância –
Eterna verdade vazia e perfeita!
Ó macio Tejo ancestral e mudo,
Pequena verdade onde o céu se reflete!
Ó mágoa revisitada, Lisboa de outrora de hoje!
Nada me dais, nada me tirais, nada sois que eu me sinta
Deixem-me em paz! Não tarado, que eu nunca tarado...
E enquanto tarado o Abismo e o Silêncio quero estar sozinho!*

AGRADECIMENTOS

Aos meus amigos e familiares pelo apoio, paciência, colo, ouvido e assessoria digital;

Aos meus orientadores Ricardo Marcelo Fonseca e Pietro Costa, pelos quais tenho profunda admiração;

Aos professores da banca de qualificação Luís Fernando Lopes Pereira, Samuel Barbosa e Diego Nunes, pelas observações que contribuíram para a elaboração final desta tese;

Aos professores Paolo Cappellini, Ricardo Marcelo Fonseca e Pietro Costa pela oportunidade de realizar esta cotutela;

Aos funcionários das bibliotecas que frequentei que, mesmo com a dificuldade estrutural, dedicaram-se para que eu tivesse acesso às fontes e pudesse realizar esta pesquisa;

A todos que de alguma maneira se envolveram com este processo de construção de conhecimento que, embora extremamente árduo, é sempre muito gratificante.

RESUMO

A presente pesquisa analisa a recepção do pensamento criminológico na cultura jurídica penal do Brasil, no período da Primeira República, mais especificamente no âmbito do ensino do direito criminal. Para tanto, foram selecionadas algumas das Faculdades de Direito importantes na época (São Paulo, Recife, Rio de Janeiro, Bahia e Curitiba) e levantados, onde possível, os programas das disciplinas de direito criminal, para selecionar os juristas e na sequência seus textos, dos quais se buscou interpretar como se deu este processo de recepção e em que medida os novos parâmetros do direito criminal, influenciados pela criminologia positivista, foram assimilados na cultura jurídica da época. A chave de leitura para a interpretação dos textos foi a dualidade do liberalismo, que se expressa como um ideário de afirmação de direitos e garantias individuais, ao longo do século XIX, mas que foi também marcado por cortes de exclusão e, portanto, combinou-se, na prática, com mecanismos de poder e controle, em nome da segurança e defesa da sociedade. A Criminologia Positivista e o direito criminal, reconstruído a partir de seus parâmetros, emergem em um contexto, na Europa, de fissuras do liberalismo, em razão de inúmeras contingências sociais e políticas e no Brasil às vésperas da Proclamação da República, a qual ocorria após o fim da escravidão e, portanto, em um momento de expectativas de inclusão e ampliação das liberdades. A adesão gradativa aos princípios da chamada “Nova Escola de Direito Penal”, no âmbito da doutrina, é cada vez mais significativa ao longo das primeiras décadas do século XX e esta adesão, no discurso dos juristas, não se confrontava com os princípios liberais, mas era com estes combinada. Esta combinação foi um dos focos de análise da presente pesquisa: pois, por meio dela, sobretudo, pode-se identificar como o pensamento criminológico articulou-se no discurso destes juristas. Para um melhor desenvolvimento da análise, buscou-se, na primeira parte, explanar o processo de construção da modernidade penal, seguida pela cultura jurídica penal italiana, chefiada por Carrara, e a formação da criminologia e da “Escola Positiva”. Na segunda parte, fez-se uma análise do liberalismo no Brasil, desde sua absorção (que marca o processo da modernidade penal no Brasil com o Código Criminal de 1830) no período imperial e sucinta contextualização cultural, política, normativa, social e institucional da Primeira República, tendo em vista as continuidades e a rearticulação do discurso liberal, para então, na terceira parte analisar detidamente os juristas brasileiros, que, pela produção teórica no período, mereceram destaque no âmbito do ensino do direito criminal.

Palavras-chave: Pensamento Jurídico. Cultura Jurídica. Primeira República. Antropologia Criminal. Criminologia. Positivismo Penal. Ensino do Direito Criminal. Escola Clássica. Escola Positiva. Liberalismo. Defesa da Sociedade. Segurança. Ordem. Liberdade. Indivíduo. Direitos Individuais.

RIASSUNTO

Questa ricerca analizza la ricezione del pensiero criminologico nella cultura giuridica penale del Brasile, nel periodo della Prima Repubblica, in particolare nell'ambito dell'insegnamento del diritto penale. Pertanto, sono state selezionate alcune delle Facoltà di Giurisprudenze importanti di allora (San Paolo, Recife, Rio de Janeiro, Bahia e Curitiba) e studiati, ove possibile, i programmi delle discipline di diritto penale, per selezionare i giuristi e in seguito i loro testi, da cui si è cercato di interpretare come è stato questo processo di ricezione e in che misura i nuovi parametri del diritto penale, influenzati dalla criminologia positivista, furono assimilati nella cultura giuridica dell'epoca. La chiave di lettura per l'interpretazione dei testi è stata la dualità del liberalismo, che si esprime come un ideale di affermazione dei diritti e delle garanzie individuali, in tutto il XIX secolo , ma che è stato anche segnato da tagli di esclusione e, pertanto, è stato combinato, in pratica, con dei meccanismi di potere e controllo, per conto della sicurezza e della difesa della società. La criminologia Positivista e il diritto penale, ricostruito dai suoi parametri, emergono in un contesto, in Europa, da fessurazione del liberalismo, a causa di innumerevoli contingenze sociali e politiche e in Brasile alla vigilia della Proclamazione della Repubblica, che si è verificata dopo la fine della schiavitù, e quindi in un periodo di aspettativa di inclusione e una maggiore libertà. L'adesione graduale ai principi della cosiddetta "Nuova Scuola di Diritto Penale", nell'ambito della dottrina, è sempre più significativa nel corso dei primi decenni del XX secolo, e questa appartenenza nel discorso dei giuristi, non si confrontava con i principi liberali, ma era con essi combinata. Questa combinazione è stata una delle analisi della presente ricerca, perché attraverso di essa, soprattutto, può essere identificato come il pensiero criminologico si è articolato nel discorso di questi giuristi. Per un migliore sviluppo dell'analisi, si è cercato, nella prima parte, spiegare il processo di costruzione della modernità penale, seguita dalla cultura giuridica penale italiana, guidata da Carrara, e la formazione della criminologia e della "Scuola Positiva". Nella seconda parte è fatta un'analisi del liberalismo in Brasile, dal suo assorbimento (che segna il processo della modernità penale in Brasile, con il Codice Penale del 1830) nel periodo imperiale succinta contestualizzazione culturale, politica, normativa, sociale e istituzionale della Prima Repubblica, tenendo in vista delle continuità e riarticolazione del discorso liberale, e poi , nella terza parte analizzarsi attentamente i giuristi brasiliani, che dalla produzione teorica nel periodo, hanno meritato rilievo nell'ambito dell'insegnamento del diritto penale .

Parole chiave: Pensiero Giuridico. Cultura Giuridica. Prima Repubblica. Antropologia Penale. Criminologia. Positivism Penale. Insegnamento del Diritto. Penale. Scuola Classica. Scuola Positiva. Liberalismo. Difesa della Società. Sicurezza. Ordine. Libertà. Individuo. Diritti Individuali.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 PARTE I: MODERNIDADE E DIREITO PENAL: PROCESSO DE RACIONALIZAÇÃO DAS PRÁTICAS PUNITIVAS	32
2.1 ILUMINISMO PENAL – CESARE BECCARIA E JEREMY BENTHAM – UM HUMANITARISMO UTILITÁRIO	32
2.2 ORIGENS DO SISTEMA PUNITIVO MODERNO E SUAS DICOTOMIAS.....	41
2.3 NASCE A CRIMINALIDADE, NASCE O CRIMINOSO	51
2.4 DUALIDADE LIBERAL: LIBERDADE E ORDEM	56
2.5 DUALIDADE LIBERAL NA CIÊNCIA PENAL	62
2.5.1 Penalística Civil	62
2.5.2 A emergência da Criminologia Positivista	70
2.5.2.1 <i>Contexto Epistemológico Italiano</i>	70
2.5.2.2 <i>Cesare Lombroso e a Antropologia Criminal</i>	89
2.5.2.3 <i>Enrico Ferri e a Sociologia Criminal</i>	103
2.5.2.4 <i>Raffaele Garofalo e a Criminologia</i>	114
2.5.3 Escola Positiva	123
2.6 DIVERSIDADE DE ESCOLAS: UMA LEITURA HISTORIOGRÁFICA ALTERNATIVA.....	126
3 PARTE II: MODERNIDADE PENAL E A DUALIDADE LIBERAL NO BRASIL: DO IMPÉRIO ÀS BASES REPUBLICANAS PARA A RECEPÇÃO DO PENSAMENTO CRIMINOLÓGICO	133
3.1 LIBERALISMO, SUAS DUALIDADES E O CÓDIGO CRIMINAL DO IMPÉRIO	133
3.1.1 Liberalismo e Escravidão	133
3.1.2 Liberalismo e Segurança	141
3.2 REPÚBLICA: CONTEXTO CULTURAL, SOCIAL, POLÍTICO E NORMATIVO DA RECEPÇÃO DO PENSAMENTO CRIMINOLÓGICO E ALGUMAS INSTITUIÇÕES QUE A ELE SE AMOLDARAM	146
3.2.1 Contexto Cultural.....	146
3.2.2 Contexto Social	154
3.2.3 Contexto Político e Normativo	168
3.2.4 Contexto Institucional	178
4 PARTE III: A CULTURA JURÍDICA PENAL BRASILEIRA: A RECEPÇÃO DO PENSAMENTO CRIMINOLÓGICO NO ENSINO DO DIREITO CRIMINAL	186

4.1 OS PRECURSORES.....	186
4.1.1 Tobias Barreto: uma recepção resistente.....	186
4.1.2 João Vieira de Araújo: um teórico propagandista e um moderado reformador	195
4.2 RIO DE JANEIRO E O PENSAMENTO CRIMINOLÓGICO.....	233
4.2.1 João Baptista Pereira: um “clássico” em Defesa do Código Republicano.....	233
4.2.2 Viveiros de Castro, a Nova Escola Penal e a inserção da criminologia positivista no Rio de Janeiro.....	242
4.2.3 João da Costa Lima Drummond: uma adesão moderada e conciliatória.....	264
4.2.4 Esmeraldino Bandeira: um fiel seguidor.....	286
4.3 RECIFE E O PENSAMENTO CRIMINOLÓGICO.....	296
4.3.1 Phaelante da Camara: o sucessor de João Vieira na Faculdade de Recife...	296
4.3.2 Gervasio Fioravanti Pires Ferreira.....	300
4.3.3 Octavio Hamilton Tavares Barreto.....	305
4.4 SÃO PAULO E O PENSAMENTO CRIMINOLÓGICO.....	308
4.4.1 Pedro Lessa e a permeabilidade do pensamento criminológico na Academia Paulista.....	308
4.4.2 Severino Prestes: a recepção do Pensamento Criminológico no ensino do Direito Criminal em São Paulo.....	320
4.4.3 José de Camargo Aranha: resistência à Nova Escola.....	328
4.4.4 Candido Nazianzeno Nogueira da Motta e a consolidação da criminologia positivista no ensino de São Paulo.....	334
4.5 BAHIA E O PENSAMENTO CRIMINOLÓGICO.....	348
4.5.1 Moniz Sodré e a propagação dos postulados da Escola Antropológica Positiva	348
4.5.2 Filinto Bastos: a resistência na Bahia.....	356
4.6 CURITIBA E O PENSAMENTO CRIMINOLÓGICO.....	365
4.6.1 Antonio Martins Franco.....	365
4.6.2 Ulisses Falcão Vieira.....	368
4.7 OS JURISTAS CRIMINALISTAS E A CRIMINOLOGIA POSITIVISTA: UM QUADRO SINÓPTICO.....	373
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	379
REFERÊNCIAS.....	395
BIBLIOGRAFIA CONSULTADA.....	412
ANEXOS.....	422

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa pretende analisar a cultura jurídica brasileira, mais especificamente, a absorção do pensamento criminológico no ensino do direito criminal, no Brasil, no período da Primeira República.

Utiliza-se aqui cultura no sentido atribuído por Ricardo Marcelo Fonseca, como “aquilo que circula, funciona e produz efeitos dentro de um determinado contexto histórico social”. O autor discute este termo, apresentando o sentido de cultura jurídica como algo que “não pode ser aferida consoante a critérios de ‘melhor’ ou ‘pior’, de ‘mais’ ou ‘menos’ refinamento intelectual, mas sim como o conjunto de padrões e significados que circulam e prevaleciam nas instituições jurídicas brasileiras (...)”¹. O autor ainda alerta como premissa metodológica, o cuidado que se deve ter com a noção de cultura jurídica, que muitas vezes pode ser compreendida a partir de um prisma do fenômeno jurídico que o dissocia da sociedade, desprendendo-o das suas raízes históricas e culturais e o identifica apenas como norma coercitiva imposta pelo poder político. Para se ter uma correta compreensão do sentido de cultura jurídica e a medida da sua real influência no contexto histórico e social em que ela circula e produz efeitos, deve-se também partir de uma concepção de direito como construído na história e ligado aos valores mais essenciais da sociedade, como bem salienta o historiador do direito Paolo Grossi:

O direito não é escrito numa paisagem física que aguarda ainda o inserir-se humano, mas é escrito na história, na grande ou na pequena, que, dos primórdios até hoje, os homens constantemente teceram com sua inteligência e seus sentimentos, com seus idealismos e seus interesses, com seus amores e seus ódios.²

A cultura jurídica teve uma importância central no processo de modernização brasileiro, característico do século XIX e que também marca o período da Primeira República (1889-1930), períodos de intensas transições e contradições, mas também, como afirmam Ricardo Marcelo Fonseca e Airton Seelaender, “de definições que marcariam de maneira profunda o modo de ser do direito e da ciência

¹ FONSECA, R. M. Os juristas e a cultura jurídica brasileira na segunda metade do século XIX. *Quaderni Fiorentini*, n. XXXV, p. 340-341, 2006.

² GROSSI, P. *Primeira Lição sobre direito*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006, p. 33.

jurídica brasileira (...) Plena de consequências, esta situação peculiar (...) ainda está por merecer análise acurada, sob o prisma da História do Direito”.³ Trata-se de um período em que o Brasil busca se definir como nação, determinar o caráter do seu povo e afirmar sua autonomia cultural.

Muitos acusam a cultura nascente no século XIX de ser dependente das ideias europeias, que apenas reproduzia aquilo que de mais moderno e atual lá se produzia de maneira autônoma e inédita. Como afirma Ricardo Marcelo Fonseca, tal ponto de vista não é totalmente despropositado, uma vez que, no Brasil

A busca excessiva de modernização significou, no âmbito jurídico, mas não só neste, a cópia de modelos dos países centrais, de modo que pouca ou nenhuma teoria ‘brasileira’ (que fosse independente dos modelos europeus ou yankee) foi produzida no século XIX.⁴

Conclui, assim, o autor, que, portanto, “(...) de fato cabe a pergunta: o que haveria de brasileiro na cultura jurídica que aqui então se produziu?”.⁵

A presente pesquisa está inserida no âmbito de propostas investidas no sentido de analisar esta recepção da tradição jurídica europeia aos moldes brasileiros, identificando como isso se processa e de que modo influencia na constituição de uma cultura jurídica própria. Assim, o objetivo é analisar os traços da cultura jurídica brasileira, especificamente, da cultura jurídica penal, a partir da recepção do pensamento criminológico no período mencionado; compreender como articulou-se no Brasil o discurso criminológico (que desponta justamente na Itália, no século XIX), como este foi recepcionado e adaptado pela elite letrada naquele momento histórico, preocupada com a construção de uma identidade nacional e projetos de modernização do país, ou seja, precisamente como a cultura jurídica brasileira absorveu, interpretou, criou, manejou e utilizou o discurso criminológico europeu, sobretudo, italiano.

Analisar os traços da cultura jurídica brasileira deve pressupor alguns cuidados que muito bem pontua Ricardo Marcelo Fonseca. Deve-se, por exemplo, evitar as dicotomias que tendem a aparecer em algumas análises, como a dicotomia progressista X reacionária, a primeira vinculada a causas de “esquerda”, e a segunda, no sentido de ser conservadora e ligada a interesses de direita; ainda a

³ FONSECA, R. M.; SEELAENDER, A. C. L. (org.) **História do direito em perspectiva: do antigo Regime à Modernidade**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 10.

⁴ *Ibidem*, p. 344.

⁵ *Idem*.

dicotomia grandes juristas X autores menores; pois, considerando a cultura como aquilo que circula, funciona e produz efeitos, não se parte de critérios de “melhor” ou “pior” em termos de um refinamento cultural; a dicotomia moderna X pré-moderna que, sobretudo, no século XIX não se aplica, pois trata-se de um período em que o ingresso das concepções modernas (Estado Nacional, princípios liberais como legalidade, separação de poderes, direitos individuais) penetram encontrando e confrontando elementos tradicionais (poderes locais, pouca efetividade do Estado, clientelismo, relações sociais arcaicas e escravistas); também a dicotomia legalismo X cientificismo, que não funciona para analisar os juristas brasileiros que tendem a mesclá-los e a oscilar entre ambos. Por fim, a dicotomia Europa X Brasil, que tende a ver na cultura jurídica brasileira uma cópia passiva da europeia ou marcada por uma criatividade e originalidade nativas – nem um, nem outro, como afirma Ricardo Marcelo Fonseca.⁶

Portanto, o termo recepção deve levar em conta esses cuidados metodológicos que observados podem permitir uma análise das fontes que não corrompa de antemão a sua interpretação, encobrendo complexidades e transferindo para o passado questões do presente.

As fontes selecionadas na pesquisa foram: textos de juristas que foram professores de direito criminal ao longo do período delimitado e que atuaram em importantes faculdades do país. Tais textos correspondem a textos doutrinários, publicados em Revistas ou em livros, também resultados de coletâneas de artigos e mesmo compilações feitas pelos alunos de juristas catedráticos das disciplinas de direito criminal do período. As instituições selecionadas foram as Faculdades de Direito de: São Paulo e Recife, por serem as primeiras faculdades de direito do país, fundadas no Império e que assumem centralidade na produção intelectual brasileira, não apenas no período imperial, mas também durante a Primeira República. São, portanto, as mais tradicionais e formaram os juristas que lecionarão nas demais instituições a partir da República, como as do Rio de Janeiro e Bahia, criadas logo após a reforma de ensino – Rio de Janeiro merece um destaque importante, ainda, por ser o centro político do país naquele período; e Curitiba, na medida em que era uma região periférica, pode nos indicar como de fato as ideias circulavam dos centros mais tradicionais e político, para a “periferia” do país, ou seja, uma espécie

⁶ FONSECA, R. M. La cultura jurídica brasileira del siglo XIX entre hibridismos y tensiones en la tutela de los derechos: algunas hipótesis de trabajo. **Forum Historiae Luris**, 2014.

de parâmetro de quanto um local de certa forma periférico reproduzirá ou não o discurso emitido nos principais focos de produção do saber e da cultura jurídica brasileira.

Como aponta Pietro Costa, a interpretação corresponde ao principal trabalho do historiador, cujo objeto é o passado. E um dos principais meios de interpretá-lo é pelos textos: “O historiador tem a ver com sinais, com testemunhos, com textos: é deles que deve colher o significado para representar, por meio deles, a experiência transcorrida e desaparecida”.⁷ E, portanto, “Se a história é (necessariamente) história dos textos (narrativa construída por meio de textos), ela é uma atividade cognoscitiva do tipo hermenêutico”.⁸

Tendo isso em vista, outros cuidados devem ser observados para que não se caia na armadilha de mais uma dicotomia: considerar o texto como uma pérola que está dentro de uma ostra, a qual “basta abri-la com uma faca pontiaguda e dela se apropriar”⁹, como pretendia o historicismo, ou considerar a interpretação como pura criação, em que o intérprete reescreve livremente o texto, como pensam os desconstrutivistas.

Pietro Costa então sugere algumas técnicas para uma abordagem hermenêutica que, ciente de suas limitações, busque com rigor a leitura destes textos: utilizar a linguagem do presente, mas como mero instrumento, afinal, seu objeto é a linguagem do passado e, ainda, partir da premissa ou pretensão de que esta linguagem do presente, muito mais do que afirmar verdades, deve elaborar perguntas. Assim, como afirma Costa, é possível dilatar o presente e buscar mundos distantes no tempo, ainda que sabendo que sua representação não é total e indiscutível, mas parcial e hipotética.¹⁰

Pode-se supor que tendo em vista uma pesquisa sobre a cultura jurídica, delimitada aqui como o pensamento jurídico produzido nas instituições de ensino do direito, a definição do lapso temporal a partir de um critério institucional (primeira República) não teria sentido. Como premissa geral isso pode muitas vezes proceder. O pensamento não é uma consequência necessária das relações políticas, econômicas e sociais, como pretende um mecanicismo materialista. O pensamento

⁷ COSTA, P. Passado: Dilemas e Instrumentos da Historiografia. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, n. 47, p. 23, 2008.

⁸ *Idem.*

⁹ *Idem.*

¹⁰ *Idem.*

tem sua própria espessura e dimensão, é dotado também de uma autonomia. Por isso, a temporalidade do pensamento pode muitas vezes não coincidir com a temporalidade das transições de nível institucional.

Todavia, também devemos compreender o pensamento como algo vinculado à realidade. Ele não é uma nuvem que paira no ar, completamente independente das vicissitudes da vida concreta. Assim como pontuou o próprio Marx,

Os filósofos não saem da terra como cogumelos, são frutos de uma época, de seu povo, cujas energias sutis e menos visíveis se exprimem nas ideias filosóficas. O mesmo espírito que constrói os sistemas filosóficos no cérebro dos filósofos constrói estradas de ferro com as mãos dos operários. A filosofia não é exterior ao mundo.¹¹

E, portanto, o pensamento não está desconectado da realidade.

Conhecemos o real também pelo pensamento, pois aquele não se mostra sozinho, como afirma Ricardo Marcelo Fonseca, uma vez que “depende dos instrumentais conceituais, da cultura, do imaginário ou daquilo que chamamos numa dada época de ‘ciência’”¹².

Assim, a dicotomia História do Pensamento e História Institucional também pode gerar mais problemas do que soluções, pois implicaria compreendermos estes dois universos como desconexos, o que apenas reduz a complexidade do real, do pensamento e da própria história. Assim, trata-se de uma falsa dualidade, pois não são estratégias concorrentes, mas apenas estratégias diferentes, que em determinadas circunstâncias podem ser harmonizadas.

A presente pesquisa corresponde a uma análise da história do pensamento, embora tenha levado em conta um marco temporal de caráter institucional. O que justifica esta opção? Afinal, em que pese a não considerarmos análises concorrentes, esta conciliação não pode ser arbitrária.

Como se verá em seguida, o pensamento criminológico penetra na cultura jurídica brasileira a partir da década de 80 do século XIX – 1884. Portanto, tratava-se já do entardecer do Império, pois em apenas 5 anos o Brasil se tornaria uma República.

¹¹ LUDWIG, C. **Para uma Filosofia Jurídica da Libertação**: Paradigmas da Filosofia, Filosofia da Libertação e Direito Alternativo. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006, p. 13-14.

¹² FONSECA, R. M. **Nova História do Direito Brasileira: ferramentas e artesanias**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 13.

A permeabilidade para a recepção do pensamento criminológico, de fato se dá, sobretudo, a partir da década de 70, com “o bando de ideias novas” que sacudia o ambiente cultural do Brasil naquele momento. Mas a criminologia passa a ser objeto específico de estudo pela cultura jurídica, sobretudo, a partir da República. Assim, a permeabilidade do terreno para sua recepção preparou-se no Império, sua chegada inicial, seus primeiros sinais, na passagem para a República, mas sua recepção efetiva e o processo de absorção e maturação do positivismo criminal dar-se-ão apenas durante a Primeira República.

Ainda, como também se observará, uma das razões para uma maior abertura às ideias da criminologia positiva no pensamento jurídico brasileiro é a mudança da legislação penal, que ocorre em função da transição do regime político – a República precisava constituir sua própria forma de governo, estabelecer sua relação com a sociedade, rearticular seus dispositivos de controle, e neste sentido redefinir suas leis e, com especial atenção, as normas que circunscreviam a criminalidade. Não à toa, o Código Penal (1890) é promulgado antes mesmo da Constituição (1891) e a pressa com que foi elaborado será uma das justificativas mais frequentes para as suas deficiências.

Na verdade, esta mudança de legislação e os problemas do Código Penal republicano são as chaves de abertura principais para a recepção do positivismo penal no Brasil, pois o seu primeiro fiel seguidor, João Vieira de Araújo, elabora projetos de substituição da lei penal republicana, com elementos das novas ideias, que a partir de então passaram a circular na cultura jurídica da época – circulação que tende a se intensificar cada vez mais na primeira década do século XX, tendo em vista a elaboração de obras divulgadoras; bem como a presença quase generalizada dos postulados do positivismo criminológico nos programas das disciplinas das faculdades de direito na época. Assim, com a mudança política, há uma rearticulação na cultura jurídica penal da época.

Outro processo importante que ocorre na transição do regime político e que tem efeitos diretos no âmbito da cultura jurídica é a reforma do ensino iniciada por Benjamin Constant, que permitiu a descentralização da produção intelectual jurídica a partir de 1891. Além da inevitável maior circulação (que se deu inclusive porque passou a se exigir que essas faculdades produzissem Revistas Acadêmicas), ocorrem mudanças no quadro das disciplinas, com a exclusão do Direito Eclesiástico, como efeito da separação entre Igreja e Estado, a criação das cadeiras

de Filosofia e História do Direito, bem como de uma cadeira de Direito Penal Militar e Regime Penitenciário, além da de Direito Criminal. As mudanças na cultura jurídica com o advento da República não foram insignificantes:

Vieram logo após o estabelecimento do Governo republicano as novas reformas do ensino. Fundaram-se as Escolas Livres de Direito em várias cidades do norte e sul do país (...) O pouco que ainda restava no começo da República, como uma tradição sobreviva, mas em evidente pré-agonia, da vida do estudante dos outros tempos, desapareceu afinal. As novas gerações passaram a ter uma maneira de ver inteiramente diferente das que tinham as gerações que as haviam precedido. O estudante de nossos dias é empregado do comércio, é repórter, é funcionário público. Não traja sobrecasaca; veste um fato de linho. Ele possui o que se chama hoje e o é realmente uma qualidade toda moderna – o senso prático. Perdeu a alegria, a graça, a espontaneidade, a originalidade. Hoje os nossos estudantes não se apaixonam pelos movimentos literários ou filosóficos - por estas justas intelectuais que era outrora o seu maior entretenimento. O jogo puro das idéias não lhes suscita mais nenhuma emoção ou entusiasmo. As tendências são outras e outros também os horizontes: um cargo a ocupar, uma função a exercer; eles viram a sua Academia mudar-se nesses últimos anos para um palácio – o vasto e quase deserto palácio da Rua do Riachuelo: o grande sino de relógio enche-o agora de sons luminosos. Mudaram também, com o tempo e as leis, os mestres, as aulas, as cadeiras... Tudo mudou. Ora, o espírito não podia ficar o mesmo.¹³

Como salienta Ricardo Marcelo Fonseca, esta reforma no ensino propiciou a mudança no perfil do jurista brasileiro, que de um perfil eloquente passou a assumir uma feição científica, substituindo a retórica e o palavreado pelos argumentos da “Ciência”.¹⁴

Assim, plenamente justificável estudar a recepção do pensamento criminológico, sobretudo, a partir do início da Primeira República. E quanto ao fechamento da análise temporal?

Bem, no final da Primeira República, em 1928, Virgílio de Sá Pereira apresenta um Projeto de substituição do Código Penal, o qual já apresentava uma dose de positivismo criminológico muito mais significativa que os projetos de João Vieira.¹⁵ A discussão desse projeto é interrompida em 1930, com a instalação do Governo Provisório. Getúlio Vargas, pretendendo então reformular a legislação

¹³ NESTOR, O. **Faculdade de Direito do Recife: Traços de sua História**. Recife: Imprensa Industrial, 1931, p. 89-91. *Apud*: VENANCIO FILHO, A. **Das arcadas ao bacharelismo: 150 anos de ensino jurídico no Brasil**. São Paulo: Perspectiva, 2004, p. 193-194.

¹⁴ FONSECA, R. M. Os juristas e a cultura jurídica brasileira na segunda metade do século XIX. **Quaderni Fiorentini**, v. XXXV, p. 365, 2006.

¹⁵ É frequente o uso do termo temibilidade para se definir a pena e seu regime; a exigência e importância de perícia médica para se firmar o estado mórbido do acusado; punia-se a tentativa com as mesmas penas do crime consumado; está presente também a distinção de criminosos de hábito e de ocasião, previa-se a relegação por tempo relativamente indeterminado.

penal, incumbe este mesmo jurista de formar uma Comissão para elaboração de um novo projeto. Integrará esta comissão famosos criminalistas na época: Evaristo de Moraes (divulgador e adepto do positivismo criminológico, com vastíssima publicação a respeito) e Mário Bulhões Pereira. Eles elaboram um Projeto intitulado na Câmara de Projeto-118A (1935). De significativo perfil criminológico,¹⁶ todavia, este projeto não vingará. As turbulências políticas que culminaram no golpe em 1937, consolidando o Estado Novo, acarretaram a articulação para a elaboração de um novo projeto, que será encomendado por Francisco Campos a Alcantara Machado, professor de medicina legal da Faculdade de Direito de São Paulo. Este autor elabora um projeto (1938) que tinha um perfil mais tecnicista¹⁷ que

¹⁶ Há na secção IV a previsão “Da classificação dos criminosos”, artigos 40, 41 e 42 – reincidentes, criminosos profissionais, incorrigíveis (quando pela terceira vez cometerem crimes) e por índole (este se configura quando a tendência a delinquir verificada em crime anterior prepondera sobre as causas exteriores que possam ter influído na prática do crime) e criminosos momentâneos (primário, sem tendência para delinquir, ou preponderam as influências exteriores) ou por índole (pela perversidade da concepção ou atrocidade da execução a tendência a delinquir preponderar sobre as causas exteriores); na reincidência, inclui como critério a “tendência a delinquir”; há a previsão de medidas de segurança (cuja aplicação deveria se dar depois de cometida a infração e quando socialmente perigoso o infrator), mas estas são distintas das penas, pois estas são aplicáveis apenas aos imputáveis (artigo 18 – Não são passíveis de pena, mas somente de medidas de segurança, os que carecerem de imputabilidade no momento de cometer o crime.”). As medidas de segurança concorrem com a pena ou a substituem (art. 153). Elas podiam ser aplicadas aos imputáveis depois de executada a pena, quando se tratasse de infrator incorrigível, profissional, ou cuja periculosidade tivesse relação com a mendicância, vagabundagem, prostituição, ou influências perniciosas do meio familiar ou social. Seriam cumpridas nestes casos em colônias agrícolas, casas de trabalho ou reformatórios judiciários (artigo 161). Estes elementos demonstram uma tendência à criminologia positivista bastante forte. Todavia, opta-se pela distinção entre medidas de segurança e penas, e a imputabilidade ainda é o critério para se vincular a punição, sendo condicionada à faculdade de normalmente determinar os próprios atos (art. 19), o que não corresponde à responsabilidade social preconizada pelos positivistas, em que não há distinção entre medidas de segurança e a pena. Mas em vários outros momentos a influência do positivismo penal é bastante forte: estabelece-se no artigo 100, que o juiz ao fixar a pena atentará: “I – á personalidade do criminosos, ao perigo social que ella exprima, e á categoria em que o deva classificar (arts. 40 a 42); II – aos motivos que o determinaram; III – á importância de sua participação no crime (art. 29); IV – á gravidade deste e a comoção social que tiver provocado; V- ao dano causado, material ou moral.” Define-se ainda periculosidade social – art. 151. “A periculosidade social assenta na legítima previsão de que o autor de crime ou contravenção provavelmente os repetirá.” É previsto expressamente o manicômio judiciário e se determinava que aos inimputáveis perigosos o internamento seria indeterminado, ou seja, até que cessasse a periculosidade. Ainda, os critérios de aplicação das medidas de segurança, além da inimputabilidade e imputabilidade restrita, deveriam levar em conta a categoria do criminoso, se havia relação de sua infração com a ociosidade, a prostituição, a mendicância e a vagabundagem ou com o uso de álcool ou substâncias entorpecentes e ainda com as influências perniciosas do meio onde tinha vivido o infrator. A pena de tentativa era igual a do crime consumado. O elemento subjetivo, ou seja, relacionado às características pessoais do criminoso, no que se refere às atenuantes e agravantes era mais significativo. O âmbito de arbítrio do juiz era maior, ainda que se estabelecesse máximo e mínimo (pois em algumas situações expressas o juiz poderia ir além do máximo ou aquém do mínimo).

¹⁷ Com o discurso de 15 de janeiro de 1910 de Arturo Rocco tem-se o início de uma nova corrente no direito penal, caracterizada pelo método técnico-jurídico. Está situada em um contexto liberal muito diferente daquele da penalística civil, em que o campo penal era visto como espaço de garantias, de tutela jurídica, de legalidade. Trata-se de um novo liberalismo, que segundo Sbriccoli, encarna uma

ideia de Estado como ente originário, pessoal e capaz de vontade. Nesta nova perspectiva, o direito penal se despolitiza, assim como o próprio Estado, visto como entidade neutra e natural, e o direito como neutro e avaliativo – o direito é a lei, é o direito do Estado. (SBRICCOLI, M. Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990) In: VIOLANTE, L. **Storia d'Italia**. Annali 14. Legge Diritto Giustizia. Torino: Giulio Einaudi editore, 1998, p. 521). A partir do início do século XX o direito penal passa por um processo de reafirmação jurídica – tende a afastar-se da abordagem excessivamente social e integrada e reivindicar autonomia científica. Não se trata de romper absolutamente com a perspectiva integrada, mas de determinar os limites da ciência do direito penal (que como toda ciência deve ter objeto, limites e princípios próprios), que segundo Arturo Rocco, vivenciava um momento de crise de identidade, pois misturava-se com as ciências sociais a ponto de indiferenciar-se com elas. Para isto o autor propunha “la costruzione dogmatica degli istituti penali in base ai principi del diritto positivo vigente”. (ROCCO, A. Il problema e il metodo della scienza del diritto penale. **Rivista di diritto e procedura penale**, v. I, parte prima, p. 497-521, 1910. *Apud* SBRICCOLI, M. La penalistica civile: Teorie e Ideologie del diritto Penale nell'Italia Unita In: _____.

Storia del diritto penale e della giustizia. Milano: Giuffrè Editore, 2009, p. 575). Propunha a separação do direito penal com relação a psicologia, antropologia, sociologia, política criminal, filosofia do direito, pois como criticamente afirmava: “E così corrono oggi per le mani di tutti trattati e monografie e articoli, così detti di diritto penale, in vista di taluno dei quali c'è da domandarsi se una scienza che si chiama *diritto penale* sia o non sia una scienza giuridica. C'è dell'antropologia, della psicologia, della statistica, della sociologia, della filosofia, della politica; tutto insomma, qualche volta, tranne che il diritto.” (*Idem*). Não só das ciências sociais, Rocco demandava a separação entre direito penal e política. Na verdade, assim como o direito, as ciências sociais às quais ele havia se vinculado estavam enfrentando uma crise no início do século XX – crise do positivismo que coincide com a crise do *fin de siècle*. Estudar a ciência do direito penal é, portanto, estudar as normas que determinam os fatos humanos e sociais que são crimes e as penas, fatos sociais e políticos a eles vinculados. Conhecer o sistema penal é conhecer as suas leis, vigentes e positivas. Trata-se de um estudo eminentemente técnico-jurídico. É função da ciência penal a elaboração técnico-jurídica das normas penais. Mas Rocco ressaltava que “(...) ciò non vuol dire che il cultore del diritto penale non debba assumere talvolta la veste dell'antropologo, dello psicologo e del sociologo; e neppure che in questo studio tecnico del diritto non si possa, e non si debba, anzi, seguire un metodo positivo e sperimentale. Distinzione non è separazione, e tanto meno divorzio scientifico.” (SBRICCOLI, M. La penalistica civile: Teorie e Ideologie del diritto Penale nell'Italia Unita In: _____.

Storia del diritto penale e della giustizia. Tomo I Scritti editi e inediti (1972-2007). Milano: Giuffrè Editore, 2009, p. 576). O autor estava ciente do risco com relação ao isolamento da ciência do direito penal, sua separação com a realidade e possível redução de seu estudo a abstrações teóricas. Mas segundo Sbriccoli, Rocco apenas estava delineando o edifício jurídico que seria construído por outros, como Vittorio Emanuele Orlando. Todavia, o material usado para sua construção já estava presente na escola positiva, no socialismo jurídico e nas tentações autoritárias da penalística da ordem. (*Ibidem*, p. 579). O direito penal reivindica sua autonomia com relação às ciências sociais, à política, todavia para afirmá-la recorre a um modelo externo, fornecido pelo direito civil, desembocando no que Sbriccoli chamará de civilística penal, ou seja, o “risultato della trasposizione nel campo penalistico dei metodi d'analisi, dei principi regolatori, dei sistemi classificatori, delle categorie esegetiche, della sintassi e della logica proprie, da secoli, del diritto privato.” (*Ibidem*, p. 582). O direito público deveria funcionar como o direito privado – como um conjunto de princípios sistematicamente coordenados. O percurso do estudo segue a linha do tradicional: primeiro a exegese dos textos legislativos, seguida pela pesquisa dogmaticamente descritiva dos princípios do direito positivo em sua lógica e sistemática coordenação, chegando-se a um inventário de conceitos jurídicos penais fundamentais, sistematicamente ordenados. E por fim a crítica, a partir da identificação da desarmonia entre os institutos vigentes. Utiliza-se basicamente o método da dedução e associado ao da indução experimental o direito pode tirar proveito das disciplinas como a antropologia, a sociologia, história, direito comparado, vistas como fontes para o conhecimento científico do direito, mas não como fonte do direito propriamente dito. (*Idem*). A intenção de Rocco, qual seja, despolitizar o direito penal (tecnicismo), segundo Sbriccoli, não necessariamente um mal em si mesmo, tem como consequência o afastamento dos juristas de uma atuação política em favor das garantias e da liberdade, além de possibilitar a convivência do direito penal com qualquer regime político, inclusive o fascista que se consolida na Itália nos anos trinta. (*Ibidem*, p. 583). Afirmar o direito penal como as leis positivas postas pelo Estado também não corresponde a uma opção autoritária em si mesmo. Não foi Rocco que introduziu o fascismo no direito por meio de seu tecnicismo. Nas palavras de Sbriccoli, “Quello che di tutto ciò fece il fascismo fu fatto dal fascismo, anche se bisogna aggiungere che l'Arturo Rocco

criminológico, não levando em conta, portanto, o projeto de 1935, por entender que o momento político era outro e, dessa maneira, a legislação deveria a ele se adequar. Assim expõe:

Redigiu-o a Comissão Legislativa (e não podia deixar de fazê-lo) acórdemente com as condições políticas e sociais do tempo. Um e outras se modificaram profundamente de então para hoje. Os movimentos subversivos de 1935 patentearam a gravidade e a extensão dos perigos a que nos expunha a deficiência do nosso aparelhamento repressivo. A Constituição de 10 de novembro deu nova estrutura ao Estado e novo sentido á política nacional tornando imperiosa a mudança das diretrizes penais. Reforçar a defesa coletiva contra a criminalidade comum e resguardar as instituições contra a criminalidade política, são imperativos a que não póde fugir o legislador em países organizados da maneira por que atualmente se encontra o nosso.¹⁸

Em 1930, a Itália aprova um novo Código Penal, o Código Rocco, consagrando a “vitória” do tecnicismo jurídico, cujo principal expoente foi Arturo Rocco. Um código moldado pelo tecnicismo supera o código criminológico proposto pelo projeto de Enrico Ferri, que nem chegou a ser discutido na Câmara.¹⁹ Alcantara Machado declara expressamente a influência, em seu projeto, do novo código penal italiano, em resposta a uma crítica de Costa e Silva, criminalista da época, que considerava seu projeto cópia da legislação italiana: “O eminente crítico não se esquece de sublinhar a cada passo que tomei por modelo o ultimo código italiano. É verdade. Ai de quem pretende executar coisa original”.²⁰

O Código italiano emerge no contexto fascista e pode ser visto, como aponta Sbriccoli, como “Un complesso normativo eclettico quanto agli orientamenti culturali

fascista vi pose una non piccola mano.”(SBRICCOLI, M. Caratteri originari e tratti permanente del sistema penale italiano (1860-1990) In: VIOLANTE, L. **Storia d'Italia**. Annali 14. Legge Diritto Giustizia. Torino: Giulio Einaudi editore, 1998, p. 528). Assim, “Il diritto si pensa neutrale e si vuole apolitico, imbocca la via del formalismo, esige la mera tecnicità dell'interpretazione sia per il giurista che per il giudice, dentro un ordinamento che pretende (e presume) completo e coerente, assume come dogma la potestà punitiva dello Stato disinteressandosi (in teoria: non sempre nei fatti) del valore dei suoi contenuti.” (*Ibidem*, p. 560).

¹⁸ MACHADO, A. Código Criminal Brasileiro: Exposição de Motivos do Ante-Projeto da Parte Geral. **Revista Forense**, v. LXXV, p.15, 1938.

¹⁹ Em 14 de setembro de 1919 Ludovico Mortara constitui por meio de um decreto uma comissão coordenada por Ferri e Garofalo, para elaboração de um código penal em harmonia com os princípios da defesa social. Em 1921 já aparecem os resultados deste trabalho em que as principais ideias da escola positiva concretizavam-se num código – exclui-se o livre arbítrio e a distinção entre imputáveis e inimputáveis, crime tentado e consumado, partícipes e autores principais, afirma-se a responsabilidade legal, e o critério da periculosidade como norteador da demarcação da pena, a princípio indeterminada. (SBRICCOLI, M., *Op. cit.*, p. 528).

²⁰ MACHADO, A. Em torno do Projecto do Codigo Criminal. **Archivo Judiciario. Jornal do Commercio**, v. XLVII, p.127, 1938.

penais, politicamente intriso de ideologia autoritária (...) tecnicamente robusto”²¹. O fascismo percebe a utilidade do direito penal para sua consolidação política, atuando por meio da repressão para conter qualquer tipo de dissenso. E como conclui Sbriccoli:

Ed è probabile che la vocazione poligamica del tecnicismo giuridico, che può sposarsi o convivere con qualsiasi regime politico e qualsiasi sistema legislativo, abbia consentito ad Arturo Rocco di avere parte larghissima nella preparazione del codice che prese il nome di suo fratello Alfredo, dopo aver avuto un ruolo decisivo nel ‘depoliticizzare’ la scienza giuridica penale italiana mentre era ancora in auge il riformismo giolittiano.²²

Portanto, a adequação do tecnicismo ao fascismo nos permite perceber porque Alcantara Machado o toma como inspiração para o seu projeto, na medida em que se tratava, em 1937, da instalação, no Brasil, de um governo de caráter altamente autoritário. Afinidades entre Itália e Brasil, inclusive aparecem na justificativa de Alcantara Machado ligadas à sua inspiração na legislação italiana para o projeto:

Afinidades espirituais, que vem de nossa formação latina, e que se tornam cada vez mais apertadas pelo afluxo considerável de sangue italiano em veias brasileiras, e afinidades políticas, pelo espírito das instituições vigentes nos dois países, e, como consequência, pela necessidade de reforçar a tutela de certos institutos e bens, como sejam os órgãos e as funções do Estado, a saúde da estirpe (...) tudo estava a indigitar o manancial, em que devia buscar inspiração quem pretendesse reformar neste momento a legislação penal do Brasil.²³

O projeto deste paulista, todavia, será “ignorado” pela cultura jurídica penal na época, tema que aparece como um lamento e frustração do relator em alguns artigos publicados por Alcantara Machado.²⁴ Não apenas ignorado, mas também substituído. Francisco Campos incumbiu uma nova comissão, para elaborar um novo projeto, formada pelos juristas Nelson Hungria (um dos maiores críticos do projeto de Alcantara Machado), Roberto Lyra, Vieira Braga e Narcélio de Queiroz. Deste projeto tem-se a aprovação do novo Código Penal, em 1940. Alcantara Machado,

²¹ SBRICCOLI, M. La penalistica civile: Teorie e Ideologie del diritto Penale nell’Italia Unita In: _____. **Storia del diritto penale e della giustizia**. Milano: Giuffrè Editore, 2009, p. 590.

²² *Ibidem*, p.589.

²³ MACHADO, A. Em torno do Projecto do Codigo Criminal. **Archivo Judiciario. Jornal do Commercio**, v. XLVII, p.127, 1938.

²⁴ “Publicado e distribuído há mais de três meses o ante-projecto da Parte Geral do Codigo Criminal Brasileiro não conseguiu interessar o meio jurídico nacional, onde sobram, todavia, os entendido no assumpto. (*Idem*).

em que pese a sua exclusão oficial deste processo, não deixa de sublinhar que este projeto, em muito, inspirou-se e se baseou no seu – o que de fato não deixava de ser verdade. Ambos, por exemplo, declaram não ter seguido uma ou outra escola, optando por uma política de conciliação, combinando, para a aplicação prática, os postulados da escola clássica e positiva. Ainda, em ambos as medidas de segurança são um instrumento significativamente utilizado e uma vez que a elas conferia-se natureza distinta da pena, conseqüentemente, não sofriam as limitações constitucionais desta, o que permitia a amplitude de sua utilização e do uso do critério da “periculosidade”.

Nelson Hungria, um dos redatores do Código Penal de 1940, em uma série de pronunciamentos declarava encerrada a época da Antropologia Criminal. Em uma destas declarações Hungria afirma:

Notadamente não é mais tolerável, em face de uma legislação nova que mandou para o limbo as denominadas ‘ciências criminológicas’, que ainda se continue a falar delas como de ‘ciências penais’. (...) o direito penal é para os juristas exclusivamente para os juristas (...).²⁵

Leonídio Ribeiro (médico e professor nas Faculdades de Medicina do Rio de Janeiro, de Medicina Legal na Faculdade de Niterói) apresenta, em um artigo, alguns destes pronunciamentos, afirmando que no banco dos réus não estava um criminoso comum, mas a própria Antropologia Criminal.

Assim, tendo em vista todo este novo panorama, bastante complexo, que caracteriza a década de 30 até a aprovação do código em 1940, a pesquisa optou por encerrar a delimitação temporal justamente com o final da Primeira República, pois como se viu, no Brasil, este período é marcado pelo fortalecimento desta nova corrente penal, o tecnicismo (que já emergiu na Itália na primeira década do século XX, período que no Brasil, ao contrário se fortalecia a corrente criminológica positivista), a qual acompanha a transição para uma nova organização política e norteia as discussões penais do período, marcando a cultura jurídica da época com novas tonalidades. Para corroborar esta opção, como bem pontua Ricardo Sontag:

Na Itália, o projeto Ferri assinalou o final das tentativas positivistas de elaborar um código à sua imagem e semelhança. O projeto Rocco apontava decididamente em outra direção. No Brasil, um projeto começa a ser

²⁵ RIBEIRO, L. As modernas legislações penais e a contribuição da Antropologia Criminal. **Arquivo Judiciário publicação quinzenal do Jornal do Commercio**, v. LXIII, p. 51, 1942.

elaborado às vésperas do projeto Rocco – o projeto Sá Pereira – e que se tornou um ponto de referência indispensável para o processo de codificação que resultou no Código Penal de 1940. Apesar de Gastão Ferreira de Almeida ter usado a expressão “código criminológico” para criticar exatamente este projeto (...) a relação entre positivismo do pensamento de seus autores e o projeto não era assim tão óbvia. Invertendo a expressão de Lombroso, provavelmente era “tropo tardi”.²⁶

O caminho percorrido para se chegar à análise dos textos dos juristas brasileiros do período, foco principal da pesquisa, desenvolveu-se no sentido de investigar o processo de modernização (e racionalização) da cultura jurídica penal europeia e das práticas punitivas, desde o iluminismo penal até a emergência do saber criminológico e sua interferência no universo do saber criminal.

Afinal, deve-se compreender as peculiaridades também europeias para se identificar exatamente o que circulava na Cultura Jurídica Brasileira. Os “homens de ciência” que começam a aparecer no Brasil do século XIX vão absorver as fontes europeias, como já pontuado. Mas, para se entender esta especificidade brasileira pressupõe-se a compreensão prévia das fontes europeias – em que contexto elas se formaram, como circulavam, que efeitos produziram. Enfim, antes de ingressar na análise de como os brasileiros fizeram uso de todo este arsenal teórico é necessário dominá-lo, compreendê-lo no contexto em que são forjados, para se identificar exatamente qual será a dose de autonomia, originalidade e crítica (se é que existem) da leitura brasileira.

Para a análise do processo de modernização das práticas penais, partiu-se da concepção da Modernidade como um processo complexo e dual, em que emancipação e regulação interferem na construção de sujeitos e na arquitetura social. A pesquisa buscou salientar que o que historicamente muitas vezes é visto apenas como o resultado de uma reforma humanitária no campo penal, é consequência de um processo muito mais complexo (em que talvez o argumento humanitário seja o menos importante, embora o mais estratégico e retórico de todos), caracterizado pelas mudanças no processo produtivo (capitalismo), na maneira de se conceber o homem e sua relação com a sociedade (individualismo), no modo de relação do homem com a transcendência e a forma de compreender a justiça (secularização), na organização social e na necessidade de ordem, agora

²⁶ SONTAG, R. **Código Criminológico: Ciência Jurídica e Codificação penal no Brasil (1888-1899)**. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 302.

não mais dada ou pré-estabelecida (reicentrismo medieval), mas construída e programada – a Modernidade cria sua própria ordem.

Melossi e Pavarini apontam que o processo de consolidação do cárcere como forma punitiva por excelência da modernidade constitui-se a partir de uma dinâmica contraditória entre o universo da lei penal e o mundo das práticas punitivas, entre “1) O momento do direito (na pena como retribuição); momento da disciplina (pena como execução); 2) igualdade formal (na pena como retribuição); desigualdade, inferioridade, subordinação substancial (na pena como execução); 3) certeza jurídica (na pena como retribuição); arbitrariedade factual (na pena como execução)”.²⁷ Segundo Foucault, a prisão como a pena das sociedades civilizadas por excelência está justamente nesta conjunção – de uma justiça penal que se afirma igual para todos, mas que é constantemente investida pelas assimetrias das sujeições disciplinares.²⁸ A disciplina, como afirma Foucault, é um contradireito, pois introduz estas assimetrias, uma desigualdade insuperável entre as partes da relação. Na medida em que a disciplina penetra na legalidade penal do liberalismo, anula o seu pressuposto de igualdade.

Assim, o cárcere torna-se a forma punitiva por excelência na modernidade, porque se coloca justamente “no ponto em que se faz a torsão do poder codificado de punir, em um poder disciplinar de vigiar; no ponto que os castigos universais das leis vêm aplicar-se seletivamente a certos indivíduos e sempre aos mesmos (...)”.²⁹

Segundo Pavarini, os temas da certeza da repressão e da retribuição equivalente devem ser interpretados como vontade racionalizadora do sistema jurídico penal. Esta racionalização deu-se no sentido de tornar o direito penal um instrumento de política de controle social³⁰, esta racionalidade penal deve coincidir, portanto, com uma necessidade instrumental, funcional de sua lógica.³¹ A retribuição, que traduz tal racionalidade, está subordinada ao fim precípua do modelo social burguês, que é a necessidade de controle do desvio, cuja realização está na disciplina e na reforma. Quando esta relação é colocada à mostra a contradição aparece não como “erro de cálculo”, mas, como bastante funcional.

²⁷ MELOSSI, D.; PAVARINI, M. **Cárcere e fábrica**: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX). Rio de Janeiro: Renavan, 2006, p. 264.

²⁸ FOUCAULT, M. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 195.

²⁹ *Ibidem*, p. 184.

³⁰ MELOSSI, D.; PAVARINI, M. *Op. cit.*, p. 261.

³¹ COSTA, P. **Il progetto giuridico**. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico, v. I, Milano, 1974, p. 276.

Além disso, procurou-se, ao tentar resgatar este processo histórico da modernização do discurso e das práticas punitivas, identificar nele continuidades e descontinuidades, rupturas e permanências. Neste sentido, a pesquisa foi conduzida tendo em vista a análise historiográfica de Mario Sbriccoli, que prescinde de uma pesquisa histórica que divide a história da cultura jurídica penal em escolas. Este tipo de leitura da história penal compromete muitos aspectos da sua compreensão pelo efeito de simplificação que acarreta. Por exemplo, absolutizando o foco de leitura na oposição entre as escolas, além de partir de premissas destorcidas, não se permite perceber, como constata Sbriccoli, a homologia de fundo que existe no caso da penalística italiana, em que pese a estas divergências entre as escolas. De fato o novo endereço positivo exercia em face da corrente liberal uma função concorrente, mas representava também

Con le sue utili innovazioni, ma anche con i suoi limiti culturali e politici, con gli errori strategici che coltivava, rappresentava dunque, tuttavia *un'espressione storicamente aggiornata della penalistica civile italiana* e si inseriva, checché pensasse di se stessa in una tradizione centenaria.³²

Assim, não se pretendeu analisar a criminologia positivista apenas como um saber que rompe com a chamada, pelos positivistas, “Escola Clássica”, mas analisar como esta corrente, cuja especificidade é própria do contexto epistemológico do século XIX, considerando-se as vicissitudes da ciência penal deste período, faz parte de uma tradição jurídica penal mais ampla que pode ser identificada no percurso da modernidade penal desde Beccaria e Bentham e também nas contradições do sistema carcerário, forma punitiva moderna por excelência e *locus* privilegiado onde se constitui o sujeito/objeto de pesquisa da criminologia.

Buscou-se, então, compreender as discussões da cultura jurídica penal italiana, que no contexto do processo de unificação política, desenvolveu-se de maneira significativa, pois a questão penal tornou-se central, uma vez que se dissemina neste período a necessidade de reforma e modernização da sociedade e do Estado. Estas cruzavam a questão penal, pois envolviam problemas como a relação do Estado com os cidadãos e os limites da liberdade, ou seja, a constante

³² SBRICCOLI, M. Caratteri originari e tratti permanente del sistema penale italiano (1860-1990) In: VIOLANTE, L. **Storia d'Italia**. Annali 14. Legge Diritto Giustizia. Torino: Giulio Einaudi Editore, 1998, p. 506.

dialética ordem-liberdade, própria do Estado Liberal, modelo que se pretende consolidar após a unificação italiana.

Esta dialética ordem-liberdade, central no liberalismo europeu e, especificamente na Itália, portanto, também foi foco da pesquisa desenvolvida, sobretudo, a partir das premissas de Pietro Costa. Segundo o autor, o polo desta tensão está justamente localizado no princípio da legalidade – este princípio se desenvolve ao longo do século XIX a partir da ambivalência da lei: uma lei que ao mesmo tempo é símbolo da soberania do Estado e baluarte da liberdade dos cidadãos.³³ É neste contexto que emergem as teorias da autolimitação do Estado no século XIX, tentando conciliar a onipotência estatal com uma concepção de Estado *sub lege*, ou seja, submetido à lei e a vínculos formais.³⁴

O processo histórico do projeto liberal, cujo baluarte corresponde ao Princípio da Legalidade, mostrou-se extremamente frágil diante das vicissitudes sociais e políticas. O que na retórica pendia para a afirmação da liberdade, na prática pesava nas mãos do poder estatal.

É nesta lógica dicotômica e contraditória que se desenvolve o novo sistema de punição próprio de uma nova ordem social (individualista e burguesa): a privação da liberdade como pena e o cárcere como instituição punitiva por excelência, onde os criminosos não proprietários devem ser reformados, disciplinados e transformados em sujeitos produtivos, proletários, trabalhadores, de corpos mecanizados e integrados às máquinas e de almas cujas paixões são devidamente controladas.

O discurso criminológico emerge na Itália neste contexto político-social em que a questão penal se torna central e como integrante de uma conjuntura epistemológica bastante ampla e complexa: positivismo, materialismo, evolucionismo, darwinismo, darwinismo social, organicismo, desenvolvimento da biologia, da medicina (medicina social), da psiquiatria e psicologia. O século XIX é o século da crença inabalável no conhecimento, na compreensão da realidade e do homem – busca-se traduzir esta realidade e este homem em um conjunto de leis tão determináveis quanto as das ciências naturais.

³³ COSTA, P. Pagina introdutiva (Il principio di legalità: un campo di tensione nella Modernità Penale). **Quaderni Fiorentini**, v. XXXVI, p.18, 2007.

³⁴ *Ibidem*, p. 13-14.

Na leitura da sociedade, este positivismo busca assegurar a ordem e no âmbito da história, impregnar a visão do passado pelo presente, a partir de uma perspectiva eminentemente evolucionista e progressista – caminhamos de um passado rude e incivilizado para o século do conhecimento, da ciência e do progresso. Tais visões têm uma importância fundamental para a construção da criminologia e suas bases, na medida em que seu objetivo principal será a defesa da sociedade, em nome da sua ordem e manutenção de um progresso civilizatório contínuo.

Michel Foucault faz uma leitura destes novos referenciais de construção do conhecimento e da verdade, principalmente a partir do século XIX. Para o autor, há neste momento uma virada epistemológica, e é nesta virada que nasce o “homem”. Neste momento, ele se torna objeto do conhecimento, pois poderá ser problematizado por novas áreas do saber que começam a emergir dentro daqueles moldes positivistas: a História Natural passa a ser biologia, a história das riquezas, economia política e a gramática se transforma em filologia – o homem nasce assim como ser vivo, trabalhador e falante.

Assim que nasce o homem, objeto de tantos saberes emergentes, como a sociologia, antropologia, biologia, psicologia, psiquiatria, criminologia, nasce também o seu avesso. Isso porque tais saberes vão, ao descrever este homem, delimitar padrões, parâmetros, constâncias, e ao fazer isso vão construir o homem como deve ser, o homem médio, o homem “normal”, cuja outra face da moeda será o homem “anormal”, aquele que se desvia de tais padrões, parâmetros, limites e constâncias e que corresponde a um perigo, a uma ameaça à ordem social.

Associado a estes saberes que buscam entender o homem, surgem técnicas de poder que se investem sobre os sujeitos na tentativa de enquadrá-los dentro daquilo que tais saberes consideram “o normal”. Correspondem ao que Foucault chama de biopoder, expresso de duas formas principais: a disciplina, que investe sobre o homem a partir do corpo individual, controlando seu tempo e espaço para torná-lo mais útil e dócil e a biopolítica, que investe sobre o homem em termos populacionais, investindo assim sobre a vida e sobre os eventos a ela relacionados e tornando-os dados estatísticos.³⁵

³⁵ Na disciplina são criados mecanismos de controle sobre este corpo, que lhe impõem uma relação de docilidade-utilidade. Ela vai operar basicamente por três mecanismos: a vigilância; a sanção normalizadora e o exame. A vigilância é o componente fundamental para o funcionamento das

Na medida em que tais poderes agem sobre o homem para normalizá-lo, enquadrá-lo, docilizá-lo, higienizá-lo, torná-lo saudável e produtivo, Foucault se refere a eles como os poderes da NORMA, da normalização. Norma no sentido que determina como os indivíduos devem ser, mas que está para além do *dever ser* do direito e da lei, o que não quer dizer que com eles não possa se associar. Está além, pois apresenta uma linguagem diferente, não a da proibição, da interdição, mas a da produção de efeitos positivos – produzem subjetividades, produzem o normal e sua outra face, o anormal.

Será exatamente este o objeto de estudo da criminologia – o anormal, mais precisamente, o criminoso. Trata-se de um saber, que se afirmará como ciência, voltada ao estudo do criminoso e da criminalidade, procurando entender suas causas, tendo como objetivo principal proteger e defender a sociedade e sua ordem de tais indivíduos potencialmente e efetivamente perigosos – curá-los, regenerá-los, normalizá-los ou eliminá-los para que o progresso continue sua linha ascendente.

Na verdade, o que a criminologia faz, por excelência, é identificar o criminoso com todos os elementos que estigmatizam o homem anormal, portanto,

instituições modernas - escolas, hospitais, fábricas, quartéis, prisões –, locais onde o poder disciplinar se materializa. Seu modelo é a figura do panóptico, preconizado por Bentham. Os olhares constantes e invisíveis sobre corpos adestrados e obedientes – a arquitetura é feita não mais para ser vista, mas para tornar visíveis os que nela se encontram. A segunda dimensão da disciplina, a sanção normalizadora, direciona-se para o estabelecimento de uma ordem, artificialmente construída, por meio de castigos e punições, similares ao modelo jurídico. A punição disciplinar oscilará entre o castigo e o prêmio, fixando-se assim padrões e modelos de comportamento. Por meio de uma infrapenalidade abarcam-se os vazios deixados pelas leis. Por fim, o exame, o mais ritualizado dos dispositivos da disciplina. Nele se combina a formação de um saber e um exercício de poder, a hierarquia da vigilância e a sanção normalizadora da norma. Por este instrumento os indivíduos são documentados, registrados, são passíveis de análise e descrição, tornando-se objetos – objetos do exame. Os indivíduos são caracterizados de acordo com determinados fenômenos, estando ligados pela norma aos traços, padrões e medidas que determinam a normalidade e o desvio. O exame corresponde, então, ao mecanismo que possibilita um sistema de descrição do comportamento dos sujeitos (e será central para a criminologia). O exame dá origem a vários códigos de individualidade: o código físico de qualificação, código médico dos sintomas, código escolar ou militar dos comportamentos e dos desempenhos – trata-se, pois da formalização do individual. Ele será a forma de saber-poder que dará lugar às ciências humanas, como a Psicologia, a Sociologia e a Criminologia, na medida em que o sujeito é objetivado pelo conhecimento: a criança, o doente, o louco, o condenado se tornarão, a partir dos mecanismos de disciplina, objeto de descrições individuais e de relatos biográficos. A biopolítica, como técnica de poder, dirige-se a uma multiplicidade de indivíduos não tomados como corpos, mas como uma massa global, afetada por processos de conjunto próprios da vida como o nascimento, morte, produção, doença. Assim, sua área de intervenção está em tudo o que se relaciona com estes acontecimentos ligados ao homem como ser vivo, analisados em termos de conjunto (fenômenos coletivos) e pelo instrumento do saber estatístico. Segundo Foucault, o instrumento da biopolítica são os mecanismos de segurança e buscam acima de tudo prevenir todo e qualquer desvio que afete a saúde e normalidade da população. O cuidado com as cidades e o planejamento urbano, as medidas de higienização, são exemplos de medidas tipicamente biopolíticas, segundo Foucault. (FOUCAULT, M. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 1987; FOUCAULT, M. **Em defesa da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2002).

para este saber, todo criminoso será visto a partir de sua anormalidade e para entender este processo, é interessante resgatarmos como surge a Criminologia.

Dessa forma, buscou-se analisar o contexto epistemológico na Europa, sobretudo na Itália, que propiciaram a emergência do positivismo Criminológico. Analisadas as bases a partir das quais este saber se constitui, julgou-se necessária a explanação das ideias mais centrais de seus principais integrantes: Lombroso, visto como o fundador da Antropologia Criminal, e Enrico Ferri e Raffaele Garofalo, os juristas que irão transpor os fundamentos desta para o direito criminal, constituindo o que Ferri nomeou de “Escola Positiva”.

Assim, consideram-se preparadas as lentes a partir das quais serão analisadas as fontes brasileiras, necessárias para identificar como se deu o processo de absorção e recepção do pensamento criminológico europeu, sobretudo, italiano, na cultura jurídica penal brasileira.

Para fazer este estudo interpretativo levou-se em conta a premissa da dualidade liberal. Uma das chaves de leitura destes textos, além das premissas metodológicas já mencionadas, foi exatamente esta dualidade. Portanto, buscou-se, ao analisar estes textos que absorveram a criminologia positivista, também verificar como emerge, nestes textos, este jogo de equilíbrio entre ordem/liberdade; regra/exceção; defesa da sociedade/garantias individuais.

Partindo-se da premissa de que a dialética ordem/liberdade é própria do Liberalismo, de como ele se articulou na realidade histórica e não apenas como se afirma em princípios, e que na Europa esta dialética produziu uma duplicidade de sujeitos, os proprietários e as classes perigosas, é cabível perguntar: como se articulou o discurso liberal com a recepção do positivismo penal na cultura jurídica brasileira?

Se lei (princípio da legalidade, garantias individuais)/norma (normalização, práticas de polícia) constituem uma dualidade que caracteriza o Estado Liberal, em que a exclusão é, de certa forma, constitutiva, quando o Brasil assimila este modelo de Estado e poder parece adequar também esta lógica dual e esta adequação parece bastante pertinente pois ocorre em uma sociedade em que a dualidade de sujeitos era prévia, evidente e constitutiva e a exclusão/ marginalização naturalizada, enraizada na mentalidade social brasileira (tanto que a questão racial é extremamente presente na discussão da identidade nacional, após o fim da escravidão). A dualidade do Estado e do poder liberal correspondem à dualidade de

sujeitos e refletem uma dualidade de discursos no direito penal (direito penal do ato - direito penal do autor) que, todavia, pertencem à mesma herança cultural (o iluminismo reformador) ligada à construção de um novo modelo social (burguês-moderno) que produz também seu próprio sujeito ideal (racional, autônomo, produtivo, normal) e sua antítese (vagabundo, ocioso, criminoso, anormal).

O discurso criminológico, ao mesmo tempo em que é efeito/sintoma desta dualidade, tenta eliminá-la, tornando oficial a faceta da ordem em detrimento da liberdade, e absolutizando a norma com relação à lei, na medida em que internaliza a norma – e neste processo o saber médico presta um inestimável auxílio - na própria lei. Norma que, todavia, já estava presente no discurso liberal, mas que não se mostrava tanto na lei, mas, sobretudo, na execução da pena, por meio do discurso de regeneração pelo trabalho, pela disciplina.

Então, pode-se dizer que esta dualidade liberal se reproduz no direito penal e se ramifica em duas correntes – uma de viés mais liberal e garantista (chamada escola clássica pelos positivistas) e outra que absorve as premissas da Antropologia e Sociologia Criminal positivistas; a primeira calcada nos direitos individuais e a segunda focada na defesa social (segurança/ordem/controle). Duas correntes que no âmbito do discurso se confrontam, mas que na verdade fazem parte de um mesmo fundo cultural marcado pela contradição liberdade/controle, e na prática podem combinar-se, uma vez que a aplicação do direito penal, via de regra, dá-se de modo enviesado, pois destinada a sujeitos distintos (dualidade de sujeitos).

Cabe então verificar se houve uma dualidade/disputa doutrinária na ciência penal brasileira. Não se trata tanto de fazer uma comparação, mas a partir dos estudos realizados na Itália, sobre o processo italiano, utilizá-los como inspiração para se verificar especificamente como, neste processo de afirmação do Estado e modernização da sociedade, manifestam-se na ciência penal brasileira as disputas dos discursos e que relação tiveram com o discurso liberal, que também se afirma como legitimador do governo republicano, pois como bem pontua Rafael Queiroz, “Os republicanos vendiam a nova ordem política como fator potencializador de direitos individuais e políticos, cujo desenvolvimento o Império não favoreceria”.³⁶

Mas antes de se analisar o pensamento criminológico dos juristas brasileiros, propriamente, seus principais aspectos e peculiaridades, entendeu-se

³⁶ QUEIROZ, R. M. R. **A Modernização do Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 49.

necessário, por conta mesmo desta chave de leitura e interpretação das fontes (textos), analisar o caráter do liberalismo brasileiro ainda no período imperial. Este liberalismo, de viés conservador e antidemocrático, como se demonstrará, base de legitimação da afirmação do Estado brasileiro independente e de seu processo de modernização e inspiração do Código Criminal de 1830 (referência marcante e constantemente presente nos juristas republicanos) influenciará o liberalismo republicano que, apesar de rearticular-se, sobretudo, por meio do discurso racial, será marcado de muitas continuidades. O perfil autoritário do governo republicano, associado ao discurso liberal de legitimação, permite-nos perceber que na República também tende a prevalecer um liberalismo antidemocrático (embora a Constituição estabeleça o contrário), cuja exclusão se justificará por argumentos de “ciência” e neste sentido o pensamento criminológico mostrava-se bastante eficaz, como se analisará na sequência, pois associa-se a uma cientificização do direito penal, por integrar as “descobertas” dos saberes médicos, antropológicos, psiquiátricos...

Em seguida, buscou-se então demonstrar o contexto cultural, político e social republicano, período em que as ideias da criminologia positivista vão se assentar. E pôde-se perceber que, como na Itália, no Brasil a criminologia emerge e se desenvolve em um contexto cultural, político, econômico e social de intensas transformações – culturalmente as ideias circulam mais, pois com as reformas no ensino, outras faculdades de direito são criadas no país como já se mencionou, propiciando uma *coralidade* científica mais significativa; há uma maturidade maior da cultura jurídica brasileira, que muito por conta do movimento da Escola do Recife, pretende cada vez mais colocar-se no mesmo nível da cultura europeia; os intelectuais buscam pensar o Brasil e a nação brasileira, as suas especificidades e identidades; ainda, o Estado se reconfigurando, mas ainda moldado pelo liberalismo; a economia assumindo os contornos do capitalismo; a sociedade se diversificando e adotando o modelo burguês individualista; o direito enquadrando-se em novas leis. Este processo é próprio e peculiar em cada país, mas em ambos produz rachaduras e ao mesmo tempo conforma continuidades, e junto a ele emergem questões sociais problemáticas que demandam da ciência respostas e soluções ou mesmo justificativas para determinadas respostas e soluções que assumem um caráter repressivo e excludente num contexto em que o discurso político e jurídico liberal afirma liberdades e a igualdade. Nessa conjuntura a questão do controle social e, necessariamente, a questão penal assumem centralidade e o discurso criminológico

é uma das linguagens adotadas pelo direito penal, para conduzir determinadas práticas que se chocavam, aparentemente, com o discurso liberal.

Feito este percurso, inicia-se a análise das fontes, ou seja, dos textos dos juristas brasileiros. O critério de inclusão de juristas foi: ser professor de direito criminal das instituições escolhidas e ter publicado textos cujo conteúdo fosse pertinente para o estudo da presente pesquisa. Por esta razão, alguns nomes que aparecem em anexo, levantados a partir dos programas da disciplina de direito criminal, que foram catalogados e acessados no momento de levantamento das fontes, não foram analisados porque não tiveram publicação. Ainda, a análise dos programas buscou focar nos temas relativos ao positivismo criminológico. Portanto, a explanação que se fez deles foi parcial, pois o intuito era verificar quais destes temas eram trabalhados e a extensão que tinham em seus programas. Foram analisados todos os programas encontrados.

As únicas exceções quanto ao critério de inclusão foram os juristas Tobias Barreto e Pedro Lessa, ambos professores de filosofia do direito, o primeiro da Faculdade de Direito de Recife e o segundo da Faculdade de Direito de São Paulo. A inclusão de Tobias Barreto se justifica por ser, juntamente com João Vieira, o primeiro a recepcionar o pensamento criminológico, em 1884, em sua obra “Menores e Loucos em Direito Criminal” e, portanto, marcar a entrada da criminologia positivista no país. Pedro Lessa foi excepcionalmente incluído no rol de juristas estudados por ter sido um dos juristas que trouxe o evolucionismo de Spencer em face do comtismo em São Paulo. Como se costuma afirmar, o evolucionismo e o monismo tiveram sua porta de entrada, sobretudo, por Recife (Escola do Recife), mas este personagem foi importante, juntamente com Paulo Egídio e João Monteiro, no processo de recepção, em São Paulo, não só de Spencer, mas também de autores como Haeckel, Littré e Ardigó.³⁷ A recepção destes autores e suas doutrinas podem ser vistas como facilitadoras para a absorção das ideias da nova escola, uma vez que muito de suas bases estão absolutamente a elas vinculadas, como já se analisará na primeira parte desta pesquisa. Pode-se dizer que a recepção destas teorias (evolucionismo, monismo, darwinismo) prepararam o “terreno” para a permeabilidade das concepções da escola penal positiva – talvez mesmo por esta razão as novas tendências penais criminológicas tiveram adeptos primeiramente em

³⁷ REALE, M. **Filosofia em São Paulo**. São Paulo: Conselho Estadual de Cultura. Comissão de Literatura, 1959.

Recife, com João Vieira e Viveiros de Castro (que depois se transfere para o Rio de Janeiro) e não em São Paulo, onde se percebe uma recepção um pouco mais tardia.

Assim, a análise começa a partir de um critério cronológico dos textos – portanto, com Tobias Barreto e João Vieira. Este jurista, também da Faculdade de Recife, além de ser pioneiro, juntamente Tobias Barreto, na recepção do positivismo penal, teve uma atuação central no processo de substituição do Código do Império pelo Código republicano, inclusive apresentando projetos de revisão deste. Na sequência foi escolhido o jurista João Baptista Pereira, relator da lei penal da República, professor de direito criminal no Rio de Janeiro e antagonista de João Vieira. Estes juristas assumem central importância nesta “disputa de códigos” e projetos que marcam o início de uma recepção mais significativa do pensamento criminológico. Uma vez que João Baptista Pereira era professor de direito criminal do Rio de Janeiro, optou-se por seguir a análise dos juristas criminalistas das duas faculdades da então capital federal, Faculdade Livre de Direito e Faculdade de Ciências Sociais e Jurídicas (Viveiros de Castro, Lima Drummond, Esmeraldino Bandeira). Em seguida, voltou-se novamente a Recife, analisando-se os juristas que seguiram João Vieira (Phaelante da Camara, Gervasio Fioravante, Octavio Tavares); na sequência, então, foram abordados os juristas da Faculdade de São Paulo (o filósofo Pedro Lessa e os criminalistas Severino Prestes, José de Aranha, Candido Motta); e por fim os juristas da Faculdade da Bahia (Moniz Sodré e Filinto Bastos) e da Faculdade de Direito de Curitiba (Antonio Martins Franco e Ulisses Falcão Vieira).

2 PARTE I: MODERNIDADE E DIREITO PENAL: PROCESSO DE RACIONALIZAÇÃO DAS PRÁTICAS PUNITIVAS

2.1 ILUMINISMO PENAL – CESARE BECCARIA E JEREMY BENTHAM – UM HUMANITARISMO UTILITÁRIO

Para se analisar as peculiaridades e continuidades do discurso de controle social que emerge no século XIX com a criminologia e a escola positiva é necessário verificar como se deu o processo de racionalização do sistema penal na modernidade. Até porque, como bem aponta Sbriccoli, a criminologia positivista, embora afirme-se criticamente em face daquilo que Enrico Ferri intitulou de “Escola Clássica”, também pertence a uma tradição cultural que se constrói com o processo de modernização da penalidade a partir do final do século XVIII. Julgou-se então pertinente retroceder e compreender como se deu esse processo, uma vez que algumas das novidades que a “Escola Positiva” reivindicava para si eram uma espécie de repaginação e intensificação de algumas ideias que emergiram neste processo: defesa da sociedade (torna-se o fundamento único superando as garantias individuais), a questão da prevenção e a dualidade de sujeitos (que cruzadas pelo discurso médico e as novas premissas do século XIX, como o organicismo e naturalismo, adquirem uma reconfiguração de corralidade científica).

O corte histórico aqui dá-se no plano econômico e social a partir da formação e consolidação do capitalismo e da sociedade individualista e burguesa, no plano do discurso, com a transição de um sistema punitivo calcado no suplício do corpo para um sistema baseado na pena restritiva de liberdade e nas instituições reformadoras (trata-se da busca de teorias que pretendem uma nova compreensão de crime e de pena, uma nova justificação moral ou política do direito de punir.)³⁸, no plano do direito, com o processo de racionalização da lei na forma Código.

Como bem pontua Foucault, a partir do final do século XVIII e início do século XIX, o espetáculo da punição, do castigo, começa a sair de cena.³⁹ Na medida em que o direito se incorpora na lei escrita, geral e abstrata, a pena deixa o

³⁸ FOUCAULT, M. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 11.

³⁹ *Ibidem*, p. 12.

corpo do condenado como objeto de suplício para abarcá-lo de outra forma, como objeto de investimento político e utilização econômica.⁴⁰ Mas não apenas o corpo é objeto do poder punitivo na modernidade – a alma, a subjetividade, passa a ser alvo não apenas do poder, mas de saberes que buscam decifrá-la, classificá-la, medi-la.

Previsão, segurança e certeza são as palavras-chaves dessa nova lógica, de inspiração iluminista, que assume o direito. E nessa lógica a eficiência da prevenção não se dá com o espetáculo do castigo, mas pela certeza da punição. A pena deve não apenas expiar o crime, causando sofrimento no condenado e prevenir que outros cometam delitos, mas deve ser útil para a sociedade – e uma sociedade bastante específica.

Beccaria e Bentham são personagens centrais nesse processo de transformação e racionalização do direito moderno. Sensíveis às transformações sociais de seu tempo, reproduzem em suas teorias uma nova forma de se pensar o direito de punir e a prática punitiva de modo que se tornassem não apenas mais humanas mas, sobretudo, racionais, calculáveis, previsíveis, úteis e funcionais para a sociedade.

O direito penal proposto pelos reformadores reproduz o processo de racionalização do direito na modernidade, com bases no jusracionalismo e no contratualismo e traduz os anseios do seu tempo e os pilares nos quais o sujeito e o direito modernos estão alicerçados: baseia-se no modelo de sujeito kantiano, um sujeito autônomo e dotado de moralidade, que por ser racional é capaz de guiar seus atos conforme a moral e o direito; está mergulhada numa concepção eminentemente individualista do homem e consolida a defesa dos direitos subjetivos (naturais e individuais) em face de toda e qualquer força arbitrária, seja de outro indivíduo, seja do Estado; preconiza, em nome da razão universal e da segurança desses direitos individuais, que o direito deve estar sistematizado em normas legais, legitimamente declaradas e imparcialmente aplicadas.

O fundamento jurídico de toda essa reforma penal está na teoria do contrato – todos os cidadãos aceitam o poder de punir conferido ao Estado, que o exerce por meio da lei escrita. O criminoso rompeu o pacto, tornou-se inimigo social e deve ser punido. É contraditória sua posição, pois, ao mesmo tempo em que é excluído da sociedade quando rompe o pacto e passa a ser visto como inimigo, é nela incluído,

⁴⁰ FOUCAULT, M. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 25.

pois deve se submeter à punição da sociedade com a qual rompeu. Como afirmava Rousseau, quando a sociedade faz perecer um malfeitor, fá-lo menos como cidadão que como inimigo.

A nova lógica do direito de punir se racionaliza. Reestruturar a lógica punitiva fazia parte de uma estratégia de construir uma nova forma de poder e governo da sociedade – a questão penal está no centro de uma reforma mais ampla, portanto.

“Dos delitos e das penas” é um texto emblemático para se compreender os fundamentos do direito penal moderno – o direito de punir tendo fundamento na soberania da nação (resultado da cessão de parcelas de liberdades dos indivíduos); o princípio da legalidade, da proporcionalidade entre delito e pena⁴¹, subordinação da interpretação (silogismo), a crítica à pena de morte e às penas corporais aflitivas, a defesa da moderação das penas⁴², a valorização da certeza do direito e da punição, da prevenção⁴³ (a pena para Beccaria tem função preventiva – não se pune olhando para o passado, mas sim para o futuro)⁴⁴, enfim, resumidamente em sua conclusão pode-se identificar todos esses elementos:

É que, para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser, de modo essencial, pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada pela lei.⁴⁵

Mas se pode perceber no discurso de Beccaria um tom, muito mais do que humanitário, utilitário. Em sua opinião, o trabalho forçado é muito mais útil à sociedade que a pena de morte ou de suplício do corpo. A defesa de penas mais

⁴¹ “Entre as penas e na maneira de aplicá-las em proporção com os delitos, devemos escolher os meios que causarão no espírito do povo a impressão mais eficaz e mais durável, e ao mesmo tempo a menos cruel sobre o corpo do culpado.” (BECCARIA, C. **Dos delitos e das penas**. 4 ed. São Paulo: Martin Claret, 2011, p. 69).

⁴² “Os países e os séculos em que se puseram em práticas os tormentos mais atrozes, são igualmente aqueles em que se praticaram os crimes mais horrendos (...) À proporção que os tormentos se tornam mais cruéis, a alma (...) enrijece-se pela renovação do espetáculo da barbárie (...) À medida que as almas se tornam mais brandas no estado social, o homem faz-se mais sensível; e, se se quiser conservar as mesmas relações entre o objeto e a sensação as penas precisam ser menos rigorosas.” (*Ibidem*, p. 50-51).

⁴³ “Desejais prevenir os crimes? Fazei leis simples e claras (...) que elas não favoreçam qualquer classe em especial; protejam igualmente cada membro da sociedade; tema-as o cidadão e trema apenas diante delas. O temor que as leis inspiram é saudável, o temor que os homens inspiram é uma fonte nefasta de delitos.” (*Ibidem*, p. 102).

⁴⁴ Como afirma Foucault, a prevenção como utilidade da pena não é novidade do século XVIII. A novidade, segundo o autor, está no fato de que a prevenção torna-se o princípio da economia da pena e a medida das suas proporções – deve-se punir na medida para impedir. (FOUCAULT, M. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 79).

⁴⁵ BECCARIA, C. *Op.cit.*, p. 107.

brandas, por exemplo, não se dá por uma simples questão de humanidade. Estes dois trechos de sua obra deixam isso bastante claro:

O espetáculo atroz, porém momentâneo, da morte de um criminoso, é um freio menos poderoso para o crime, do que o exemplo de um homem a quem se tira a liberdade, tornado até certo ponto uma besta de carga e que paga com trabalhos penosos o prejuízo que causou à sociedade (...) Nossa alma suporta mais as violências das dores extremas, porém passageiras, do que ao tempo e ao prosseguimento do desgosto (...) todas as suas molas terminam por ceder a penas longas e continuadas.⁴⁶

Ou seja, a pena longa de privação de liberdade é para Beccaria até mais penosa para a alma do homem que o suplício do corpo – se seu objetivo é apenas humanizar a pena, identificamos aí uma incoerência irrefutável.

Na base da argumentação de Cesare Beccaria está o projeto de uma ordem social em que se pressupõe uma organização racional do poder e uma relação entre poder e sujeitos em que se parte da premissa da igualdade dos cidadãos. A reforma do direito penal parte de fora do universo da tradição e assume caráter racional. O autor propõe-se a analisar como funciona a sociedade e parte de um pressuposto moderno da separação entre sociedade e Estado.⁴⁷ Por isso as reformas por ele propostas teriam que esperar o século XIX, século em que o direito penal passa a ser uma ciência integrada e emerge um novo jurista, técnico e sensível às novas exigências sociais, para se tornarem viáveis.⁴⁸

O foco na questão penal por Beccaria está no fato de que o autor percebe que por ela perpassa a reforma da sociedade e do Estado – a questão penal está no coração das transformações políticas e sociais e passa a ser vista como a medida

⁴⁶ BECCARIA, C. **Dos delitos e das penas**. 4 ed. São Paulo: Martin Claret, 2011, p. 53-54.

⁴⁷ Sob a influência das propostas reformadoras de Beccaria, na Toscana, em Pisa, é revogada pela primeira vez na Europa, em 1786, a pena de morte. Na sequência Pedro Leopoldo, soberano iluminado, inicia uma série de reformas, com destaque na área criminal, com a proposta de um novo código “La Leopoldina”. O soberano intervém diretamente na elaboração da lei. As fontes são não apenas a legislação da Toscana da época, mas obras de filósofos como Beccaria. Há nesta legislação normas inovadoras tanto no que se refere ao direito penal material, quanto processual. É abolida a tortura judiciária, instituiu-se uma caixa para se indenizar pessoas injustamente processadas e para pagar advogado para quem não tinha, obrigava motivação nas sentenças que determinavam privação de liberdade, abolia o confisco de bens, uma vez que este extrapola a pessoalidade da pena, pois atinge a família. Todavia, em 1790 Pedro Leopoldo deixa a Toscana para assumir o Império e a pena de morte é reintroduzida na Toscana. Seu filho Ferdiando promulga outra lei prevendo a pena de morte para vários casos, além de reintroduzir os crimes de “lesa maestà”. Apenas em 1859 a pena de morte é revogada novamente na Toscana. Este será o único estado italiano onde este tipo de pena não se aplica e isto influenciará no processo de legislação penal após a unificação.

⁴⁸ SBRICCOLI, M. Beccaria ou l'avènement de l'ordre le philisophe, les juristes et l'émergence de la question pénale. In: _____. **Storia del Diritto Penale e della Giustizia**. Tomo I Scritti editi e inediti (1972-2007). Giufre Editore, 2009, p. 405.

de qualidade política e de legitimidade do governo de um Estado. O penal torna-se o terreno de conflito entre a autoridade e a liberdade⁴⁹, nele visualiza-se um dos grandes nós da modernidade: os limites e os confrontos entre a segurança pública (do Estado e da sociedade) e os direitos individuais. Esta dualidade moderna, que se evidencia no discurso penal e aparece de modo constante no discurso dos juristas do século XIX assume a dicotomia entre prevenção e repressão, códigos penais liberais e leis de polícia autoritárias, entre normas garantistas e práticas ilegais.

Jeremy Bentham, contemporâneo e influenciado por Beccaria, também propõe um novo modelo de sociedade e de direito. Crítico do sistema da *Common Law*, para ele o código é um instrumento eficaz de reforma, pois a lei escrita garante certeza, previsibilidade – o código é uma unidade que traduz a ordem, é um instrumento que o legislador usa para governar a sociedade, buscando a realização da felicidade da maioria e esta só se realiza fazendo-se valer a liberdade e a propriedade. Este jurista inglês é um conservador e um utilitarista. Suas propostas sempre giram em torno de um cálculo de vantagens e de prazeres. Alerta com relação ao potencial revolucionário do direito natural, considera a lei natural como uma fantasia jurídica, inexistente em termos objetivos. Há a lei e esta é um comando, pois depende de uma autoridade, de uma vontade soberana. E é a lei, ou direito objetivo, que confere os direitos aos sujeitos – os direitos subjetivos não são mais naturais, portanto.⁵⁰

Assim como em Beccaria, o direito penal é visto por Bentham como um universo privilegiado, como fundamental por ser nele que “o legislador se manifesta para cada indivíduo; ele permite, ele ordena, ele proíbe; ele traça para cada um as regras de sua conduta; ele usa da linguagem de um pai e de um dono”.⁵¹

⁴⁹ SBRICCOLI, M. Beccaria ou l'avènement de l'ordre le philosophe, les juristes et l'émergence de la question pénale. In: _____. **Storia del Diritto Penale e della Giustizia**. Tomo I Scritti editi e inediti (1972-2007). Giufrè Editore, 2009, p. 396.

⁵⁰ Mas o que o vincula ao Iluminismo de modo inquestionável é sua crença na possibilidade de se estabelecer uma ética objetiva, fundada num princípio a partir do qual se possa deduzir todas as regras para o comportamento humano. Diferentemente dos jusnaturalistas, este fundamento não está na natureza do homem, mas no fato de que cada homem busca a própria felicidade. Há, portanto, nele a convicção tipicamente iluminista de que é possível estabelecer leis racionais válidas para todos os homens. (BOBBIO, N. **O positivismo jurídico: lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone Editora, 2006, p. 92).

⁵¹ BENTHAM, J. View of complete code of laws, W. IX, p 161. *Apud* MILLER, J-A. A máquina panóptica de Jeremy Bentham. In: _____. **O Panóptico**. (org. Tomaz Tadeu). 2 ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2008, p. 120.

Mas a fama de Bentham deu-se pela criação de um modelo arquitetônico, o qual seria uma referência a uma série de instituições que se tornarão a lógica de controle da sociedade moderna – o Panóptico. Pertencente ao grupo de intelectuais ingleses que viam com bons olhos a primeira fase da Revolução Francesa, quando parecia que esta se limitaria apenas a implantar o sistema constitucional próprio da Inglaterra, Bentham envia em 1791 à Assembleia francesa um projeto de prisão moderna, cujo objetivo principal era a otimização da vigilância.⁵²

Em seu texto Bentham deixa muito claro a preocupação com a reforma da sociedade:

A moral reformada; a saúde preservada; a indústria revigorada; a instrução difundida; os encargos públicos aliviados; a economia assentada, como deve ser, sobre uma rocha; o nó górdio da Lei sobre os Pobres não cortado, mas desfeito – tudo por uma simples ideia de arquitetura (...) Trata-se de um novo modo de garantir o poder da mente sobre a mente, em um grau nunca antes demonstrado.⁵³

Reforma que pode ser veiculada pela utilização desse modelo arquitetônico, útil à correção de qualquer tipo de desvio:

Para dizer tudo em uma palavra, ver-se-á que ele é aplicável, penso eu, sem exceção, a todos e quaisquer estabelecimentos, nos quais, um espaço não demasiadamente grande para que possa ser controlado ou dirigido a partir de edifícios, queira-se manter sob inspeção um certo número de pessoas. Não importa quão diferentes ou até mesmo opostos sejam os propósitos: seja o de punir o incorrigível, encerrar o insano, reformar o viciado, confinar o suspeito, empregar o desocupado, manter o desassistido, curar o doente, instruir os que estejam dispostos em qualquer ramo da indústria, ou treinar a raça em ascensão no caminho da educação, em uma palavra, seja ele aplicado aos propósitos das prisões perpétuas na câmara da morte, ou prisões de confinamento antes do julgamento, ou casas penitenciárias, ou casas de correção, ou casas de trabalho, ou manufaturas, ou hospícios, ou hospitais, ou escolas.⁵⁴

⁵² BOBBIO, N. **O positivismo jurídico: lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone Editora, 2006, p. 93.

⁵³ BENTHAM, J. **O Panóptico**. (org. Tomaz Tadeu). 2 ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2008, p.17.

⁵⁴ Ainda “Não o incomodarei com mais detalhes sobre a diferença entre *casas de correção*, *casas de trabalho* e *casas de pobres*, se é que existe alguma que não seja casa de trabalho; nem com detalhes sobre a diferença entre os diferentes modos de tratamento a serem dados aos graus inferiores de *desonestidade*, à *ociosidade* ainda não contaminada de desonestidade e à *indigência* inimputável. A própria lei dificilmente tem olhos para essas microscópicas diferenças. Rendo-me, portanto, ao menos por agora, ao conselho de tantos sábios e esquivo-me do crime de ser ‘mais sábio do que a lei.’” (*Ibidem*. p. 19-20; p. 65).

Segundo Foucault, de fato na era clássica, entre os séculos XVII e XVIII, ocorreu um processo de generalização da disciplina (panoptismo), ou seja, uma extensão progressiva dos mecanismos de disciplina em toda a sociedade, por meio das mais diversas instituições, como as mencionadas acima por Bentham, formando-se assim a sociedade disciplinar.⁵⁵ E nesse processo, nessa transformação histórica, a disciplina que antes apenas neutralizava os perigosos passa a ter como objetivo central a fabricação de sujeitos úteis. A própria prisão é para Foucault um espaço onde aqueles que são confinados continuam se submetendo a uma lógica de poder que já se disseminava fora dela, na sociedade – os mecanismos disciplinares.⁵⁶

Quando Bentham discorre sobre a *casa penitenciária* afirma: “o que toda prisão poderia, e em algum grau, ao menos deveria ser: planejada ao mesmo tempo como um local de custódia segura e como um local de trabalho.”⁵⁷ O trabalho forçado é visto por Bentham como uma forma de punição, tanto que o autor entende que este não deve ser aplicado aos criminosos em mera custódia antes da condenação.⁵⁸ Todavia é uma punição útil. Como filantropo mas, sobretudo, utilitarista, Bentham concebe a dor e o sofrimento das penas cruéis inúteis; o sofrimento do trabalho, por outro lado, converte-se em algo útil para a sociedade, se não em bens, mas em sujeitos moralizados e produtivos.

Na lógica de Bentham não há castigos suaves ou rigorosos, há somente castigos caros ou baratos. Como afirma Miller,

A privação da liberdade é ressentida por todos, ela é medida pela duração, e a duração é perfeitamente divisível. A prisão é uma máquina de subtrair tempo. Combinada com os trabalhos forçados aí está uma punição de alta rentabilidade. Bentham não duvida: este será o castigo do futuro, o castigo dos tempos modernos.⁵⁹

Ao pensar na aplicação do modelo para as escolas, Bentham deixa clara a importância da disciplina e do controle, os quais se viabilizam não apenas pela punição, mas também pela recompensa. O desafio, meio pelo qual é posto em

⁵⁵ FOUCAULT, M. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 173.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 250.

⁵⁷ BENTHAM, J. **O Panóptico**. (org. Tomaz Tadeu). 2 ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2008, p. 34.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 66.

⁵⁹ MILLER, J-A. A máquina panóptica de Jeremy Bentham In: BENTHAM, J. **O Panóptico**. (org. Tomaz Tadeu). 2 ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2008, p. 99-101.

prática “o mais nobre e brilhante entre os mecanismos de disciplina”⁶⁰ corresponde a “uma instituição que, recompensando o mérito por meio de sua mais apropriada e inexaurível moeda, e mesmo unindo em um único movimento as forças opostas da recompensa e da punição, confere desonra por toda atenção que um menino possa deixar de prestar e honra por todo esforço que ele possa exercer”.⁶¹

Às possíveis críticas que este sistema pode gerar, como a transformação de um espírito liberal e a energia de cidadão livre em disciplina mecânica de um soldado e austeridade de um monge, a produção de máquinas sob aparência de homens (estas são palavras do próprio autor), pensador inglês responde:

Chamemo-los de soldados, chamemo-los de monges, chamemo-los de máquinas: enquanto eles forem felizes, não devo me preocupar. Guerras e tempestades são coisas sobre as quais gostamos de ler, mas paz e calma é o que gostamos de desfrutar.⁶²

Esse trecho é bastante emblemático para demonstrar a preocupação de Bentham com um modelo de sociedade de ordem e de disciplina constituído por homens que não simbolizem qualquer tipo de risco de prejudicá-la.

Submetidas à vigilância absoluta (ou pela sensação de vigilância absoluta) de um olhar que vê sem ser visto, garantida pela estrutura do edifício sob custos mínimos (menor número de pessoas observando o maior número possível) os indivíduos se rendem ao poder, ao poder de uma razão que tudo mede, calcula, classifica e da disciplina que busca controlar, reformar, construir sujeitos (no sentido foucaultiano de assujeitado), transformar loucos, criminosos, pobres, doentes, estudantes em indivíduos dóceis e úteis. Assim, “No universo panóptico, a razão faz reinar sem partilhar sua necessidade. A razão calculante encontra aqui seu império que é o da reclusão”.⁶³

Tudo no Panóptico deve servir, a utilidade deve ser otimizada, do espaço, do tempo, das energias – seu objetivo supremo, afinal, é transformar os indivíduos descartados pela sociedade em sujeitos úteis – transformação pela sujeição.

⁶⁰ BENTHAM, J. **O Panóptico**. (org. Tomaz Tadeu). 2 ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2008, p. 76.

⁶¹ *Idem*.

⁶² *Ibidem*, p. 77-78.

⁶³ MILLER, J-A. A máquina panóptica de Jeremy Bentham. In: BENTHAM, J. **O Panóptico**. (org. Tomaz Tadeu). 2 ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2008, p. 93.

Bentham parte da premissa de que tudo, inclusive os homens, podem ser objeto de cálculo e controle:

(...) o homem é submisso, ele é governável; ele é, por natureza, desnaturável pela sensibilidade; basta, para conduzi-lo, segurar as alavancas que ativam suas molas; procurando prazer, fugindo da dor, ele é uma máquina elementar, entregue pela Natureza ao poder dos distribuidores da felicidade.⁶⁴

Lei escrita e racional, tradutora de uma ética objetiva, vigilância absoluta, trabalho como punição, disciplina como controle, homens governáveis – são os ingredientes que Bentham propõe para formatar, reformar, transformar indivíduos e constituir uma sociedade em ordem e harmônica, capaz de assegurar a felicidade ao maior número de pessoas.

Beccaria, inserido no paradigma contratualista e influenciado pela ética utilitarista, considera o indivíduo o centro da ordem até porque esta nasce de uma decisão dos sujeitos. Para ele o soberano existe para dar segurança – por isso esta passa a ser o fundamento do direito de punir. Defende a amenização das penas – sua eficácia está na certeza de sua aplicação e não no grau de aflição que pode causar ao sujeito. Para Beccaria a punição ocorre porque uma lei foi transgredida e para que outras transgressões não ocorram – há, portanto, uma função preventiva. A verdadeira ruptura das ideias de Beccaria está na renúncia em celebrar a pena como uma festa pública, abarcando o penal nos limites da razão. Importante destacar que a reforma do direito penal nesta lógica utilitária pressupõe uma determinada compreensão antropológica do sujeito – trata-se de um sujeito livre, proprietário, capaz de controlar a si mesmo e calcular as consequências de suas ações, capaz de ser proprietário de seu corpo e de bens externos. Para Bentham, o direito corresponde à lei do soberano e deve ser funcional para garantir a felicidade ao maior número de pessoas. Bentham também parte do pressuposto de que o funcionamento da lei penal depende da premissa de um sujeito perfeitamente racional, capaz de autocontrole. Apenas partindo desta condição de sujeito se pode confiar na capacidade preventiva da pena. Todavia, este sujeito corresponde ao sujeito proprietário que se choca com uma grande multidão de não-proprietários, governados pelos desejos, pela irracionalidade, incapazes de autonomia, com

⁶⁴ MILLER, J-A. A máquina panóptica de Jeremy Bentham. In: BENTHAM, J. **O Panóptico**. (org. Tomaz Tadeu). 2 ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2008, p. 116.

relação aos quais o governo público deve ocupar-se ativamente – deve governá-los, uma vez que são incapazes de autogoverno. Identificados como classes perigosas, em face destas não basta a ameaça da pena e a punição – deve-se neutralizar sua periculosidade, controlá-los, discipliná-los. A detenção carcerária passa a ser instrumento importante de disciplinamento.⁶⁵

Ao lado desse sujeito racional, proprietário, autônomo, capaz de cálculo e autocontrole, pressuposto do discurso penal liberal calcado no princípio da legalidade, desenha-se uma concepção de homens parcialmente irracionais, tendencialmente perigosos, aos quais, como já defendia Bentham, deve-se vincular uma atuação de controle disciplinar incisiva do Estado, pois a mera aplicação da lei parece não ser suficiente para garantir a segurança.⁶⁶

2.2 ORIGENS DO SISTEMA PUNITIVO MODERNO E SUAS DICOTOMIAS

Mas o trabalho e a disciplina como reformadores não são novidades do século XVIII e XIX. A sua consolidação no discurso social constrói-se já desde alguns séculos e coincide com o processo de formação e consolidação do capitalismo e da sociedade burguesa. Embora o discurso teórico sobre o sistema carcerário situe-se no iluminismo, suas raízes podem ser encontradas nas práticas de controle ligadas ao mercantilismo. De todo modo, a formação do sistema penitenciário, inseridos nele o trabalho e a disciplina e a prisão como pena por excelência nos sistemas punitivos, é uma peculiaridade da modernidade e do Estado liberal.

Dario Melosse e Massimo Pavarini em “Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX)” apresentam uma interessante análise

⁶⁵ COSTA, P. Pagina introdutiva (Il principio di legalità: un campo di tensione nella Modernità Penale). **Quaderni Fiorentini**, v. XXXVI, p. 10, 2007.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 22. Ainda, segundo Costa, a concepção de neutralizar, eliminar sujeitos que interferem na ordem social já estava presente em Hobbes, Locke, Rousseau (não é uma novidade do século XIX, mas está presente em toda parábola da modernidade penal). O que muda não é a percepção do problema, mas a forma, a utilização de instrumentos para lidar com ele. Não é mais necessário eliminá-los, pois acredita-se na capacidade disciplinadora do Estado, que investe nesses sujeitos para controlá-los, transformá-los, embora sempre associada a medidas eliminadoras, como a pena de morte. É nessa lógica que a pena carcerária assume centralidade como meio punitivo – pois além de atender ao critério da quantificação racional da punição, possibilita o emprego dos meios disciplinares e corretivos. (*Ibidem*, p. 24-25).

histórica do processo pelo qual, na Modernidade, a privação da liberdade associada ao trabalho passa a ser instrumento central de controle social. Segundo os autores, é na rearticulação de uma sociedade que transita de uma estrutura rural, agrícola e feudal, para uma ordem das trocas, urbana e individualista, que a lógica da punição moderna se consolida.

Há uma relação muito próxima entre as políticas promovidas pelo Estado voltadas à contenção da pobreza iniciadas a partir do século XVI, consequência imediata desta rearticulação (e seus produtos humanos, como os vagabundos, indigentes, ociosos, ladrões) e as práticas punitivas, pois ambas dizem respeito ao controle social (definição do que está fora e o que está dentro) e à manutenção da ordem. Até então objeto dos cuidados privados e da Igreja, essa camada da população passa a ser alvo de controle do Estado, mudança concomitante à construção de uma nova visão sobre a pobreza e a vagabundagem, que se altera significativamente na medida em que a ideologia burguesa se sustenta no enaltecimento do trabalho e, a partir do individualismo, na valorização do mérito pessoal e da iniciativa autônoma.

Os autores demonstram como da criação das *workhouses* (casas de trabalho forçado) e casas de correção⁶⁷, na Inglaterra⁶⁸, Holanda⁶⁹ e países sobretudo de fé protestante (isso porque com a Reforma altera-se a compreensão da pobreza, que de fato natural e de positividade mística, passa a ser vista como uma maldição divina, como pecado da indolência), voltadas justamente a estes sujeitos que restam à margem das transformações sociais (principalmente camponeses expulsos ou em fuga, destreinados para trabalhar na manufatura e passíveis de infringir a lei pungidos pela situação de miséria) desemboca-se na consolidação das penitenciárias no século XIX. Como afirma Melossi:

(...) este tipo de instituição foi o primeiro exemplo, e muito significativo, de detenção laica sem a finalidade de custódia que se pode observar na história do cárcere e que os traços que a caracterizam, no que diz respeito

⁶⁷ Além das casas de correção, galés e deportação eram penas que associavam a punição ao trabalho forçado.

⁶⁸ Em substituição às medidas sanguinárias contra a vagabundagem que previam o açoite e até mesmo a forca, a partir da metade do século XVI a Inglaterra cria no castelo de Bridewell a primeira casa de trabalho forçado, para onde eram remetidos os vagabundos, ociosos, ladrões e autores de delitos menores para serem reformados por meio do trabalho e da disciplina.

⁶⁹ Na passagem do século XVI para o século XVII, em Amsterdã aparecem as *Rasp-huis*, casas de trabalho forçado, cuja atividade principal era a raspagem da madeira pau-brasil para extração de um pigmento usado para tingir tecidos.

às classes a que foi destinada, sua função social e a organização interna já são, grosso modo, aquelas do clássico modelo carcerário do século XIX.⁷⁰

É, segundo esses autores, a partir das casas de trabalho que começa a recusa do uso da pena de morte e das punições corporais (recusa associada à defesa da legalidade e da taxatividade). Em Beccaria, é o critério racional e calculável da utilidade da pena um dos argumentos centrais, por exemplo, contra a pena de morte, pois muito mais útil do que esta para a sociedade, segundo o autor, é o trabalho forçado.

Os autores demonstram, seguindo as linhas de G. Rusche e O. Kirchheimer (Punishment and Social Structure) e Pasukanis (A Teoria Geral do Direito e o Marxismo), que conforme a necessidade e disponibilidade de mão de obra no mercado, e com fins de contenção do valor dos salários, as práticas punitivas se adequavam, conformavam-se. Para Melossi a introdução do trabalho forçado para aquele grupo de indivíduos à margem das transformações sociais, a partir da segunda metade do século XVI e ao longo do século XVII, deveu-se a uma queda demográfica (que contrasta com a grande oferta de trabalho da época da repressão sanguinária contra a vagabundagem), que passa a requerer uma intervenção do Estado para conter o aumento do custo de trabalho e a capacidade de resistência e luta. E, além de permitir tabelar o trabalho livre, essas casas de trabalho forçado cumpriam a função de transformar o camponês em operário, torná-los aptos a uma vida laboriosa e honesta por meio de disciplina e da submissão à autoridade.

Nesse aspecto, o pensamento de Foucault é salutar. O autor demonstra a importância que a disciplina impõe sobre o corpo do indivíduo, com o intuito justamente de docilizá-lo e otimizar suas forças para a produção. São criados mecanismos de controle sobre o corpo, que lhe impõem uma relação de docilidade-utilidade, ou seja, “(...) a coerção disciplinar estabelece no corpo o elo coercitivo entre uma aptidão aumentada e uma dominação acentuada”.⁷¹ Melossi afirma

⁷⁰ MELOSSI, D; PAVARINI, M. **Cárcere e fábrica**: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX). Rio de Janeiro: Renavan, 2006, p. 39.

⁷¹ FOUCAULT, M. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 119. É importante ressaltar que Foucault expõe que o poder disciplinar teve sua origem dentro da própria sociedade e que depois, aos poucos, seus mecanismos foram sendo apropriados pelo poder estatal. Foucault deixa isso bem claro em seu livro “A verdade e as formas jurídicas”, quando relaciona o surgimento da sociedade disciplinar com as mudanças do sistema penal na Europa a partir do século XVIII. Na Inglaterra, expõe o autor, em razão de seu sistema penal muito rigoroso, existiu uma série de mecanismos de controle da população e de controle dos indivíduos que partiam da própria população para se fugir da repressão do Estado. Foucault cita exatamente o exemplo das

também neste sentido: “Assegurar a supressão de um sem número de impulsos e de disposições produtivas para valorizar apenas aquela parte infinitesimal do indivíduo que é útil ao processo de trabalho capitalista é a função confiada pelos bons burgueses calvinistas do século XVII à casa de trabalho”.⁷²

Segundo Foucault, a absorção dos mecanismos disciplinares pelo Estado, mais especificamente pelo aparelho judiciário penal, implicou uma preocupação em se corrigir os indivíduos não mais apenas no âmbito de suas infrações, mas de seus comportamentos. Assim como Foucault (generalização da disciplina), o autor italiano concebe a extensão da lógica disciplinar a uma rede de instituições – a família mononuclear, a escola, a fábrica, o cárcere, o hospital, o quartel, o manicômio, cujo objetivo fundamental é a produção e reprodução dos sujeitos ideais para o capital, o operário padrão.⁷³ O controle não deveria se dar apenas na fábrica ou no cárcere, mas em diversos níveis para que se desenvolvesse no trabalhador uma tendência natural e espontânea à disciplina – o controle é interiorizado e neste sentido não atinge apenas o corpo, mas também a alma, a subjetividade do indivíduo. Para que este processo ocorresse da maneira mais efetiva possível, a educação e a juventude passam a ser focos de atenção – as casas de correção para jovens já evidenciam uma preocupação nesta época com a delinquência juvenil.

Estas casas de trabalho e de correção têm, portanto, uma dupla função – produzir e educar. Assim, “Os pobres, os jovens, as mulheres prostitutas enchem, no

comunidades religiosas dissidentes do anglicanismo (tipo de protestantismo), os quakers e os metodistas, compostas por pequenos burgueses, que se encarregavam de organizar sua própria polícia, por meio de sociedades de reforma moral. As sociedades de amigos, de inspiração quaker e as comunidades metodistas eram responsáveis pelos casos de embriaguez, adultério, prostituição, recusa de trabalhar – realizavam então, uma dupla tarefa: a vigilância e a assistência. Outro exemplo é a chamada *Sociedade para a Reforma das Maneiras* (comportamento e conduta), do século XVII, que é ressuscitada sob a influência de Wesley (metodista), que se propunha a impedir os jogos, reprimir a prostituição, o adultério, tudo o que pudesse manifestar desprezo a Deus. Foucault, assim como Weber, também aponta o processo de laicização destas sociedades de controle social ao longo do tempo, ou seja, aos poucos a preocupação com a moral e os bons costumes estendeu-se para além dos interesses religiosos, tornando-se um interesse secular da sociedade em si. Foucault aponta que no decorrer do século XVIII estas sociedades de reforma social alteram o seu perfil popular e pequeno burguês, e passam a ser comandadas pelas classes sociais mais ricas. Isso correspondeu justamente ao processo em que a reforma moral deixa de ser auto defesa penal para se tornar uma reforço da autoridade penal – ocorre, portanto, uma estatização dos mecanismos disciplinares disseminados pelo grupos sociais de controle. Nas palavras de Foucault: “(...) um deslocamento da moralidade à penalidade (...) A ideologia religiosa, surgida e fomentada nos pequenos grupos quakers, metodistas, etc, na Inglaterra do fim do século XVII, vem agora despontar, no outro pólo, na outra extremidade da escala social, do lado do poder, como instrumento de controle de cima para baixo. Auto-defesa no século XVII, instrumento de poder no início do século XIX”. (FOUCAULT, M. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: NAU, 2003, p. 93).

⁷² MELOSSI, D.; PAVARINI, M. **Cárcere e fábrica**: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX). Rio de Janeiro: Renavan, 2006, p. 43.

⁷³ *Ibidem*, p. 48.

século XVII, as casas de correção. São eles as categorias sociais que devem ser educadas ou reeducadas na laboriosa vida burguesa, nos bons costumes”.⁷⁴ É importante destacar, como ressalva Melossi, que

Durante muito tempo a casa de trabalho ou casa de correção não substituiu completamente toda a gama de punições até então vigentes. Ela se situava numa posição intermediária entre a multa simples ou uma leve punição corporal e a deportação, o desterro e a pena de morte. O que importa é que a casa de trabalho estava destinada ao “tipo criminológico” característico desse período, que nasce ao mesmo tempo em que o capitalismo, e que tende a se desenvolver simultaneamente com ele.⁷⁵

Mas, com o tempo, condenados por delitos mais graves e penas mais longas começam a ser internados nessas casas e gradativamente tende-se a substituir o sistema das penas corporais pelo cárcere.⁷⁶ Aos poucos o internamento se generaliza também em países católicos e ao longo dos séculos XVII e XVIII vai tomando forma aquilo que será o modelo punitivo por excelência do século XIX. Na passagem do século XVIII ao XIX a detenção torna-se a punição paradigmática e de fato isso é uma novidade. Todavia, absorvia mecanismos de coerção já desde o século XVI em prática. Como bem expõe Foucault:

A forma geral de uma aparelhagem para tornar os indivíduos dóceis e úteis, através de um trabalho preciso sobre o corpo, criou a instituição-prisão, antes que a lei a definisse como a pena por excelência.⁷⁷

A partir da segunda metade do século XVIII, com a Revolução Industrial e a introdução do sistema de fábrica, com a inserção das máquinas na produção, o capital afirma-se independente do Estado. O liberalismo do *laissez-faire*, *laissez-passer* assume seus contornos e direciona suas críticas às medidas de assistência do Estado à pobreza, sobretudo a partir do século XIX. Predomina a perspectiva malthusiana e spenceriana de que cada um deve cuidar do seu e cuidar daqueles

⁷⁴ MELOSSI, D.; PAVARINI, M. **Cárcere e fábrica**: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX). Rio de Janeiro: Renavan, 2006, p. 55.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 43.

⁷⁶ “Por muito tempo, entretanto, não foi feita nenhuma classificação rígida ou separação das diversas categorias humanas e jurídicas dos internados. Como observam Rusche e Kirchheimer, pode-se supor uma certa distinção entre *Zuchtaus*, entendidas como o cárcere propriamente dito, e as *Arbeithaus*, destinadas aos vagabundos, aos pobres e aos prisioneiros para ali levados por razões policiais, mas seriam diferenças formais que nunca encontram respaldo na realidade”. *Ibidem*, p. 58.

⁷⁷ FOUCAULT, M. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 1987, p.195.

que não podem realizar por si é perpetuar seres inferiores, prejudicando o caminhar natural da evolução.

Neste novo clima a Inglaterra elabora uma nova *Poor Law* em 1834, em que o pobre passa a ser visto como um perigo em potencial – pobreza torna-se delito, como pronuncia Disraeli na época. As casas de trabalho passam a ter um regulamento mais duro, com uma série de limitações e condições de vida degradantes – passam a ser casas de terror. A vida no seu interior devem ser inferiores às condições mínimas dos trabalhadores livres. O trabalho em seu interior passa a ser inútil e improdutivo, mantendo-se apenas com uma finalidade disciplinadora e punitiva: afinal, em função da abundância da oferta de mão de obra, o quesito econômico deixa de ser prioridade.

Os reformadores buscavam justamente conter esta tendência do cárcere como terror e resgatar o trabalho como instrumento produtivo e corretivo. Segundo Melossi, o Panóptico de Bentham aparece na fase intermediária em que a finalidade produtiva e ressocializante das primeiras experiências começa a se sobrepor ao objetivo intimidatório e de puro controle, por conta da retomada do Iluminismo reformador.⁷⁸ Mas este movimento encontrou resistência por parte de camadas aterrorizadas com a pobreza e a criminalidade crescentes (decorrência do excedente de desempregados, fruto da Revolução Industrial e do sistema de fábrica) que clamavam pelo retorno das práticas punitivas sanguinárias de outrora.⁷⁹

No cenário desta discussão ingressam as experiências norte-americanas da Filadélfia e de Auburn.

Nos Estados Unidos que, no século XIX, vivenciam um progresso econômico significativo, uma situação tida como “pleno emprego”, não deixa de ser uma preocupação a questão do pauperismo crescente. E como as condições sociais eram vistas como prósperas, a tendência em se interpretar a pobreza passou de um foco social para um viés individual – começa a se tornar comum uma diferenciação entre pobreza culpável (indolência, alcoolismo) e não culpável, ou seja, uma responsabilidade do indivíduo que justifica a sua situação de miséria e indigência. Essa hipótese induz a uma postura de caráter punitivo para se lidar com o problema

⁷⁸ MELOSSI, D.; PAVARINI, M. **Cárcere e fábrica**: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX). Rio de Janeiro: Renavan, 2006, p. 70.

⁷⁹ Esta tendência em se reduzir o cárcere ao terror ocorre primeiro na Inglaterra, onde os efeitos da Revolução Industrial são primeiramente sentidos. Mas gradativamente se estende a outras regiões da Europa na medida em que o sistema de produção se modifica. Mas em países como Espanha, Portugal e França essas experiências são quase insignificantes, pelo atraso na industrialização.

do pauperismo e uma vez que este sempre esteve vinculado ao problema criminal, as propostas de solução para este vão seguir a mesma corrente.⁸⁰

A política de controle social predominante nos Estados Unidos da primeira metade do século XIX foi o internamento das massas de pobres ociosos e vagabundos – por conta do discurso que atribuía uma origem viciosa à pobreza, substituem-se todas as medidas de assistência, por ações do poder público baseadas no internamento. Voltada à questão do pauperismo, essa medida se estende como forma de controle a diversas formas de desvio. Há, por exemplo, uma intensa preocupação com os jovens e com os loucos, criando-se instituições específicas para ambos – devem-se educar os jovens para que não se tornem futuros criminosos; deve-se segregar e curar o louco para eliminar as causas de sua loucura, as quais estão na própria sociedade.⁸¹ Não foi diferente com os criminosos.

Contemporâneas a essa política de controle institucional, por fatores de ordem econômica, as funções ressocializantes do trabalho obrigatório e produtivo vão se diluindo. Segundo Pavarini, é na tentativa de dar uma solução a esse impasse que os Estados Unidos inventam o sistema penitenciário.⁸²

O novo sistema de produção baseado numa dinâmica de trabalho em conjunto e envolvendo maquinário, inviabiliza o uso do trabalho no cárcere, pois exigiria um investimento altíssimo de capital. A resposta deu-se num modelo aplicado inicialmente na Filadélfia e de inspiração Quaker, em que o trabalho não exerce nenhuma função econômica, mas apenas terapêutica. Preconiza-se o isolamento celular, pois a solidão, associada ao trabalho repetitivo, possibilitam a introspecção do condenado e a remissão de sua culpa pela reflexão e remorso. Trata-se de um sistema inadequado em termos produtivos, pois como é baseado no isolamento celular, impossibilita a introdução de máquinas e o trabalho em conjunto, ambos necessários no sistema de fábrica/industrial. Este sistema era bastante severo e não ficou isento de críticas, as quais indicavam o índice de pessoas que enlouqueciam quando a ele submetidas.

Mas segundo Pavarini, não teria sido por questões humanitárias que este sistema teria entrado em crise – mudanças na disponibilidade de mão de obra

⁸⁰ MELOSSI, D.; PAVARINI, M. **Cárcere e fábrica**: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX). Rio de Janeiro: Renavan, 2006, p. 179.

⁸¹ A loucura também passa a ser vista como um efeito do processo civilizatório, que tensiona o cotidiano do homem, o qual submetido a constantes pressões, se mais frágil e exposto, pode ter a sua psique afetada. (*Ibidem*, p. 181).

⁸² *Ibidem*, p. 186.

provocam críticas a este sistema por deseducar os condenados impondo-lhes práticas antieconômicas.⁸³

Em resposta a esses impasses constitui-se um novo modelo na penitenciária de Auburn. A proposta de Auburn já busca adaptar-se à dinâmica de produção, pois permite o trabalho em comum durante o dia, sob a regra do silêncio, com isolamento celular à noite. Insere-se novamente o trabalho produtivo no cárcere e, com ele, por meio do *contract system*, o empresário capitalista. Tenta-se transformar o cárcere em uma verdadeira fábrica e o condenado passa a moldar-se em operário.⁸⁴

No entanto, esse sistema foi alvo de críticas constantes tanto da opinião pública quanto da classe trabalhadora. Além disso, a dificuldade em atualizar as atividades no cárcere de acordo com a evolução das técnicas de produção e industrialização, para manter uma produção competitiva, inviabilizaram a manutenção do sistema e, conseqüentemente, no início do século XX, a penitenciária deixa de ser uma empresa produtiva.⁸⁵

Pavarini conclui que, embora historicamente tenha havido a constante tentativa de tornar o cárcere em fábrica e torná-lo efetivamente produtivo em termos econômicos, isso de fato nunca ocorreu. Todavia, teve sucesso em uma das finalidades vinculadas à sua origem histórica – a transformação do criminoso em proletário. O objetivo do cárcere mais do que produzir mercadorias era produzir homens:

(...) o cárcere como ‘máquina’ capaz de transformar (...) o criminoso violento, agitado, impulsivo (sujeito real) em detido (sujeito ideal), em sujeito disciplinado, em sujeito mecânico. Em síntese, uma função não apenas ideológica, mas também atipicamente econômica. Em outras palavras, a produção de sujeitos para uma sociedade industrial, isto é, a produção de proletários a partir de presos forçados a aprender a disciplina da fábrica⁸⁶

A tese de Pavarini é a de que o cárcere torna-se o “(...) símbolo institucional da nova ‘anatomia’ do poder burguês”⁸⁷, constitui-se como modelo ideal da sociedade burguesa, onde reinam a ordem e a disciplina, local na qual se transforma o criminoso no não-proprietário, no sujeito de necessidades materiais, destituído de

⁸³ MELOSSI, D.; PAVARINI, M. **Cárcere e fábrica**: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX). Rio de Janeiro: Renavan, 2006, p. 189-190.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 201.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 211.

⁸⁶ *Idem*.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 216.

toda individualidade e subjetividade, no proletário disciplinado que não simbolize perigo para a propriedade alheia, no homem-máquina, homem mecânico, um perfeito autômato. A lógica burguesa transforma, produz e desconstrói sujeitos conforme seus interesses: de não-proprietário homogêneo ao criminoso, do criminoso homogêneo ao preso, do preso homogêneo ao proletário. O cárcere e a disciplina devem educar para o trabalho e para a aceitação da condição de assujeitado.⁸⁸

A consolidação do cárcere penitenciário como sistema punitivo principal, segundo Foucault, está no processo de inserção de três esquemas, que nada mais são do que a inserção da disciplina na lógica punitiva justamente com a finalidade de produzir sujeitos (assujeitados): 1) Esquema político-moral: isolamento. A solidão é um poderoso instrumento de reforma e condição para submissão total; 2) Esquema econômico: utilidade do trabalho penal:

Não é um lucro; nem mesmo a formação de uma habilidade útil; mas a constituição de uma relação de poder, de uma forma econômica vazia, de um esquema de submissão individual e de seu ajustamento a um aparelho de produção.⁸⁹

3) Esquema técnico-médico: cura e normalização – modulação da pena conforme a regeneração do condenado – a pena deve estar relacionada com o caráter corrigível.

O cárcere torna-se fábrica de homens e laboratório de ciência, pois a partir dele e nele busca-se construir o conhecimento do criminoso (o qual se transforma em desviante institucionalizado, ou seja, o preso) e identificar as causas do desvio criminal. Nele forma-se um saber clínico sobre os condenados – é a partir dele e de seus sujeitos que a Criminologia desenvolve suas teses sobre os criminosos.

Esses condenados como objeto do saber criminológico constituem um tipo específico da espécie humana – o delinquente – associado a uma anormalidade e periculosidade. Assim, o cárcere busca produzir sujeitos úteis, mas para isso se vincula a uma série de saberes que antes de constituírem o sujeito assujeitado, constroem o delinquente.⁹⁰ O que o distingue do mero infrator é que o que o define

⁸⁸ MELOSSI, D.; PAVARINI, M. **Cárcere e fábrica**: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX). Rio de Janeiro: Renavan, 2006, p. 232.

⁸⁹ FOUCAULT, M. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 204.

⁹⁰ Pavarini aponta que neste aspecto está um dos maiores equívocos da escola positivista – a equiparação entre delinquente e preso, confundindo “a agressividade e a alienação do ‘homem

não é tanto seu ato, mas sua vida. A lei define o infrator, a norma (biopoder – disciplina e biopolítica) define o delinquente – “núcleo de periculosidade, representante de um tipo de anomalia”.⁹¹ Assim, “(...) desapareceu o corpo marcado, recortado, queimado, aniquilado do supliciado, apareceu o corpo do prisioneiro, acompanhado pela individualidade do ‘delinquente’, pela pequena alma do criminoso, que o próprio aparelho do castigo fabricou como ponto de aplicação do poder de punir (...)”⁹²

Melossi e Pavarini apontam que o processo de consolidação do cárcere como forma punitiva por excelência da modernidade constitui-se a partir de uma dinâmica contraditória entre o universo da lei penal e o mundo das práticas punitivas, entre

1) O momento do direito (na pena como retribuição); momento da disciplina (pena como execução); 2) igualdade formal (na pena como retribuição); desigualdade, inferioridade, subordinação substancial (na pena como execução); 3) Certeza jurídica (na pena como retribuição); arbitrariedade factual (na pena como execução).⁹³

Segundo Foucault, a prisão como a pena das sociedades civilizadas por excelência está justamente nesta conjunção – de uma justiça penal que se afirma igual para todos, mas que é constantemente investida pelas assimetrias das sujeições disciplinares.⁹⁴ A disciplina, como afirma Foucault, é um contradireito, pois introduz estas assimetrias, uma desigualdade insuperável entre as partes da relação.

Na medida em que a disciplina penetra na legalidade penal do liberalismo, anula o seu pressuposto de igualdade. Com a criminologia, a desconstrução da igualdade jurídica se fará ainda por um discurso calcado na ciência médica e biológica. Assim, a norma da disciplina que se insere na dinâmica punitiva moderna do cárcere, complementa-se pela norma da biopolítica (que leva em conta o homem como espécie e raça) desenhando novas fissuras na humanidade e desconstruindo o pressuposto da igualdade jurídica. E nesse processo o cárcere passa a ser um

institucional’ com sua intrínseca perversidade”. MELOSSI, D.; PAVARINI, M. **Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário** (séculos XVI-XIX). Rio de Janeiro: Renavan, 2006, p. 214.

⁹¹ FOUCAULT, M. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 213.

⁹² *Idem*.

⁹³ MELOSSI, D.; PAVARINI, M. *Op. cit.*, p. 264.

⁹⁴ FOUCAULT, M. *Op. cit.*, p. 195.

alvo de crítica dos criminalistas criminólogos – pois alguns criminosos, biologicamente anormais, não são passíveis de serem moldados pela disciplina.

De qualquer forma, em que pesem as críticas e crises que enfrentou desde seu início, o cárcere torna-se a forma punitiva por excelência na modernidade porque coloca-se justamente “no ponto em que se faz a torsão do poder codificado de punir, em um poder disciplinar de vigiar; no ponto que os castigos universais das leis vêm aplicar-se seletivamente a certos indivíduos e sempre aos mesmos (...)”.⁹⁵

Quem seriam, então, esses indivíduos?

2.3 NASCE A CRIMINALIDADE, NASCE O CRIMINOSO

Na passagem do Antigo Regime para a Modernidade Jurídica há, assim como transformações nos fundamentos do direito penal e nas formas de punição, a construção das ideias modernas de criminalidade e criminoso com significados semelhantes aos que usamos ainda hoje. Antes desse período os juristas sequer usavam esses termos. Segundo Sbriccoli, na transição do século XVIII para o XIX nasce o estereótipo do criminoso.⁹⁶

A imprensa, sobretudo a partir do século XIX, difundia cotidianamente as notícias sobre crimes, disseminando a impressão de que o fenômeno da criminalidade estava mais próximo das pessoas. É desse período também o aparecimento das estatísticas criminais. Esses dois fenômenos acabam provocando um sentimento de temor e ameaça constantes, pois faziam as pessoas sentirem que o fenômeno criminoso de alguma forma fazia parte do seu cotidiano. A presença desse medo tende a influenciar as legislações e a administração da justiça.⁹⁷

Difunde-se a partir deste momento uma ideia impensável no Antigo Regime (no qual se convivia com a criminalidade, como algo natural) – a de eliminar o crime. A disseminação do medo provocou uma verdadeira obsessão em se erradicar o fenômeno criminoso e junto com ele a pobreza e a doença.

⁹⁵ FOUCAULT, M. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 184.

⁹⁶ SBRICCOLI, M. La piccola criminalità e la criminalità dei poveri nelle riforme settecentesche del diritto e della legislazione penale. In: _____. **Storia del Diritto Penale e della Giustizia**. Tomo I Scritti editi e inediti (1972-2007). Giuffrè Editore, 2009, p. 407.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 408.

Contra o crime todas as medidas devem ser conjugadas: repressão, prevenção, dissuasão, educação, instrução. O sistema judiciário torna-se ainda mais burocrático e inflamado – produz pessoas, procedimentos, atividades e também criminalidade – ações que outrora eram irrelevantes e toleradas (como colher madeira no bosque) passam a ser criminalizadas. “Lo Stato liberale fa invece d’ogni erba un fascio: rubare nella casa costituisce soltanto un aggravamento; ma rubare all’aperto, anche frutti caduti, le spighe rimaste nel campo dopo la mietitura, è un reato”.⁹⁸ Como bem pontua Foucault, nesse período a economia das ilegalidades é reestruturada – de uma ilegalidade de direitos (fiscal, aduaneira, contrabando, luta contra os agentes do fisco) passa-se a uma ilegalidade de bens (o alvo é sobretudo a propriedade) – busca-se controlar todas as práticas que se movimentam contra as novas expressões da riqueza, frutos de novas formas de acumulação de capital.⁹⁹

O crime é identificado pelas classes dirigentes nas classes pobres – nestas reside o perigo. E na França no início do século XIX esta ideia assume forma e palavra, pois lá aparece pela primeira vez a expressão *classes perigosas*, termo tão corrente no pensamento do século XIX (1840, publicação de Frégier sobre as classes perigosas)¹⁰⁰ – pobreza e periculosidade associam-se na medida em que o debate se estabelece a partir da construção de uma nova subjetividade: a do pobre mal e parasita¹⁰¹. Há uma progressiva associação entre ordem e propriedade,

⁹⁸ SBRICCOLI, M. La piccola criminalità e la criminalità dei poveri nelle riforme settecentesche del diritto e della legislazione penale. In: _____. **Storia del Diritto Penale e della Giustizia**. Tomo I Scritti editi e inediti (1972-2007). Giufrè Editore, 2009, p. 414.

⁹⁹ FOUCAULT, M. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 73.

¹⁰⁰ VILLA, R. **Il deviante e suoi segni: Lombroso e la nascita dell’antropologia criminale**. Milano: Franco Angeli, 1985, p. 45-46.

¹⁰¹ “Dal momento in cui il povero, abbandonato a cattive passioni, cessa di lavorare, egli si pone nemico della società, perché non riconosce la legge suprema che è il lavoro.” (FREGIER, H.A. **Des classes dangereux de la population et des moyens de les rendre meilleures**, Paris, Baillière, 1840, v. 1, p. 7 *Apud Ibidem*, p. 155). Domenico Losurdo indica como é recorrente no discurso liberal (anterior mesmo ao século XIX) esta associação entre pobreza e perigo, chegando-se ao extremo da própria desumanização dos pobres. Nestes discursos os pobres precisam ser disciplinados e controlados, pois são um perigo à ordem pública. Todavia, também são vistos como necessários. Como afirmava Madeville, “Per rendere felice la società è necessario che la grande maggioranza rimanga sia ignorante che povera (...) la ricchezza più sicura consiste in una massa di poveri laboriosi.” (MARX, K.; ENGELS, F. **Opere complete**. Roma: Editori Riuniti, 1955-89 *Apud* LOSURDO, D. **Contro storia del liberalismo**. Roma-Bari: Editora Laterza, 2005, p. 90). Como não evitar a contradição de uma ideia segundo a qual felicidade e riqueza da sociedade dependem da infelicidade e miséria da maior parte da população? Simplesmente excluindo esta maior parte da sociedade – essa é composta por homens livres, da qual os pobres, servos, não fazem parte. *Ibidem*. p. 90. Tanto Locke quanto Bentham concebem que grande parte da humanidade não é capaz de vida intelectual e moral, estando submetidas às leis das necessidades. Segundo Locke “c’è tra alcuni uomini ed altri, una distanza maggiore che tra alcuni uomini e alcune bestie” e para se convencer disso, afirmava, basta olhar a bolsa e o Palácio de Westminster e os asilos de mendicidade. (LOCKE, J. **Saggio sull’intelletto umano** (1689). Torino: UTET, 1971, p. 804-805. *Apud* LOSURDO, D. **Contro storia del**

desordem transgressiva e não propriedade. A própria inflação do campo da criminalidade – meros ilegalismos no Antigo Regime, tornam-se crimes no Estado Liberal – contribui para a associação pobre-criminoso.

Constrói-se por meio de um discurso de desumanização das classes pobres – máquinas produtivas, bípedes, brutos – um abismo entre a sociedade constituída pelos homens livres e racionais e a massa bruta e movida não pela razão, mas pela necessidade e desejo. Segundo Sieyès, os instrumentos humanos de produção pertencem a um povo diverso e inferior com relação à camada dominante da produção, composta por pessoas inteligentes e respeitáveis. Os pobres são sujeitos brutos que não compartilham os sentimentos nobres da vida espiritual humana.¹⁰²

Segundo Sbriccoli este é o primeiro passo para se construir o esteriótipo do criminoso, o qual é geralmente pertencente à classe pobre, pobreza que o embrutece e cujo embrutecimento deixa sinais, marcas, que tornam o criminoso reconhecível. Como afirma Sbriccoli:

Nella lettura dell'800 si viene infatti formando l'immagine del criminale come persone repellente, spaventosa anche quando non sta commettendo reati, che vive in maniera sordida in ambienti impossibili, che si comporta in modo sregolato nelle sue relazioni umane, sessuali; non ha nessuna pratica religiosa, è un bestemmiatore; è anzitutto un povero, un non proprietario.¹⁰³

O criminoso torna-se um inimigo interno, está fora da sociedade, violador do pacto social e, portanto, contra aquele as regras podem ser suspensas. São verdadeiras bestas ferozes, leões, tigres, que não podem viver em sociedade e dela devem ser amputados, eliminados (neste sentido colocam-se Hume, Locke). Estes termos foram frequentes no discurso sobre a criminalidade até Jeremy Bentham.¹⁰⁴

liberalismo. Roma-Bari: Editora Laterza, 2005, p. 92). Mandeville comparava os trabalhadores assalariados a cavalos. Sieyès equipara-os a uma massa bípede, sem liberdade e moralidade: “I disgraziati votati ai lavori faticosi (...) i loro corpi sofferenti e bisognosi di tutto questa folla immensa di strumenti bipedi, senza libertà, senza moralità, senza facoltà intellettuali, dotati solo di mani che guadagnano poco e di mente gravata da mille preoccupazioni che serve loro solo a soffrire (...) sono questi che voi chiamati uomini? Li si ritiene civilizzati (*policés*), ma si è visto anche uno solo di essi che fosse capace di entrare nella società?” (SIEYÈS, E-J. **Écrits politiques**. Paris: Éditions des archives contemporaines, 1985, p. 236. *Apud* LOSURDO, D. **Controistoria del liberalismo**. Roma-Bari: Editora Laterza, 2005, p. 94).

¹⁰² LOSURDO, D. **Controistoria del liberalismo**. Roma-Bari: Editora Laterza, 2005, p. 94.

¹⁰³ SBRICCOLI, M. La piccola criminalità e la criminalità dei poveri nelle riforme settecentesche del diritto e della legislazione penale. In: _____. **Storia del Diritto Penale e della Giustizia**. Tomo I Scritti editi e inediti (1972-2007). Giufrè Editore, 2009, p. 411.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 412.

Seria contraditório identificarmos este discurso no mesmo universo do que se refere à moderação e humanização das penas. Na verdade, esta contradição é meramente aparente. Segundo Sbriccoli, o discurso sobre a humanização das penas cumpre mais uma função de fachada, escamoteando sua verdadeira finalidade que é tornar o mecanismo punitivo mais eficaz, excluindo de fato o criminoso ou tornando-o útil à sociedade.¹⁰⁵

No mesmo sentido afirma Foucault. Para o autor francês o respeito pela humanidade dos condenados é fruto de uma mudança na política de controle dos indivíduos, na vigilância penal, que se torna mais efetiva e atenta ao corpo social.¹⁰⁶ Seu objetivo não é tanto encontrar um novo fundamento do direito de punir a partir de bases mais equitativas, mas estabelecer uma nova economia do poder de punir, não concentrado, mas “(...) repartido em circuitos homogêneos que possam ser exercidos em toda a parte, de maneira contínua e até o mais fino grão do corpo social.”¹⁰⁷ O poder de punir deve, portanto, inserir-se plenamente no corpo social, sobrepondo uma prática de punir excessiva e dispendiosa por uma contínua, permanente e econômica. Não se trata apenas de uma nova sensibilidade, mas de uma nova política das ilegalidades – das ilegalidades de direito toleradas passa-se às ilegalidades de bens criminalizadas e altamente reprimidas.

Dessa maneira, a nova forma de punir é reflexo também da necessidade da sociedade burguesa de constituir uma nova dinâmica de poder contra o poder soberano e contra o infrapoder social que se manifestava nas ilegalidades toleradas. Como afirma Foucault,

A forma de soberania monárquica, ao mesmo tempo que colocava do lado do soberano a sobrecarga de um poder brilhante, ilimitado, pessoal, irregular e descontínuo, deixava do lado dos súditos lugar livre para uma ilegalidade constante; (...) correlata daquele poder (...) atacar-se as prerrogativas do soberano era atacar ao mesmo tempo o funcionamento das ilegalidades.¹⁰⁸

¹⁰⁵ “(...) la polemica contro le pene corporali non sembra più una polemica umanitaria, bensì sembra avere come obiettivo l’efficienza del meccanismo punitivo. La lotta contro i criminali richiede mezzi efficaci; il discorso sull’umanità delle pene è di facciata, serve ad avvalorare la polemica, ma non è l’obiettivo reale, o non lo è interamente.” SBRICCOLI, M. La piccola criminalità e la criminalità dei poveri nelle riforme settecentesche del diritto e della legislazione penale. In: _____. **Storia del Diritto Penale e della Giustizia**. Tomo I Scritti editi e inediti (1972-2007). Giufrè Editore, 2009, p. 412).

¹⁰⁶ FOUCAULT, M. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 66.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 69.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 74.

Além das ilegalidades toleradas, no Antigo Regime a severidade excessiva das penas acarretava com frequência a sua não aplicação.¹⁰⁹ Meros furtos condenados com a pena de morte, muitas vezes, sequer eram denunciados ou, se denunciados, os próprios juízes encontravam uma maneira de não aplicá-la. Já no Estado Liberal, embora as penas sejam mais brandas e moderadas, o aparato repressivo intensifica a sua eficiência. O que não era denunciado passa a ser, a polícia se expande e os juízes tornam-se rigorosos na aplicação das sanções. Assim, o efeito imediato da amenização das penas é a maior certeza da punição e da eficácia repressiva.

O efeito mais sensível desta transição é, segundo Sbriccoli, a mudança do objetivo do direito – de se fazer justiça, fim próprio do Antigo Regime (ainda que a ideia de justiça seja completamente diferente da nossa, pois vinculada, por exemplo, à divisão da sociedade em ordens), passa-se, no Estado Liberal e na sociedade burguesa, à finalidade última da *ordem*.¹¹⁰

Esta ordem tem muitos significados: significa manter as coisas como estão; organização; comando; hierarquia e como afirma Sbriccoli,

Questi diversi significati della parola ordine (...) disegnano quasi un quadrato in cui c'è tutto il senso dell'ordine: le cose come stanno, l'istituzione, la legge, le gerarchie (intesi come gerarchie sociale, di potere, politiche); tutto questo deve essere salvaguardato dal sistema punitivo. Ogni volta che uno di questi elementi viene messo in crisi, lì c'è una violazione dell'ordine che va sanata.¹¹¹

E cabe exclusivamente ao Estado restituir a ordem. O direito de ação da vítima (com raras exceções), que ainda existia no Antigo Regime, é reclamado pelo Estado Liberal, responsável supremo pela ordem.

Além da centralidade da ordem como fim e da (quase) exclusividade do Estado como meio para garanti-la, a ideia de prevenção, que já aparecia em Beccaria, como melhor alternativa que a repressão, consolida-se no século XIX. Uma prevenção que mais do que de tipo social, econômica e cultural, viabilizou-se

¹⁰⁹ Antonio Manuel Hespanha aponta esse fenômeno como bastante frequente em Portugal, indicando que as penas mais rigorosas eram pouco aplicadas, cumprindo uma função mais simbólica de intimidação que se combinava com o perdão real, o que contribuía para se formar uma ideia de rei piedoso e reforçar a legitimidade do seu poder.

¹¹⁰ SBRICCOLI, M. La piccola criminalità e la criminalità dei poveri nelle riforme settecentesche del diritto e della legislazione penale. In: _____. **Storia del Diritto Penale e della Giustizia**. Tomo I Scritti editi e inediti (1972-2007). Giuffrè Editore, 2009, p. 416.

¹¹¹ *Idem*.

por meio de institutos de polícia preventiva, afetando sensivelmente o campo de liberdades dos indivíduos em nome da segurança e da ordem social.

2.4 DUALIDADE LIBERAL: LIBERDADE E ORDEM

Herança do iluminismo reformador penal, ligado a Beccaria e Montesquieu, princípios como o da legalidade e da divisão de poderes são pilares que protegem os direitos individuais do cidadão; são as premissas de um Estado de Direito, cuja balança entre poder e direito deve sempre pender para o direito – os cidadãos são livres e o controle deve ser direcionado ao arbítrio dos juízes, na consideração dos fatos que são crimes e na delimitação da pena (judiciário – o princípio da legalidade acarreta uma rígida hierarquia das fontes, uma interpretação-aplicação do direito meramente silogística e a recusa do uso da analogia) e da administração pública e sua ingerência na vida privada dos indivíduos (polícia).

Controle este que, por sua vez, deve ser feito por meio da lei (produzida pelo legislativo). A “menina dos olhos” do Estado de Direito é, portanto, o Legislativo, ao qual se confia toda a *potestas punitiva*. Mas os limites deste também passam a ser um nó complicado, na medida em que gradativamente, com o processo de afirmação do Código (materialização da Lei) como fonte suprema do direito, o direito natural perde sua qualidade de juridicidade e, portanto, de fundamento. O desprestígio do direito natural acarreta o enfraquecimento da ideia de direitos naturais (individuais, subjetivos) e conseqüentemente a balança inverte a lógica e começa a pesar para o lado do poder.

O Estado Liberal e a justiça liberal sempre tiveram uma dualidade característica: regra/exceção, ordem/liberdade; direito/poder; de um lado o garantismo, de outro a violação de direitos; de um lado a liberdade e os direitos dos indivíduos, de outro a segurança e poder do Estado. Segundo Pietro Costa o polo desta tensão está justamente localizado no princípio da legalidade, produto mais emblemático da modernidade jurídica:

In tutto l'arco della civiltà liberale (...) il principio di legalità penale, è, sì, un indispensabile punto di riferimento, ma è al contempo il polo di un campo di tensione che ha all'altro estremo la fatale attrazione del potere per la logica

dell'eccezione. È appunto su questo fragile gioco di equilibrio, su questa improbabile armonizzazione dei contrari che la civiltà liberale si regge.¹¹²

Segundo Lacchè, a questão penal, com a afirmação do Estado Liberal, corresponde a um campo privilegiado para se analisar esta dialética ordem-liberdade. Lucchini afirmava que o único limite ao excesso de poder entre política e direito reside no vínculo entre leis penais e liberdades públicas.¹¹³

A liberdade precisa da ordem – como afirma Lacchè,

La moderna libertà, così difficile da conquistare e da mantenere, è frutto troppo acerbo ed inebriante: è come un albero rigoglioso di vita che deve però essere vincolato, per non assumere forme contorte, ad un diritto e forte sostegno.¹¹⁴

Esta ordem decorre de um sistema normativo claro, escrito, previsível – a Lei, expressão da soberania iluminada, corporificada em um Código racional. A liberdade dos sujeitos se garante com a lei do soberano, corporificada em um ordenamento racional (código) – a lei deve redesenhar pela razão a área do penal e delimitar exatamente as ações que são crimes e as consequências (sanção) a elas ligadas, sem levar em conta privilégios, visando a proteger os direitos dos cidadãos (todos iguais perante a lei) e conferindo-lhes segurança jurídica, em face de qualquer arbítrio e ingerência externa.

O direito penal liberal está sustentado no princípio *nullum crimen sine legge*, no constante questionamento dos limites da imputabilidade e da punibilidade. O código torna-se, nesse contexto, portanto, o instrumento de garantia de liberdade, pois esta só se efetiva com a segurança jurídica por ele fornecida.

Segundo Pietro Costa o princípio da legalidade é o epicentro de uma estratégia cuja medida pode ser verificada em três aspectos da dinâmica político-jurídica: a soberania, a instrumentalização normativa por meio de um ordenamento (Código) e, por fim, os sujeitos, pressuposto e fim de todo este processo.¹¹⁵ Todavia, como bem salienta Costa, esse princípio se desenvolve ao longo do século XIX a partir da ambivalência da lei: uma lei que ao mesmo tempo é símbolo da soberania

¹¹² COSTA, P. Pagina introdutiva (Il principio di legalità: un campo di tensione nella Modernità Penale). **Quaderni Fiorentini**, v. XXXVI, p.15, 2007.

¹¹³ LUCCHINI, L. Inaugurando il Secondo Cinquantenario della Rivista. **Rivista Penale**, v. LI, p. 11-12, 1925.

¹¹⁴ LACCHÈ, L. **La giustizia per i galantuomini: ordine e libertà nell'Italia liberale**: il dibattito sul carcere preventivo (1865-1913). Macerata: Facoltà di Giurisprudenza, 1990, p. 16.

¹¹⁵ COSTA, P. *Op. cit.*, p. 13, 2007.

do Estado e baluarte da liberdade dos cidadãos.¹¹⁶ É nesse contexto que emergem as teorias da autolimitação do Estado no século XIX, tentando conciliar a onipotência estatal com uma concepção de Estado *sub lege*, ou seja, submetido à lei e a vínculos formais.¹¹⁷

Conforme o autor, ainda, evocar o princípio da legalidade é evocar também uma representação do indivíduo. Todavia, o foco do discurso não é o indivíduo, mas este como um processo no qual há em um extremo a construção do Estado e do outro a realização do controle social para construção de uma sociedade disciplinada.¹¹⁸ Como afirma Costa:

È sullo sfondo del nesso 'individuo-Stato-disciplinamento sociale' che si sviluppa la dogmatica penalistica otto-novecentesca, si delineano le diverse strategie penali, emerge in tutta la sua portata (tendenzialmente aporetica) la tensione fra 'oggettivismo' e 'soggettivismo': fra la costruzione 'dogmatico-giuridica' del reato e l'analisi 'socio-antropologica' del criminale.¹¹⁹

O processo histórico do projeto liberal, cujo baluarte corresponde ao Princípio da Legalidade, mostrou-se dual diante das vicissitudes sociais e políticas. O que na retórica fundava-se na afirmação da liberdade, na prática pesava nas mãos do poder estatal.

Uma das razões para esta dualidade decorre justamente do fato de que o Estado de Direito carregava em si o germe que potencialmente simbolizava sua (auto)destruição – se o direito passa a ser necessariamente constituído pelo poder político, a dificuldade em estabelecer um fundamento para este tem como consequência também a dificuldade de estabelecer seus limites. Argumentos como o da necessidade de segurança, sustentados por uma retórica do medo, tornam-se instrumentos frequentes para justificar o constante abuso do poder a despeito de qualquer Lei ou princípio.¹²⁰

¹¹⁶ COSTA, P. Página introdutiva (Il principio di legalità: un campo di tensione nella Modernità Penale). **Quaderni Fiorentini**, v. XXXVI, p.18, 2007.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 13-14.

¹¹⁸ *Ibidem*, p.4.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 23.

¹²⁰ A Itália do século XIX é palco desta problemática tensional do Estado Liberal. No período da pós-unificação, em razão dos conflitos políticos e sociais que colocavam em risco sua unidade, ocorre um esfumaçamento das linhas que distinguem crimes das infrações de polícia, violações de procedimentos administrativos, leis de segurança pública. O princípio da legalidade respeitado no âmbito do código penal, opera de maneira diversa nas zonas cinzas das contravenções e das medidas de segurança. (SBRICCOLI, M. Caratteri originari e tratti permanente del sistema penale italiano (1860-1990) In: VIOLANTE, L. **Storia 'Italia**. Annali 14. Legge Diritto Giustizia. Torino: Giulio Einaudi Editore, 1998, p. 510).

O direito penal vê-se constantemente constricto a delimitar o que está dentro e o que está fora da área criminal e a definir as razões pelas quais um instituto pertence ao direito penal ou ao direito administrativo, e “Senza il coraggio o la sfrontatezza di colpirlo *vis-à-vis*, il principio di legalità è geometricamente ridisegnato, rimodellato entro un perimetro variabile che apre diversi fronti di rottura”.¹²¹

A complexidade de uma sociedade marcada por intensas desigualdades econômicas e instabilidade social, como foi o caso da Itália no século XIX, revela rapidamente a insuficiência da lei em abarcar todo um universo de criminalidade emergente. A multiplicidade de situações a serem reguladas provoca uma hipertrofia contravencional¹²² que compromete a eficácia garantista da previsibilidade própria do princípio da legalidade, pois o que escapa à lei é apreendido pela contravenção ou pelas medidas preventivas. À legalidade do código associa-se uma legalidade de segundo nível, constituída de práticas arbitrárias, intervenções administrativas, leis excepcionais, medidas de prevenção realizadas pela polícia – no centro do sistema normativo um código garantista; na periferia, um conjunto normativo autoritário e abusivo.

E à dualidade de dinâmicas jurídico-políticas ou ao duplo nível de legalidade, como afirma Sbriccoli, vincula-se a dualidade de sujeitos aos quais estas mesmas dinâmicas se direcionam. Há inscrito no conflito entre segurança/ordem e liberdade um conflito entre classes sociais: perigosos X trabalhadores; proprietários X não proprietários.¹²³

Como afirma Pietro Costa, a passagem do Antigo Regime ao novo regime (liberal) inclui não apenas uma redefinição do sujeito, de seus direitos e da sua relação com o poder, como uma espécie de duplicação do sujeito:

Acanto alla classe dei cittadini compiutamente razionali e autonomi esiste la classe degli individui eteronomi e pericolosi e ciascuna di queste classi intrattiene un rapporto diverso con il potere pubblico.¹²⁴

¹²¹ PIFFERI, M. Difendere i confini, superare le frontiere: Le ‘zone grigie’ della legalità penale tra Otto e Novecento. **Quaderni Fiorentini**, v. XXXVI, p.749, 2007.

¹²² *Ibidem*, p.752.

¹²³ SBRICCOLI, M. La piccola criminalità e la criminalità dei poveri nelle riforme settecentesche del diritto e della legislazione penale. In: _____. **Storia del Diritto Penale e della Giustizia**. Tomo I Scritti editi e inediti (1972-2007). Giuffrè Editore, 2009, p. 396.

¹²⁴ COSTA, P. Pagina introdutiva (Il principio di legalità: un campo di tensione nella Modernità Penale). **Quaderni Fiorentini**, v. XXXVI, p. 12, 2007.

Ao lado desse sujeito racional, proprietário, autônomo, capaz de cálculo e autocontrole, pressuposto do discurso penal liberal calcado no princípio da legalidade, desenha-se uma concepção de homens parcialmente irracionais, tendencialmente perigosos, aos quais, como já defendia Bentham, devem-se vincular uma atuação de controle disciplinar incisiva do Estado, pois a mera aplicação da lei parece não ser suficiente para garantir a segurança.¹²⁵ Como expõe Costa:

Nelle pagine di Bentham appare in filigrana una tensione destinata a segnare in profondità la riflessione e la prassi penale otto-novecentesca: da un lato, il principio di legalità suggerisce di esaurire il penale nella previsione normativa dei delitti e delle pene e nella loro eguale applicazione giurisprudenziale, mettendo in parentesi (...) tanto il presupposto antropologico (l'idea del soggetto) quanto le differenziazioni sociali e 'caratteriali' degli individui concretamente operanti; dall'altro lato, però, il momento 'soggettivo' (...) continua a premere sulla cultura e sulla prassi con l'insistenza indiscreta di una realtà 'rimossa'.¹²⁶

Desenvolve-se uma situação paradoxal: de um lado o princípio da legalidade produz efeitos no sentido de garantir a tutela da liberdade dos cidadãos; de outro há uma constante exigência de controle social e governo de determinados sujeitos, "(...) in quella bassa cucina del penale dalla quale la dogmatica 'alta' tendeva a distogliere lo sguardo".¹²⁷

É nesta lógica dicotômica e contraditória que se desenvolve o novo sistema de punição próprio de uma nova ordem social capitalista e burguesa: a privação da liberdade como pena e o cárcere como instituição punitiva por excelência, em que os criminosos não proprietários devem ser reformados, disciplinados e transformados em sujeitos produtivos, proletários, trabalhadores, de corpos mecanizados e integrados às máquinas e de almas cujas paixões são devidamente controladas, como se analisou em item anterior.

O direito penal proposto pelos reformadores reproduz o processo de racionalização do direito na modernidade. Pode-se dizer que os fundamentos dessa corrente reformadora iluminista decorrem da invasão das ciências exatas, mais precisamente a matemática e sua racionalidade teórica (em termos aristotélicos) no universo do direito. Isso fica totalmente evidente no direito penal, no que se refere à

¹²⁵ COSTA, P. Pagina introduttiva (Il principio di legalità: un campo di tensione nella Modernità Penale). **Quaderni Fiorentini**, v. XXXVI, p. 22.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 23.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 26.

pena e à forma de sua definição – a privação de liberdade (forma de punição por excelência) num determinado lapso de tempo, sendo este sempre previamente na sentença estabelecido. Na medida em que a liberdade é um bem de todos, trata-se de um castigo igualitário e que tem a vantagem de poder ser quantificável no que se refere ao tempo. Trata-se de se traduzir no universo jurídico penal a lógica das trocas do mundo econômico – a pena como retribuição equivalente, sendo esta retribuição o tempo aplicado ao trabalho:

(...) era necessário que todas as formas de riqueza social fossem reconduzidas à forma mais simples e abstrata do trabalho humano medido pelo tempo (...) o capitalismo industrial, a Declaração dos Direitos do Homem e do cidadão, a economia política ricardiana e os sistema de reclusão por tempo determinado se configuram como fenômenos de uma mesma época histórica.¹²⁸

Mas essa matematização do direito não impediu que no interior do seu discurso, sobretudo no âmbito da prática e da execução da pena, emergisse uma série de contradições, como apontadas por Melossi, Pavarini e Foucault. Porque se de um lado a prisão se torna a pena por excelência por ser igualitária e quantificável, de outro se afirma pela possibilidade de transformar indivíduos, a partir da disciplina marcada pela assimetria. Como bem pontua Foucault, justamente “Esse duplo fundamento – jurídico-econômico por um lado, técnico disciplinar por outro – fez a prisão aparecer como a forma mais imediata e mais civilizada de todas as penas.”¹²⁹ No mesmo sentido, Pavarini:

No microcosmo da pena carcerária encontramos refletida a contradição central do universo burguês: a forma jurídica geral, que garante um sistema de direitos igualitários, é neutralizada por uma espessa rede de poderes não igualitários, capazes de recolocar as assimetrias políticas, sociais e econômicas negadoras das mesmas relações formalmente igualitárias surgidas da natureza (contratual) do direito.¹³⁰

¹²⁸ PASUKANIS, E. B. **A Teoria geral do direito e o Marxismo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1989, p. 124.

¹²⁹ FOUCAULT, M. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 196. “(...) enquanto os sistemas jurídicos qualificam os sujeitos de direito, segundo normas universais, as disciplinas caracterizam, classificam, especializam; distribuem ao longo de uma escala, repartem em torno de uma norma, hierarquizam os indivíduos em relação uns aos outros, e, levando ao limite, desqualificam e invalidam. De qualquer modo, no espaço e durante o tempo em que exercem seu controle e fazem funcionar as assimetrias de seu poder, elas efetuam uma suspensão, nunca total, mas também nunca anulada, do direito.” *Ibidem*. p. 183-184.

¹³⁰ MELOSSI, D.; PAVARINI, M. **Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)**. Rio de Janeiro: Renavan, 2006, p. 264.

Segundo Pavarini, os temas da certeza da repressão e da retribuição equivalente devem ser interpretados como vontade racionalizadora do sistema jurídico penal. Esta racionalização deu-se no sentido de tornar o direito penal um instrumento de controle social¹³¹, esta racionalidade penal deve coincidir, portanto, com uma necessidade instrumental.¹³² A retribuição, que traduz tal racionalidade, combina-se com a necessidade de controle do desvio, cuja realização está na disciplina e na reforma. Quando esta relação é colocada à mostra, a contradição aparece não como erro de cálculo, mas como bastante funcional para o projeto de uma sociedade que se pretende constituída por sujeitos (assujeitados) trabalhadores, produtivos e disciplinados.

2.5 DUALIDADE LIBERAL NA CIÊNCIA PENAL

2.5.1 Penalística Civil

Entre as décadas de 40 e 60 do século XIX desenvolve-se na Itália uma fase à qual Sbriccoli chama de “Penalística Civile”, composta por juristas que buscavam assegurar um espaço de justiça na vida social, na tentativa de inserir a ciência penal no âmbito das ciências sociais e políticas.¹³³ Nesses anos, segundo esse autor, desenvolve-se uma boa produção técnica. A partir do início da década de 60 (XIX), a ciência penal encontra um terreno favorável na fase de transição legislativa. Neste momento estão em discussão: a unificação legislativa penal, a reconstrução do sistema de administração da justiça e a necessidade de formação científica para o ensino universitário.¹³⁴

Entre os anos de 1860 e 1870 Francesco Carrara publica *Programma del corso di diritto criminale*, segundo Sbriccoli, modelo toscano da penalística civil e em

¹³¹ MELOSSI, D.; PAVARINI, M. **Cárcere e fábrica**: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX). Rio de Janeiro: Renavan, 2006, p. 261.

¹³² COSTA, P. **Il progetto giudico**: Da Hobbes a Bentham, v. 1. Milão: Giuffrè, 1975, p. 276.

¹³³ SBRICCOLI, M. La piccola criminalità e la criminalità dei poveri nelle riforme settecentesche del diritto e della legislazione penale. In: _____. **Storia del Diritto Penale e della Giustizia**. Tomo I Scritti editi e inediti (1972-2007). Giuffrè Editore, 2009, p. 505.

¹³⁴ *Ibidem*, p. 507.

torno deste autor forma-se uma geração de penalistas italianos, dentre os quais estão Ellero, Buccellati, Gaba, Pessina, Mancini, Lucchini.

Na dialética ordem-liberdade típica do Estado Liberal, esses juristas da penalística civil destacam-se na defesa da liberdade e das garantias e da criação de um espaço de justiça na vida social. Foram juristas atuantes, militantes, seja no âmbito da produção acadêmica, seja ocupando papéis institucionais; estavam empenhados na reforma legislativa e convictos de que o direito penal estava ligado ao processo de conquista das liberdades públicas.

O contexto político italiano interfere na construção teórica destes juristas. Após a unificação, assistem ao sufocamento da justiça pelo arbítrio e razão políticas. Foram anos marcados pela repressão indiscriminada ao “brigantaggio” meridional, repressão que teve início com a violação da legalidade ordinária e depois se consolidou com uma série de leis excepcionais. A ideia de emergência irrompe no discurso político, fazendo a segurança prevalecer sobre a liberdade. Normalizam-se práticas classistas de polícia que tornam a “ammonizione” e o “domicilio coatto” instrumentos ordinários do governo com relação às “classes perigosas”.¹³⁵ Embora em um Estado liberal a atuação da polícia preventiva deva enquadrar-se dentro de

¹³⁵ Em reação à convivência da magistratura com o “brigantaggio” (o brigante era a figura associada à resistência meridional à unificação e a eles se vinculava uma onda de banditismo no sul da Itália), por meio da Lei Picca de 1865 o governo instala um regime militar, extraindo da magistratura ordinária o poder de julgar os crimes de brigantaggio, de supervisionar a criação e gestão dos canais que estabelecem a norma e a normalização. A justiça torna-se subordinada ao executivo e a política penal torna-se política social do governo. Esta lei cria uma nova forma de crime: “la banda armata” do artigo 162 e “l’associazione di malfattori” do artigo 426 do Código Penal constituem um único crime – o “brigantaggio”. Com relação aos brigante-camponeses suspende-se o edifício liberal de direitos e garantias, pois estes representam a barbárie na civilização, um discurso que na Itália adquire tons de uma disputa e contraste regional Norte-Sul, interpretado por alguns teóricos da época a partir de uma leitura racial e evolucionista – a população meridional é identificada como selvagem, corrompida física e moralmente, dominada por instintos primitivos, inadaptáveis às regras de comportamento da sociedade produtiva, à qual não se aplicam as regras civis e humanas, mas apenas a violência. Trata-se de uma criminalidade específica, vinculada à inferioridade racial e cultural daquela população. (STRONATI, M. Il brigante tra Antropologia e Ordine Giuridico: alle origini di un'icona dell'uomo criminale nel XIX secolo. **Quaderini Fiorentini**, v. XXXVII, p. 968, 2009). De 1862 a 1894 se consolida a medida preventiva do domicilio coatto, que pensada primeiramente para combater o “brigantaggio”, é estendido a ociosos e vagabundos, todo tipo de criminalidade política e opositores do governo (socialistas, anarquistas). Sua utilização foi de caráter eminentemente político e sua utilidade justifica-se por sua fungibilidade com o cárcere e por ser de competência da polícia, por meio da prefeitura e questura (diretamente ligadas ao governo, portanto), o que lhe conferia maior celeridade e eficácia - as medidas de polícia se sobrepõem às previsões do código quanto aos crimes políticos, pois eliminam o ônus probatório, as garantias jurisdicionais e se consolidam com grande discricionariedade policial (um exemplo significativo corresponde à Lei 316, 1894, de Crispi, que estendia o *domicilio coatto* contra aqueles tidos como perigosos para a segurança pública - lei produzida no contexto de repressão aos anarquistas). (PETRINI, D. Il sistema di prevenzione personale tra controllo sociale ed emarginazione. In: VIOLANTE, L. **Storia d'Italia Annali** 12. La Criminalità, 1997, p. 897).

limites positivamente determinados, a polícia italiana, como evidencia Spaventa, “(...) né prima né dopo il 1865, ha potuto o saputo contenersi nelle facoltà che le erano state date, ed è stata costretta dalla forza delle cose ad uscire dai cancelli della legge, come ha fatto pei domiciliati coatti”.¹³⁶

O fundamento e o limite do direito penal para estes juristas estão ligados à sua dimensão filosófica, da qual deriva uma abertura do direito penal responsável por sua complexidade, em que o jurídico é priorizado, mas sempre vinculado a opções políticas, a programas de reformas e objetivos sociais.¹³⁷ Assim, vocação à abertura cultural, permeabilidade política e sensibilidade civil são marcas da penalística civil. Segundo Sbriccoli, ela é caracterizada por essa abertura e complexidade, pois busca integrar à ciência jurídica uma visão crítica da sociedade e da história. Constrói, portanto, uma identidade de cultura jurídica, identificada com um *sistema penal como dever ser*.

Carrara, como mencionado, um dos grandes nomes deste cenário, transpõe em sua ideologia penalística os princípios do liberalismo clássico, próprios de um liberalismo ou de uma racionalidade liberal do Estado burguês (a norma como tutela do cidadão e não do governante) que ainda não se concretizava na realidade italiana.¹³⁸ Neste, a norma penal é vista como uma forma de se controlar o arbítrio do Estado – este pode limitar a liberdade do homem apenas na ocorrência da violação de um direito determinada na lei previamente. Carrara concebia o direito penal como meio para “frenare le aberrazioni dell’autorità sociale nel *divieto*, nella *repressione* e nel *giudizio*, dove questa si mantenga nelle vie di giustizia e non degeneri in tirannia”.¹³⁹

Os juristas da penalística civil empenharam-se em transformar em princípios e preceitos da dogmática os resultados de sua reflexão e transportá-los na codificação, integrando elementos além do jurídico, mas adequados à lógica e linguagem jurídicas.

O âmbito do direito penal é privilegiado para se abordar essa relação entre poder-direito, estado-cidadão, autoridade-liberdade, pois registra as reivindicações

¹³⁶ SPAVENTA, S. **La Giustizia nell’Amministrazione**. Discorsi Parlamentari di Silvio Spaventa. Roma: Tipografia della Camera dei Deputati, 1913, p. 566.

¹³⁷ SBRICCOLI, M. Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990) In: VIOLANTE, L. **Storia d’Italia**. Annali 14. Legge Diritto Giustizia. Torino: Giulio Einaudi editore, 1998, p. 495-496.

¹³⁸ COLAO, F. **I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia fra Otto e Novecento**. Napoli: Liguori Editori, 1986, p. 110.

¹³⁹ SBRICCOLI, M. *Op. cit.*, p. 496.

mais gerais de garantias, alargamento de espaços de liberdade, desenvolvimento das instituições liberais. Os juristas da penalística civil estavam cientes desta centralidade do direito penal. Nas palavras de Sbriccoli:

Ogni volta che si trattava di acquistare o garantire la più piccola delle libertà, bisognava di conseguenza riscrivere o cancellare un meccanismo penale, un divieto, un crimine. Ogni elemento di civiltà da introdurre nella società attraverso i suoi ordinamenti comportava una riforma, talora radicale, dell'ordine penale vigente.¹⁴⁰

Impor limites à ação punitiva do Estado sempre esteve no interior da lógica liberal e individualista: quanto espaço pode ser garantido à área do lícito? Até que ponto pode se adentrar na esfera pessoal e nos comportamentos privados? Essas questões estão envolvidas com um nó, ainda não resolvido na época: a laicização e a separação entre crime e pecado ainda não havia se consolidado. O que configurar crime trazia à tona este nó. Nas palavras de Sbriccoli,

Assai risalente e solidamente radicata nella mentalità e nelle pratiche, l'equazione tra peccato e crimine entrava per forza di cose in conflitto con i nuovi principi e produceva discussioni, ipotesi di riforma, spinte e resistenze.¹⁴¹

Um importante instrumento de divulgação das ideias que forjaram o Código Penal italiano após a unificação será a “Rivista Penale” (1874 – Luigi Lucchini), com artigos que se posicionavam criticamente com relação às leis excepcionais de Crispi e às declarações de estado “d’assedio” e contra a jurisprudência dos tribunais militares e a gestão policíesca da ordem pública.¹⁴² Foi, portanto, instrumento político e científico fundamental para a formação do Código Zanardelli, essencialmente de caráter liberal.

As discussões que antecedem a preparação do primeiro Código Penal após a unificação apresentam a preocupação em transpor na codificação os valores do liberalismo político e jurídico: a lei como o instrumento de controle do arbítrio do

¹⁴⁰ CARRARA, F. **Programma del corso di diritto criminale**. 5 ed., p. 31. *Apud*. SBRICCOLI, M. La penalística civile: Teoria e Ideologie del diritto Penale nell'Italia Unita. In: _____. **Storia del diritto penale e della giustizia**. Tomo I Scritti editi e inediti (1972-2007). Milano: Giuffrè Editore, 2009, p. 500.

¹⁴¹ SBRICCOLI, M. La piccola criminalità e la criminalità dei poveri nelle riforme settecentesche del diritto e della legislazione penale. In: _____. **Storia del Diritto Penale e della Giustizia**. Tomo I Scritti editi e inediti (1972-2007). Giuffrè Editore, 2009, p. 502.

¹⁴² COLAO, F. **I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia fra Otto e Novecento**. Napoli: Liguori Editori, 1986, p. 113.

Estado e limite ao uso da força, o princípio da legalidade, a taxatividade do fato-espécie, limite da incriminação, garantias processuais, a imparcialidade e independência do órgão jurisdicional, o princípio da presunção de inocência, não retroatividade da norma, abolição da pena de morte, a medida das penas, ligada à proporção com o delito, problemas processuais como o valor das provas e o convencimento do juiz, a tentativa, a reincidência, a responsabilidade penal, entre outras.

A unificação penal apresentava uma série de dificuldades. Dentre as principais a questão da abolição da pena de morte, a partir da qual se discutia a renovação de todo sistema punitivo. Não obstante a defesa liberal para a sua abolição, o contexto político não era favorável, pois, recém constituída, a unificação corria o risco de se desfazer por conta das insurreições na região meridional. Todavia, entre 1874 e 1876 o Ministro Mancini inaugura o regime da abolição de fato, suspendendo toda a execução capital. Assim, o código penal em 1889 consolida na legislação o que já estava efetivado na prática.

Outra discussão bastante viva na época diz respeito à pena, seu fundamento, sua qualidade, sua função e a escala penal, ou seja, a relação proporcional entre a gravidade da pena e a gravidade do delito, diferença de penas para delitos tentados e consumados, cúmplices e autores principais (a identidade das penas nesses casos era uma característica do direito penal arbitrário e autoritário de alguns estados italianos, segundo Sbriccoli).

Para Francesco Carrara: “La pena è quel male che, in conformità della legge dello Stato, i magistrati infliggono a coloro che sono, con le debite forme, riconosciuti colpevoli, di un delitto.”¹⁴³ Sua finalidade primária é o restabelecimento da ordem externa da sociedade; deve ser aflitiva fisicamente ou moralmente, pública, certa, pessoal, não excessiva, divisível e modulável, reparável em caso de erro; deve ser articulada de acordo com o delito e qualidade, quantidade e grau, pois da diversidade de delitos decorre a diversidade de imputações e conseqüentemente diversidade de penas.¹⁴⁴

Juntamente com a questão da adequação da pena colocava-se a da sua moderação. Colocar a dureza, severidade da pena em questão implicava questionar

¹⁴³ CARRARA, F. **Programma del corso di diritto criminale**. Parte generale. Lucca: 1871, p. 372.

¹⁴⁴ SBRICCOLI, M. La piccola criminalità e la criminalità dei poveri nelle riforme settecentesche del diritto e della legislazione penale. In: _____. **Storia del Diritto Penale e della Giustizia**. Tomo I Scritti editi e inediti (1972-2007). Giuffrè Editore, 2009, p. 516-517.

também todo fundamento do sistema punitivo. Aqueles que focavam a função dissuasiva da pena defendiam-na mais severa. Todavia, os que defendiam sua moderação, afirmavam que tal função teria mais chance de efetivar-se com a certeza da pena; aqueles que concebiam a pena como emenda expunham que a pena deveria se adequar à necessidade de recuperação do autor; ainda, aqueles que aderiam à antropologia criminal e que entendiam que os criminosos eram isentos de remorso e, portanto, incorrigíveis, defendiam simplesmente o sequestro, em nome da segurança social.¹⁴⁵ Para Carrara, não obstante, não se deve confundir a(s) finalidade(s) da pena com seu fundamento ou razão de sua legitimidade:

Il fine della pena non è quello né che giustizia sia fatta; né che l'offeso sia vendicato; né che sia risarcito il danno da lui patito; né che si atterriscano i cittadini; né che il delinquente espia il suo reato; né che si ottenga la sua emenda. Tutte coteste possono essere conseguenze accessorie della pena (...) Il fine primario della pena è il ristabilimento dell'ordine esterno nella società.¹⁴⁶

A defesa da moderação da pena implicava, segundo Luchinni, transpor para o sistema penal a concepção liberal. Não apenas reconfigurar a legislação nos moldes penais, mas todo o sistema carcerário. Os cárceres estavam muito longe das exigências da humanidade e da segurança da sociedade e com penas muito longas tornavam a detenção inconcludente e irracional.

Defendiam-se penas mais breves, bem como um espaço maior para os juízes definirem sobre as possibilidades na duração das penas, caso por caso, culpado por culpado, o que era compatível com o princípio da generalidade da norma e da autonomia da decisão judicial.

O Código, como já pontuado, acaba consagrando a abolição da pena de morte.¹⁴⁷ Outras mudanças: bipartição dos crimes (delitos e contravenções – mantiveram-se no código as normas gerais sobre contravenção), sistema penitenciário progressivo, supressão da casuística para definir as sanções e valorização das circunstâncias do crime, crimes de religião são substituídos pelos de

¹⁴⁵ SBRICCOLI, M. La piccola criminalità e la criminalità dei poveri nelle riforme settecentesche del diritto e della legislazione penale. In: _____. **Storia del Diritto Penale e della Giustizia**. Tomo I Scritti editi e inediti (1972-2007). Giuffrè Editore, 2009, p. 518-519.

¹⁴⁶ CARRARA, F. **Programma del corso di diritto criminale**. Parte generale. Lucca: 1871, p. 404 *Apud* SBRICCOLI, M. La piccola criminalità e la criminalità dei poveri nelle riforme settecentesche del diritto e della legislazione penale. In: _____. **Storia del Diritto Penale e della Giustizia**. Tomo I Scritti editi e inediti (1972-2007). Giuffrè Editore, 2009, p. 519.

¹⁴⁷ SBRICCOLI, M. *Op. cit.*, p. 542.

contra liberdade de culto, tornou-se indiferente ao direito penal muitos comportamentos relevantes sob o plano moral, os crimes políticos adquirem uma sistematização mais rigorosa e com garantias, são excluídas “le norme del sospetto” (as quais no código de 1859 puniam vagabundos e ociosos), diminuem-se o mínimo e o máximo e deixa-se maior margem para o juiz definir a quantidade da pena, afirma-se o princípio de unidade da pena, diminuição da pena carcerária, declara-se a vontade de caracterizar a pena carcerária como segregação celular noturna e trabalho diurno, consagra-se o instituto da liberdade condicional, estabelecem-se noções renovadas de imputabilidade e responsabilidade.

As escolhas de política penal feitas no código refletem o resultado de uma herança cultural. Ainda que não se possa enquadrá-los em uma escola nos termos que Ferri utilizava, Sbriccoli entende que Lucchini, Impalomeni, Pessina, Nocito e Brusa pertenciam a uma mesma tradição.¹⁴⁸

Todavia, embora de natureza liberal, e, portanto, retribucionista, o código não deixa de insinuar elementos do correccionalismo, inspirado em uma exigência de emenda. Expressa um sistema sancionatório variamente orientado, com previsão de sanções alternativas, substitutivos, assimiláveis às medidas de segurança, e elementos de prevenção especial, tratamento para doentes mentais, menores não imputáveis, alcólatras, semi-imputáveis. As críticas e propostas positivistas persistem após a aprovação do Código. Mas, como afirma Sbriccoli, o código,

Non c'era bisogno dei positivisti perché il legislatore penale pensasse a sanzioni che oggi assimileremmo alle misure di sicurezza, perché esse erano presenti da decenni nel sistema e più di un secolo nella cultura della prevenzione e della pena; non è necessario evocare i positivisti ogni volta che appare, sia pure in trasparenza, la 'pericolosità' dei soggetti, perché questo era senso comune tra la gente e per gli scienziati, nel secolo XIX: senso comune al punto di comparire, senza contraddizione né scandalo, nelle sentenze dei giudici, in piena vigenza del codice del 1889 che avrebbe dovuto essere incompatibile con quella prospettiva.¹⁴⁹

Cabe destacar também que no mesmo ano de aprovação do Código Penal italiano, aprova-se a Lei de Segurança Pública, Lei Crispi (ambos emanados pelo Decreto de 30 de junho de 1889). Na verdade, esta lei proveu-se de todos os

¹⁴⁸ SBRICCOLI, M. La piccola criminalità e la criminalità dei poveri nelle riforme settecentesche del diritto e della legislazione penale. In: _____. **Storia del Diritto Penale e della Giustizia**. Tomo I Scritti editi e inediti (1972-2007). Giuffrè Editore, 2009, p. 543.

¹⁴⁹ SBRICCOLI, M. Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990) In: VIOLANTE, L. **Storia d'Italia**. Annali 14. Legge Diritto Giustizia. Torino: Giulio Einaudi editore, 1998, p. 512.

instrumentos necessários para intervir, de forma preventiva, com relação a formas de desvio, sobre os quais a direta repressão penal seria ilegítima (violação do princípio da legalidade).¹⁵⁰ A lei de Crispi tornava o Código Penal de espírito liberal inoperante em muitos aspectos. Como aponta Martone, “la legge di pubblica sicurezza costituirà un freno all'impronta garantista del codice Zanardelli che, con la cancellazione dei reati di mero sospetto, aveva aperto alcuni spazi ai diritti di libertà”.¹⁵¹ A inspiração da lei estava justamente na tendência em se considerar o sistema penal estruturalmente incapaz de responder ao controle social na prática quotidiana.

Há, portanto, uma sobreposição, confusão entre prevenção e repressão, penas e medidas de segurança – exatamente no sentido que Sbriccoli aponta, referindo-se ao duplo nível de legalidade que se estabelece na Itália, nesse período pós-unificação.

Segundo Sbriccoli, o Código entrava em vigor em meio à esperança de poucos e ao temor de muitos. Cesare Lombroso é um dos que se direciona de maneira bastante crítica com relação ao Código, sobretudo em seu texto *Troppo Presto*, em que afirmava que o Código teria sido aprovado sem as contribuições da sua escola e já comprometido com uma série de erros. A própria unicidade do código penal da Itália já era objeto de crítica – para Lombroso a diversidade do Estado deveria comportar diferentes códigos; criticava ainda a abolição da pena de morte, a liberdade condicional, a brandura das penas e a impraticabilidade das penas carcerárias. Em sua opinião, para se defender os direitos e bens dos indivíduos, colocou-se em risco os direitos e os bens da sociedade. Tal benevolência do legislador só faria impulsionar a criminalidade e, o excesso de garantias, a impunidade.

Como bem indica Sbriccoli, este Código, de espírito liberal, tecnicamente inovador e culturalmente avançado, não se assemelhava à Itália de então, o que para o autor pode ser visto historicamente como sinal de sua fraqueza. Especificamente, o Liberalismo na Itália,

¹⁵⁰ PETRINI, D. Il sistema di prevenzione personale tra controllo sociale ed emarginazione. In: VIOLANTE, L. **Storia d'Italia** Annali 12. La Criminalità, 1997, p. 901.

¹⁵¹ MARTONE, L. La difesa dell'ordine: il dibattito parlamentare del 1888 sulla legge di pubblica sicurezza. In: _____. **Giustizia penale e ordine in Italia tra Otto e Novecento**. Napoli: Istituto universitario orientale, 1996, p. 187.

Non era quello dei libri e dei classici: esso s'ispirava ad una dottrina statualistica dei diritti e delle libertà che era quella degli Stati liberali di diritto in Europa. La storia ci ha detto che era piuttosto un liberalismo di proprietari poco borghesi, fragile nella consistenza, dubbioso negli intenti, con un fondo d'insopprimibile autoritarismo. Solo per fare qualche esempio, mentre si cancellano i reati di opinione se continua a coltivare e far funzionare il duplice livello di legalità (...) lasciando alla politica l'interdizione dell'azione delle opposizioni (...) Infatti, se le intenzioni erano buone e ottime era lo strumento, non molto felice sarebbe stato il loro impatto con la realtà. L'Italia restava un paese immerso nelle contraddizioni e condizionato dall'arretratezza. La cultura di quel codice era molto più avanti di quella dei giudici che sarebbero stati chiamati ad applicarlo. Il sistema carcerario era tra i più disastrosi e incivili d'Europa. Il codice di procedura penale del tutto inadeguato a garantire un processo all'altezza del nuovo sistema penale. La legge di pubblica sicurezza, informata ai principi del sospetto, illiberale e classista, sorreggeva l'azione di una polizia abituata alla più grande noncuranza per i diritti dei cittadini. Nessuna meraviglia, *dunque, se il codice penale di Zanardelli, monumento liberale di un'Italia che lo era assai poco, si sarebbe trasformato di lì a poco in poco in un'imbarazzante presenza da aggirare con leggi speciali, interpretazioni regressive o patenti violazioni.*¹⁵²

De qualquer forma, o longo período da sua gestação pode ser considerado, segundo Sbriccoli, o percurso histórico da modernização e crescimento cultural do sistema penal italiano. O código, em que pese a seus defeitos e problemas, pode ser tido como a pedra angular do sistema penal italiano de longa duração e "(...) ha praticamente costretto il Paese a misurarsi con un livello di civiltà penale più elevato di quello che la società nel suo complesso sapeva esprimere (...) ha imposto alla dottrina giuridica italiana una cifra tecnica alta (...)".¹⁵³

2.5.2 A emergência da Criminologia Positivista

2.5.2.1 Contexto Epistemológico Italiano

¹⁵² SBRICCOLI, M. La piccola criminalità e la criminalità dei poveri nelle riforme settecentesche del diritto e della legislazione penale. In: _____. **Storia del Diritto Penale e della Giustizia**. Tomo I Scritti editi e inediti (1972-2007). Giuffrè Editore, 2009, p. 510, p. 547.

¹⁵³ SBRICCOLI, M. Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990) In: VIOLANTE, L. **Storia d'Italia**. Annali 14. Legge Diritto Giustizia. Torino: Giulio Einaudi editore, 1998, p. 508.

“Medicina, illuminismo, positivismo, sviluppo della società borghese sono complementari”¹⁵⁴.

A criminologia é um dos produtos da conjuntura epistemológica europeia do século XIX, sobretudo caracterizada pela afirmação do positivismo.

Na Itália, Comte foi pouco difundido e reconhecido entre 1850 e 1860; e a partir de 1865, a sociologia comtiana compete com a difusão de Darwin e em 75 com a de Spencer. Segundo Filippo Barbano, Comte foi mais mencionado que lido e apenas com o passar do tempo seria mais conhecido.¹⁵⁵ No final da década de 60, John Stuart Mill era mais lido que Comte.

Há poucas traduções na Itália de Comte, ainda mais se comparado a Spencer, do qual foi traduzida quase toda a obra.¹⁵⁶ De qualquer forma, o positivismo comtiano, sobretudo no que se refere à questão do método¹⁵⁷ (trata-se da extensão do método experimental das ciências naturais às ciências morais, sociais) teria preparado o ambiente intelectual para a recepção de Darwin e Spencer. “Comte non fu propriamente un ‘evoluzionista’, ma da noi, attraverso il ‘naturalismo’, e insistendo sul ‘monismo’, la sociologia comtiana finì col confondersi con quella spenceriana”.¹⁵⁸

Spencer desperta o interesse na Itália, sobretudo, a partir de 1875, alguns anos após Darwin (1865).¹⁵⁹ Em 1864 ocorre a aula pública de Filippo De Filippi em Turim, sobre *L'uomo e la scimmia*; é de 1868 a tradução italiana, feita por Canestrini e Slimbeni da obra de Darwin *Origine delle specie*, e de 1872 a tradução italiana, de Michel Lessona, de *L'origine dell'uomo*.¹⁶⁰

¹⁵⁴ PORTIGLIATTI-BARBOS, M. Medicina ed Antropologia Criminale nella Cultura Positivista In: PAPA, E. **Il positivismo e la cultura italiana**. Franco Angeli: Milano, 1985, p. 443.

¹⁵⁵ BARBANO, F. Sociologia e Positivismo in Italia: 1850-1919. Un capitolo di sociologia storica. In: PAPA, E. **Il positivismo e la cultura italiana**. Franco Angeli: Milano, 1985, p. 180.

¹⁵⁶ Giuseppi Sergi, no prefácio da obra “Introduzione allo studio della sociologia” de Spencer deixa bastante claro a preferência da cultura italiana por Spencer em detrimento de Comte. Aponta que embora Comte tenha concebido a vasta “ordinatura” da sociologia, quem conferiu a ela unidade científica (unidade natureza e sociedade) e a integrou ao princípio da evolução foi Spencer. Este faz prevalecer na ciência social o conceito de organismo, conceito que tem eficácia para substituir uma concepção voluntarista da sociedade, típica das teorias contratualistas. (SPENCER, H. **Introduzione allo studio della sociologia**. 2 ed. Milano: Fratelli Dumolard, 1887, p. XVII-XVIII).

¹⁵⁷ Pelo viés do positivismo como método, a ciência social apresenta algumas características como saber – configura-se como um saber enciclopédico (acumulativo e sintético); genético (ou seja, busca conhecer a origem da sociedade, dos grupos, das instituições, como o Estado, a família, as formações sociais em geral e classificatório – a) classificação histórica da ciência; b) naturalística da sociedade, dos fatores, dos grupos; c) disciplinar das ciências sociais em particular.

¹⁵⁸ BARBANO, F. *Op. cit.*, p. 197.

¹⁵⁹ *Idem*

¹⁶⁰ A teoria de Darwin segundo Freud foi uma das cicatrizes narcísicas para o homem, pois na tentativa de explicar cientificamente sua origem, rompe com o antropocentrismo, seja de cunho teológico (homem à semelhança de Deus criador), seja secularizado (racionalismo) - o aproximou do

Darwinismo e evolucionismo são intensamente recepcionados na epistemologia italiana, mas como ressalta Vincenzo Accattatis, é importante diferenciar darwinismo (e este por sua vez do darwinismo social) e evolucionismo¹⁶¹. O evolucionismo tem sua referência primeira sem dúvida em Spencer, segundo demonstrou Etienne Gilson. A palavra evolução aparece em Darwin em 1871, com a publicação de *“L’origine dell’uomo”*. Spencer mesmo defende-se, afirmando que a teoria de Darwin é a da seleção natural e não a da evolução.¹⁶²

Na verdade, a ideia de evolução pressupõe uma concepção harmônica e progressiva da sociedade, enquanto o darwinismo, com seu princípio da luta pela existência, parte de uma percepção conflitual. Engels, por exemplo, entende a obra de Darwin como uma aplicação à história natural da lógica que prevalece no mundo humano:

Tutta la teoria darwiniana della lotta per l’esistenza è semplicemente il trasferimento dalla società al mondo organico della teoria hobbesiana del ‘bellum omnium contra omnes’, e della teoria della concorrenza della economia borghese. Una volta fatto questo gioco di prestigio (...) è molto facile trasferire di nuovo queste teorie dalla storia naturale nella storia della società (...)¹⁶³.

animal e o afastou do divino e do altar da razão. Mas ela não foi imediatamente assimilada. Para tornar-se hegemônica teve que romper com o paradigma newtoniano de então, segundo o qual as leis naturais e as relações entre o homem e o ambiente pareciam ser o resultado de uma escolha de Deus, que tudo governa, como Senhor de todas as coisas. Segundo Ganguilhem, a teoria da seleção natural das espécies foi primeiramente considerada ideologia, uma transferência do evolucionismo de Spencer, no campo da biologia. A obra de Darwin, *On the origin of Species* com a teoria da seleção natural é uma ruptura, pois explica o desvio como uma vantagem precária de sobrevivência em um ambiente novo – sobrevivem os que se adaptam, e esta adaptação se dá por uma variação aleatória. A norma para Darwin passa a ser uma capacidade transitiva; normalidade, a qualidade de relação entre os seres vivos e o ambiente. Darwin desestabiliza a dicotomia normalidade e desvio na biologia, mas não a elimina. Portanto, como afirma Canguilhem, “(...) negli anni sessanta del XIX secolo, tanto per la via della storia naturale quanto per quella della fisiologia, l’organismo vivente poteva essere considerato un oggetto il cui modo di esistenza è suscettibile di una valorizzazione contrastata, designata a livello della conoscenza dai concetti di normalità e di anomalia.” (CANGUILHEM, G. **Ideologia e razionalità nella storia delle scienze della vita: nuovi studi di storia e filosofia delle scienze**. Firenze: La Nuova Italia, 1992, p. 134).

¹⁶¹ “il darwinismo è una concezione scientifica (basata, cioè, sull’osservazione empirica) mentre la concezione evolucionistico-spenceriana è una concezione filosofica e deduttiva che non ha reale fondamento empirico (...) il darwinismo sta sul piano della scienza naturale, l’evoluzionismo sul piano della scienza politica o, se si vuole, in quella particolare dimensione della scienza politica (inaugurata da Comte) che è la sociologia. Sociologia e evolucionismo sono tra loro strettamente collegati: si potrebbe dire che la sociologia è il volto con il quale l’evoluzionismo si dà l’aria di essere scienza; l’evoluzionismo, a sua volta, è la concezione politica generale retrostante ad ogni sociologia.” (ACCATTATIS, V. Introduzione. In: FERRI, E. **Sociologia Criminale**. Milano: Feltrinelli, 1979, p. 29).

¹⁶² *Ibidem*, p. 30.

¹⁶³ ENGELS, F. **Dialettica della natura**. Roma: Editori Riuniti, 1971, p. 63.

Marx e Engels, no entanto, estão atentos à confusão entre darwinismo e a teoria malthusiana de luta pela existência, uma espécie de darwinismo social. Uma coisa é o darwinismo como leitura do campo natural (o qual estes autores acolhem), outra é sua projeção no âmbito político-social, ou o darwinismo social de cunho malthusiano, o qual, por sua vez, ambos refutam. Marx inclusive lamenta Darwin ter afirmado que sua teoria seria a aplicação da lei de Malthus ao mundo animal e vegetal. Era comum na época afirmar-se, como Charles Pierce, que a teoria de Darwin era a aplicação da lógica político-social humana ao reino animal e vegetal – uma lógica que se traduziria, segundo Pierce, no “ognuno per sé e il diavolo si prenda l’ultimo”. Para Malthus, a culpa da pobreza é dos pobres e não dos ricos ou do governo. Em suas palavras:

La causa principale e permanente della povertà ha poco o nessun rapporto con la forma di governo, o con la diseguale ripartizione dei beni; non è un potere dei ricchi fornire ai poveri occupazione e pane; ed in conseguenza i poveri, per la natura medesima delle cose, non hanno alcun diritto a domandarle (...) Se (...) nelle infime classi della società ogni uomo fosse ben convinto di tali verità, si mostrerebbe incline a sopportare con pazienza la dolorosa condizione a cui potrebbe trovarsi ridotto. Sentirebbe meno malcontento e meno irritazione contro il governo e contro le classi superiori (...) non sarebbe disposto a divenire insubordinato.¹⁶⁴

Darwin escreve quando na Inglaterra se disseminava um capitalismo de tipo selvagem (a lei dos pobres já havia sido revogada). Os anos quarenta marcam o país como a década da fome e é nesse período que será publicado “O Manifesto Comunista” de Marx e Engels, no qual afirmavam que uma classe que não é capaz de alimentar aquela da qual desfruta está fadada a desaparecer.

Antes do evolucionismo de Spencer e de Darwin, há a ideia de Lamarck e a adaptabilidade do homem ao ambiente. Diferente de Darwin, pois sua teoria pressupõe uma sociedade mais rígida, segundo Accattatis, que repele o homem.

O sucesso do evolucionismo no século XIX não foi por acaso. Teoria que se afirmava científica, mas com uma intensa carga de ideologia, era bastante conveniente aos interesses burgueses que defendiam uma postura segundo a qual a história se desenrola não por saltos ou revoluções, mas lentamente, *step by step*, com uma onipotência das circunstâncias e do ambiente, numa espécie de fatalismo em que pouca importância teria a ação humana (oposto do materialismo histórico) –

¹⁶⁴ MALTHUS, R. **Saggio sul principio della popolazione**. v. XI-XII, Torino: Unione Tipografia Editrice, 1868, p. 24.

na verdade ela pode, inclusive, ser empecilho para o natural evoluir do processo histórico, como pontua Spencer, com um embasamento biológico para um governo liberal mínimo.

Na década de 60 é também difundido na Itália o materialismo de Moleschott, por meio, inclusive, de Cesare Lombroso, que traduziu, em 1869, a obra *La circolazione della vita. Lettere fisiologiche in risposta alle lettere chimiche di Liebig*. De acordo com o materialismo, toda força animal, vegetal, intelectual é um efeito da propriedade da matéria e que se rege sem o impulso de uma força maior.¹⁶⁵ Esse materialismo representa um rompimento definitivo com as teorias espiritualistas e, sobretudo, de caráter teológico.

A partir da década de 70, com a difusão e influência de Spencer, o positivismo se desagrega em uma série de *ismos*: evolucionismo, naturalismo, organicismo¹⁶⁶, biologicismo¹⁶⁷, fisiologismo, os quais se vinculam ora ao

¹⁶⁵ SANTUCCI, A. Positivismo e Cultura positivística: Problemi vecchi e nuovi In: ROSSI, P. **L'età del Positivismo**. Bologna: Il Mulino, 1986, p. 34.

¹⁶⁶ Segundo Canguilhem, quando o médico inglês Walter Charleton (1619-1707) publicou o livro *Exercitationes de economia animal* (1659), autorizou que por dois séculos se utilizasse a analogia entre o estudo das leis dos corpos organizados e o das sociedades humanas. O conceito, por exemplo, de economia animal, ou fábrica animal, para os médicos, naturalistas e filósofos, significa o regulamento das funções dos órgãos, a coordenação das suas atividades e dele deriva, no século XIX, a ideia de divisão fisiológica do trabalho. Houve sempre uma relação entre a evolução tecnológica das máquinas, tornando-as cada vez mais orgânicas e o uso de termos emprestados pelos médicos fisiologistas, como é o caso do termo “regulatore” – analogia entre a máquina (organismo) animal e um motor. (CANGUILHEM, G. **Ideologia e razionalità nella storia delle scienze della vita**. Firenze: La Nuova Italia, 1999, p. 84). A primeira obra científica relativa à ideia de regulação foi a de Lavoisier, *Mémoires sur la respiration et la transpiration des animaux*. Nela o cientista identifica três reguladores do organismo: a respiração, a transpiração e a digestão – estes funcionam para manter o organismo equilibrado – compensação e conservação – e funcionam sem esforço e com facilidade – deve-se deixar a natureza seguir seu curso e a função do médico é primordialmente esta (medicina hipocrática). O organismo é uma máquina no equilíbrio de suas funções regulatórias imutáveis. Charleton transfere esse modelo para se pensar a sociedade e a ordem moral – tanto a ordem física quanto a social tem seus reguladores. (*Ibidem*, p. 87). Um exemplo da utilização deste tipo de analogia é a teoria populacional de Malthus. Sua grande questão é como conciliar uma tendência, o crescimento populacional, e um limite, a diminuição de espaço e meios de subsistência. Para o autor deve-se regularizar o princípio populacional – trata-se de um princípio de saúde (que se somará a outra noção hipocrática, crise). Ambas as categorias demonstram como diante dos desequilíbrios sociais causados pela Revolução Industrial (Inglaterra) e política (França), a ciência social tenderá a substituir explicações históricas por explicações naturais e a ideia de conflito pela de equilíbrio. (*Ibidem*, p. 90). Para Claude Bernard a regulação vem do interior, sendo assim, o organismo tem a possibilidade de se conservar (compensação) mesmo diante de um exterior desestabilizado. Será com este autor que o termo entra definitivamente no vocabulário da fisiologia, tornando-se um conceito da biologia.

¹⁶⁷ A biologia, diferentemente da geometria ou astronomia, não tem mais que 200 anos. Canguilhem pontua que Lamarck (cuja teoria central consiste na mudança dos órgãos em função dos hábitos provocados pelas mudanças no ambiente da vida - influência do ambiente sobre as transformações) teria utilizado o termo publicamente pela primeira vez em *Hydrogéologie*, de 1802. Em 1809, no *Avvertimento da Philosophie zoologique*, faz referência a um tratado de biologia que, todavia, não chega a escrever. Este *Avvertimento* referia-se à organização dos animais – o objetivo de Lamarck era a elaboração de uma escala dos seres vivos, estabelecer a ordem da natureza. (*Ibidem*, p. 123).

materialismo, ora ao teologismo, ora ao causalismo, ora ao incognoscível.¹⁶⁸ Assim, como expõe Barbano:

Tra il 1875 e il 1890 si produsse, nella cultura italiana, una miscela naturalistico-evoluzionistica che oggi viene ristiudiata, nel suo insieme, nella sua episteme storico sociale, nella sua distribuzione e differenziazione territoriale. Non è facile seguire le articolazioni di un evoluzionismo che aveva le sue ascendenze più vicine da Jean-Baptiste de Lamarck (1744-1829), la sua esposizione empiricamente ed osservativamente più ricca in Darwin; il suo lievitante in Hebert Spencer (...) Comte aveva, in fondo, escluso la metafisica, per via storica, più che epistemologica; ma Spencer reintroduceva la metafisica per via evoluzionistica. Darwin aveva, in fondo, storicizzato i fenomeni biologici, riuscendo gradevole, per questo, anche a Marx; Spencer provvide ad una naturalizzazione biologico-metafisica dei fenomeni storico-sociali. Spencer e il suo positivismo non sono Comte e il suo positivismo: ciò sembra ovvio, ma convenzionalmente, quando si differenziano i due, in termini di evoluzionismo, si finisce all'assorbire l'evoluzionismo storicistico comtiano in quel naturalistico spenceriano; e ciò anche in ragione del fatto che, nella classificazione comtiana delle scienze, il passaggio dalle scienze naturali a quelle sociali è mediato dalla biologia e non dalla psicologia.¹⁶⁹

Na década de 80 ocorre a fundação da “Rivista di Filosofia Scientifica” 1881-1892, por Enrico Morselli, na qual o positivismo busca afirmar uma identidade. Seus principais colaboradores foram fisiologistas e psicólogos, e discutiam-se os assuntos mais variados: hipnotismo, comparação entre raças e sexos, reações térmicas na atividade psíquica, inconsciente individual e coletivo, uso de índices cefálicos para revelar o louco, o gênio, o criminoso, debates entre ciência e filosofia, corpo e mente, vital e mecânico, necessidade e acaso.¹⁷⁰

A crise do positivismo na década de 90 na Itália coincide com uma série de tensões sociais no país: emergia o movimento operário e se afirmava uma interpretação marxista da história; difundia-se a filosofia de Schopenhauer e Nietzsche; o descrédito da ciência busca refúgio no misticismo e no espiritismo.¹⁷¹ Um misticismo que paradoxalmente já estava presente de alguma forma no positivismo, pois embora ele se caracterize pela objetividade e empirismo, pela

¹⁶⁸ BARBANO, F. Sociologia e Positivismo in Italia: 1850-1919. Un capitolo di sociologia storica. In: PAPA, E. **Il positivismo e la cultura italiana**. Milano: Franco Angeli, 1985, p. 198.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 198-199.

¹⁷⁰ SANTUCCI, A. Positivismo e Cultura positivista: Problemi vecchi e nuovi In: ROSSI, P. **L'età del Positivismo**. Bologna: Il Mulino, 1986, p. 42-43.

¹⁷¹ BARBANO, F. *Op. cit.*, p. 163.

distância entre fatos e valores, pela visão naturalista da história e da política, Comte não deixava de afirmar a propriedade mística dos números.¹⁷²

Este período permite verificar a assimilação da cultura positivista na Itália que, segundo Barbano, foi bastante imatura quando se constata a tendência neste país de se fazer arbitrárias combinações, como sociologismo e socialismo, darwinismo e marxismo, spenciarismo, darwinismo e socialismo, consequência de um “debole, astorico e mal assimilato positivismo”.¹⁷³

Combinações que se justificam na medida em que se verifica, como afirma Santucci, o quanto o positivismo não tem apenas um valor filosófico, mas está ligado aos produtos culturais dos projetos dos novos sujeitos que se constituem com a “revolução industrial”: “Come ci spieghiamo che quella cultura diventasse per tanta parte reazionaria e di massa agitando il mito della nazione?”¹⁷⁴

A partir da década de 90 a inserção do darwinismo social na ciência social demonstra a sua dissolução em ideologia, nacionalismo, imperialismo, colonialismo etc. Em suas palavras:

Se il darwinismo ebbe il merito di ‘storicizzare’ la natura, e lo spencerismo ebbe il demerito di voler ‘naturalizzare’ la storia, il ‘darwinismo sociale’, più che una miscela eterogenea dei due orientamenti è stato una trasformazione, degenerativa del positivismo, il cui segno fu tuttavia diversissimo: progressista conservatore, laico ed anticlericale, nazionalista ed imperialista; antisocialista e socialista riformista eccetera.¹⁷⁵

A aderência ao darwinismo social deixava a nu as contradições de muitos pensadores da época, como é o caso de alguns criminólogos:

Per Mario Morasso (...) le metafore darwiniane valevano a spiegare l'azione dell'imperialismo nel nuovo secolo. Chi ne seguiva le imprese sui mercati e nelle colonie non poteva nascondersi dietro le ideologie umanitarie, come accadeva con Sergi e Ferri, Lombroso e Morselli, che si dicevano favorevoli

¹⁷² SANTUCCI, A. Positivismo e Cultura positivista: Problemi vecchi e nuovi In: ROSSI, P. **L'età del Positivismo**. Bologna: Il Mulino, 1986, p. 64.

¹⁷³ BARBANO, F. Sociologia e Positivismo in Italia: 1850-1919. Un capitolo di sociologia storica. In: PAPA, E. **Il positivismo e la cultura italiana**. Milano: Franco Angeli, 1985, p. 203.

¹⁷⁴ SANTUCCI, A., *Op. cit.*, p. 44-45.

¹⁷⁵ BARBANO, F. *Op. cit.*, p. 204. Definição de darwinismo social segundo *Dizionario di Sociologia* (1911), de Fausto Squillace: “La teoria biologica di Carlo Darwin consiste essenzialmente in questi principi: a) eredità; b) Variabilità; c) Lotta per l'esistenza; d) Selezione naturale; e) Teoria della discendenza. Il darwinismo sociale o neo-darwinismo consiste nell'adozione di alcuni dei principi biologici del darwinismo (lotta, selezione, specialmente) alla società; si ha così la dottrina sociologica etno antropologica.”

alla pace, all'accordo tra i popoli, e poi dovevano ammettere la qualità diversa delle razze e la scomparsa inevitabile dei più deboli.¹⁷⁶

A ideia de que as raças humanas tinham uma origem única perdia cada vez mais crédito entre a comunidade científica da época. Como afirma Gustave Le Bon¹⁷⁷, o método dos naturalistas aplicado aos homens teria permitido a identificação de tipos definidos a partir das diferenças anatômicas, como a cor da pele, a forma do crânio, o que acarretou afirmar que o gênero humano é formado de espécies diversas e provavelmente de origem também diversa.¹⁷⁸

Para Gobineau, por exemplo, há uma diferença sensível no valor de cada raça humana.¹⁷⁹ A desigualdade entre as raças é originária e permanente. A concepção de que os homens são iguais é uma ideia política e não um dado científico. Segundo o autor uma parte da humanidade não é capaz de civilizar-se, nem mesmo minimamente. As raças selvagens o são desde a origem e o serão até perecerem.¹⁸⁰ Portanto, para Gobineau, as raças não podem igualar-se entre si – aceitar essa ideia é aceitar a possibilidade de perfectibilidade humana e igualdade entre os homens, premissas completamente refutadas por Gobineau, marcado por uma leitura pessimista da história, segundo o qual, esta está marcada pelo processo de degeneração em razão do cruzamento das raças.¹⁸¹

¹⁷⁶ SANTUCCI, A. Positivismo e Cultura positivista: Problemi vecchi e nuovi In: ROSSI, P. **L'età del Positivismo**. Bologna: Il Mulino, 1986, p. 61.

¹⁷⁷ Gustave Le Bon entendia que a desigualdade entre os homens era algo evidente e natural, que a ciência de então teria provado. "I sogni egualitari non varrebbero forse meno delle vecchie illusioni che ci guidavano una volta, se non cozzassero contro l'incrollabile rupe delle disuguaglianze naturali. Con la vecchiaia e la morte queste disuguaglianze fanno parte delle apparenti iniquità di cui è piena la natura e che l'uomo deve subire." (LE BON, G. **Leggi psicologiche della evoluzione dei popoli**. Milano: Casa Editrice Monanni, 1927, p. 14). Ainda sobre a ideia de igualdade entre os homens: "L'eguaglianza non può esistere che nell'inferiorità, è il sogno oscuro e minaccioso delle volgari mediocrità." (*Ibidem*. p. 168). Para Le Bon não são apenas os critérios anatômicos a serem levados em conta para o estabelecimento da desigualdade. A língua, as crenças, a arte, a forma política também contribuem para classificação dos povos. E por trás destes ainda existem os dados da psicologia – as características morais e intelectuais de uma raça, aquilo que segundo Le Bon determina a sua "alma", a síntese de seu passado, os motivos de suas condutas e assim como as características anatômicas, se reproduzem por meio da hereditariedade. (*Ibidem*. p. 19). É interessante destacar que Le Bon utiliza em seu texto os termos povos, raças, espécies indistintamente.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 18.

¹⁷⁹ GOBINEAU, A. **Saggio sulla disuguaglianza delle razze umane**. Milano: Rizzoli, 1997, p. 89.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 214.

¹⁸¹ *Ibidem*, p.197. Segundo Gobineau há três raças bem caracterizadas: a branca, a negra e a amarela. Não se trata de uma diferenciação apenas em função da cor da pele. De qualquer forma, nem em suas origens eram tipos puros, tendo ocorrido, segundo o autor, transformações mesmo sem cruzamentos. São, portanto, os chamados tipos secundários. Os brancos, por sua tendência à civilização, impulsionaram-se constantemente a mesclar-se com outros povos. Quanto aos negros e amarelos, segundo Gobineau, "(...) là dove si trovano in questo stato terziario, essi non hanno storia, poiché sono dei selvaggi". (*Ibidem*. 192). Os negros para Gobineau estão no nível mais baixo da

O século XIX é intermediado pela questão racial. Ao mesmo tempo em que se dissemina o discurso liberal e democrático, no âmbito jurídico e político, a raça torna-se uma categoria central no paradigma biológico, médico, antropológico. Emerge em uma gama de discursos que se autodefiniam como científicos – e o vínculo com as ciências naturais naquele período dava conta de legitimar esta representação – mas que assumiram uma carga ideológica fortíssima num contexto histórico e social de industrialização, consolidação dos valores (do *ethos*) burgueses e do imperialismo.

A raça, conceito em tese biológico, passa a ser o critério de explicação da história¹⁸² e subterfúgio para justificar os problemas de um novo modelo social, a princípio e em princípio fundado em ideias de igualdade de uma suposta natureza humana, e num segundo momento, marcado pelas consequências de sua consolidação problemática e pela evidente desigualdade social e miséria que produziu, passa a ser sustentado por teorias que justificam “objetivamente e cientificamente” a desigualdade entre os homens, uma desigualdade natural, ligada ao pertencimento a uma raça, a um tipo de homem, apontada então como a causa da desigualdade social – esta é consequência da natureza do próprio homem, vinculada à raça que pertence e não da dinâmica e estrutura sociais. De argumento científico torna-se instrumento ideológico e de poder (ou melhor, como argumento científico é que se instrumentalizou ideologicamente) legitimando práticas de governo

escala hierárquica das raças. São inferiores intelectualmente e jamais abandonarão esta condição. Seus sentidos e sua sexualidade são mais aguçadas, seu humor instável e dão pouco valor à vida (matam por matar, segundo Gobineau). (*Ibidem*, p. 242-243). Os amarelos têm pouco vigor físico, são apáticos, com tendência à mediocridade e com bom senso prático. Os brancos são mais evoluídos intelectualmente, embora inferiores nas sensações e menos sensuais. Possuem um amor singular à vida e quando cruéis têm consciência dos seus excessos. A mistura, a mescla entre as raças é a grande causa da degeneração – esta não ocorreria se os povos se mantivessem com as mesmas características e elementos originais, nacionais. Le Bon estabelece uma classificação das raças humanas a partir de características psicológicas fundamentais. Assim ter-se-iam quatro tipos de raças humanas: raças primitivas, inferiores, médias, superiores. As primitivas sem nenhum traço de cultura estão próximas à animalidade (australianos); inferiores, representada pelos negros, atingem um nível rudimentar de civilidade; raças médias (chineses, mongóis, semitas) apresentam um grau de civilidade elevada apenas superada pelos europeus, estes identificados como raça superior, capazes de grandes invenções, arte, ciência e indústria. Entre essas quatro raças há para Le Bon um abismo mental. As primitivas e inferiores tem uma incapacidade significativa de raciocinar e ausência de espírito crítico, pouca reflexão, atenção e capacidade de observação; são movidos pelo espírito de imitação. O instinto do momento seu único guia. Para Le Bon, por exemplo, um bom critério para medir o grau evolutivo de um povo é sua capacidade de autocontrole, de dominar seus impulsos. (LE BON, G. **Leggi psicologiche della evoluzione dei popoli**. Milano: Casa Editrice Monanni, 1927, p. 30-35).

¹⁸² Para Le Bon, “La storia, nelle sue grandi linee, può essere considerata come la semplice esposizione dei risultati prodotti dalla costituzione psicologica delle razze. In tutte le manifestazioni dell’esistenza d’una nazione, ritroviamo sempre l’anima immutabile della razza che tesse da sé il suo destino” (*Ibidem*, p. 113-114).

desumanas e genocidas. Como afirma Marco Diani, “Il razzismo teorico del XIX secolo, di cui Gobineau è il capostipite, ha compiuto in questo secolo il suo ciclo tragico e fatale, diventando dottrina di Stato e metodo di genocidio”.¹⁸³

A presença do discurso racial no século XIX deixa à mostra a ambivalência do Moderno. Losurdo, em seu estudo sobre Liberalismo, “Controstoria del liberalismo”¹⁸⁴, aponta que liberalismo e racismo, na verdade, emergem num parto de gêmeos. Este autor propõe uma releitura do liberalismo que acabe com o mito de que seu percurso foi apenas marcado pela conquista de direitos (dos civis aos políticos). A comunidade dos livres buscava afirmar estes direitos pela exclusão de tantos outros. A exclusão permeou a tradição liberal desde o seu início. Isto fica claro não apenas levando em conta a exclusão das populações coloniais, justificada pelo argumento racial, pois vistas como selvagens e de raça inferior, mas a exclusão do espaço sacro da liberdade de camadas da população no interior dos países que se proclamavam impérios da liberdade, como a Inglaterra e os Estados Unidos. O liberalismo conviveu com a escravidão dos negros, a dizimação dos índígenas e a semi-escravidão das classes pobres brancas cujo destino, muitas vezes, eram a morte ou a internação em instituições. O que Losurdo busca mostrar é que o liberalismo não se afirma a despeito destes fatos, mas todos eles estão entrelaçados com o projeto liberal.

O século XIX e o início do século XX trabalham com duas construções de individualidades coletivas, primeiramente a nação e depois a civilização, ocidental ou europeia, e ambas são construídas e permeadas pela ideia de raça: quem constitui a nação? quais elementos a faz desenvolver, evoluir, e quais são responsáveis por sua estagnação? Qual o modelo de civilização? O que corresponde a uma nação civilizada? O que está dentro e o que está fora será definido ao longo do século XIX e início do século XX pelo argumento racial.

Segundo Marco Diani,

¹⁸³ DIANI, M; TOCQUEVILLE, A.; GOBINEAU, A. **Del Razzismo: Carteggio 1843-1859**. Roma: Donzelli Editore, 1995, p. XXIII.

¹⁸⁴ Segundo Losurdo no seu início o liberalismo correspondeu à autoconsciência da classe dos proprietários de escravos ou servos durante a formação do capitalismo, contra o despotismo monárquico e o poder central, reivindicando autogoverno e o gozo tranquilo da propriedade, sob o primado da lei. Afirma Losurdo, “Possiamo allora dire che quella liberale è la tradizione di pensiero che con più rigore ha circoscritto un ristretto spazio sacro nell’ambito del quale vigono le regole della limitazione del potere; è una tradizione di pensiero caratterizzata, più che dalla celebrazione della libertà o dell’individuo, dalla celebrazione di quella comunità degli individui liberi che definisce lo spazio sacro”.(LOSURDO, D. **Controstoria del liberalismo**. Roma-Bari: Editora Laterza, 2005, p. 305).

Se il moderno è l'epoca genealogica della soggettività (e dell'individualismo), il cosmopolitico mal du siècle ottocentesco, che va trasformandosi, nell'arco di un secolo, in universale disagio della civiltà, è allora l'autentica malattia sintomatica del divenir moderno.¹⁸⁵

Atendendo à tendência de se naturalizar problemas que são sociais e neutralizar por meio da capa da ciência questões políticas e ideológicas, um dos saberes definidores do que está dentro e do que está fora é o saber médico. Associado ao número das estatísticas,¹⁸⁶ ele afirma-se como delimitador do normal e patológico e também é influenciado pela epistemologia positivista.

Na medicina também afirma-se o método experimental: a observação dos fatos e o estabelecimento de leis, ambos complementares e necessários para a pesquisa científica e um viés determinista, o qual condiciona a manifestação dos fenômenos à lógica causa-efeito – mesmas causas necessariamente acarretam os mesmos efeitos – se um fenômeno muda é porque intervieram variações.

Ainda, o saber médico neste momento histórico estende sua área de competência para o social (levando consigo esta nomenclatura – medicina social), relacionando espaço e saúde, doença e condições urbanas.¹⁸⁷ Buscava-se uma explicação naturalística dos problemas e conflitos sociais – o modelo médico como o modelo moderno e uniforme, que reduz o comportamento humano a determinados sinais objetivos dos quais se pode elaborar uma tipologia do comportamento – processo análogo ao dos sintomas que conduzem à doença. Na antropologia criminal tratava-se de identificar os sinais da periculosidade.

Neste percurso, associada à medicina social (higiene e médico-sanitário) a psiquiatria assume uma centralidade importante, pois não apenas abordará a loucura, mas todo gênero de comportamento patológico. A Medicina assume duas frentes, ou melhor, dois objetos: no corpo social, o ambiente; no indivíduo, a mente.

¹⁸⁵ DIANI, M; TOCQUEVILLE, A.; GOBINEAU, A. **Del Razzismo: Carteggio 1843-1859**. Roma: Donzelli Editore, 1995, p. XVII.

¹⁸⁶ Um dos seus instrumentos de leitura “precisa” da realidade é a estatística. Esta era entendida como instrumento emblemático do positivismo, uma vez que a objetividade dos números buscava neutralizar a carga ideológica de políticas de controle populacional, marginalização social e combate à criminalidade. Em 1827 desenvolvem-se estudos estatísticos na França e na Inglaterra que se tornaram importantes fontes relativos à criminalidade; em 1833 é publicada a obra “*Essai sur la statistique morale de la France*”, de André Michel Guerry, a qual funda a estatística criminal como ciência exata; em 1831 e 1835, Adolphe Quetelet publica “*Recherches sur le penchant au crime aux différents ages*” e “*Sur l’homme et sur le développement de ses facultes*” ou “*Essai de physique sociale*”, respectivamente.

¹⁸⁷ VILLA, R. **Il deviante e suoi segni**. Lombroso, e la nascita de llantropologia criminale. Milano: Franco Angeli, 1985, p. 48.

Os estudos de frenologia, em que se analisam as relações entre formato do crânio e comportamento, são responsáveis pela formação de duas gerações de médicos na França que começam a interferir no âmbito dos estabelecimentos penais. A frenologia “offre in primo luogo un comodo schema di riferimento per inquadrare e osservare come oggetto diagnostico il singolo criminale (...) offre una possibilità descrittiva (...)”¹⁸⁸, mas tendo em vista as causas da criminalidade a partir de uma perspectiva determinista – o criminoso como portador de sinais externos de uma diversidade antropológica, ligada ao primitivismo. Destaque da obra do médico Henry Lauvergne, *Les forçats consideres sousle rapport physiologique, moral et intellectuel observes au bagne de Toulon*, publicada ainda na primeira metade do século XIX, cujo objeto de análise é o sujeito criminal. O autor aponta o criminoso como detentor de características primitivas, como mandíbula protuberante, face alargada, forte aparato muscular e,

Nel fare ciò egli approfondisce – nel 1841 – osservazioni compiute da Gall trent’anni prima, ma soprattutto utilizza elementi di un sapere comune e diffuso per ciò che riguarda l’antropologia. Da quarant’anni, pur non esistendo ancora un approccio organizzato, i dati etnografici, antropometrici, craniologi, costituiscono un bagaglio di curiosità e di speranze insieme, patrimonio di due generazioni di medici.¹⁸⁹

Como afirma Renzo Villa,

Il tema del primitivo come essere pericoloso ed infido, del bianco che imbarbarisce e torna a comportamenti ancestrali era ben diffuso e la polemica parentesi roussoiana sopravviveva certo, ma non fra gli scienziati, né soprattutto tra i ‘criminalisti’.¹⁹⁰

A relação selvagem-delinquente-primitivo torna-se cada vez mais lugar-comum no imaginário da época.

A frenologia aparece, então, como ponte cultural entre “una psicologia dei caratteri ed un naturalismo materialistico, nell’arco fra la scienza dell’uomo degli *idéologues* e l’ordine del fato misurabile e sperimentabile della scientificità positiva, che parte dall’antropometria e giugerà alla psicofísica”.¹⁹¹

¹⁸⁸ VILLA, R. **Il deviante e suoi segni**. Lombroso, e la nascita de’llantropologia criminale. Milano: Franco Angeli, 1985, p. 63.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 65.

¹⁹⁰ *Idem*.

¹⁹¹ VILLA, R. **Il deviante e suoi segni**. Lombroso, e la nascita de’llantropologia criminale. Milano: Franco Angeli, 1985, p. 67.

Os debates da psiquiatria da segunda metade do século XIX não podem ser compreendidos sem se levar em conta o processo e ímpeto de cientificização que percorre este debate e que provoca a adesão ao organicismo. Ímpeto que nasce e é nutrido por descobertas articuladas por pesquisas experimentais de caráter fisiológico, biológico e anatômico-descritivo (e jamais espiritualísticos) e que se mantém constante com o grande enigma da relação crânio-cérebro-consciência, organismo-pensamento.¹⁹²

Em 1875, Carlo Livi, numa publicação na Revista de Freniatria, afirma como morta a crença de que a loucura é uma doença do espírito e que para reconhecê-la basta ter um pouco de bom senso. Declara e celebra a nova ciência que estuda o cérebro e que concebe a loucura como doença deste órgão a ser estudada por meio da observação, experimentação e instrumentos como termômetro, dinamômetro, oftalmoscópio. Direciona seu texto aos magistrados e peritos, apontando a natureza orgânica do delito: “Di chi la colpa?(...) un folle morale, donnaiolo e dissipatore (...) dei mali germi ereditari, e della viziosa struttura del capo: due cose che egli certamente non si è fabbricato da sé”.¹⁹³

Busca-se localizar no cérebro as funções psíquicas e identificar dessa forma os quadros patológicos da mente. Trata-se de um modelo que buscava “pensar no espaço” o distúrbio mental, no espaço do cérebro, do sistema nervoso, do organismo.¹⁹⁴

O corpo, mais precisamente o cérebro, e a medida são os elementos de combate da psiquiatria positivista do século XIX (a partir da segunda metade, sobretudo) contra as correntes espiritualistas do passado¹⁹⁵. Gradativamente abre-se espaço para se discutir a doença mental não mais como doença do espírito, mas orgânica, e a epilepsia e os trabalhos de Wernicke estão no centro deste processo – a doença mental é diversa das demais doenças cerebrais apenas porque são

¹⁹² POGGI, S. Localizzazione Cerebrale e sperimentale psicologica nei rapporti della psichiatria italiana con il dibattito europeo. Alcuni punti di riferimento (1870-1900) In: ROSSI, P. **L'età del Positivismo**. Bologna: Il Mulino, 1986, p. 309.

¹⁹³ LIVI, C. Del metodo sperimentale in Freniatria e Medicina Legale. **Revista di Freniatria**, v. I, p.4, 1875. *Apud*: NICASI, S. Il germe della follia. Modelli di malattia mentale nella psichiatria italiana di fine Ottocento. In: ROSSI, P. **L'età del Positivismo**. Bologna: Il Mulino, 1986, p. 309.

¹⁹⁴ NICASI, S. Il germe della follia. Modelli di malattia mentale nella psichiatria italiana di fine Ottocento. In: ROSSI, P. **L'età del Positivismo**. Bologna: Il Mulino, 1986, p. 309.

¹⁹⁴ POGGI, S. *Op. cit.*, p. 312.

¹⁹⁵ NICASI, S. *Op. cit.*, p. 310.

atingidas funções mais complexas, mas trata-se também de funções orgânicas.¹⁹⁶ Como afirma Sergi, “(...) i fenomeni psichici hanno base fisica”.¹⁹⁷

A partir dos anos 90 do século XIX, na Europa, este paradigma organicista complementa-se, pois insere-se gradativamente no debate psiquiátrico a temática das emoções, dos sentimentos, dos afetos, ou seja, uma abordagem mais voltada ao plano psicológico. Há uma tendência no estudo da doença mental em se superar a separação entre o nível médico-orgânico e o estritamente psicológico (destaque ao pesquisador alemão E. Krapelin).

Nicasi concebe esta nova abordagem da psiquiatria do século XIX, mais voltada à mente, mais cognitivo que neurológico, como “modo de pensar no tempo” e ela estaria ligada a uma vertente do evolucionismo biológico e filosófico e em torno da concepção de degeneração,¹⁹⁸ que se estende da França e da Alemanha para a Itália.

¹⁹⁶ POGGI, S. Localizzazione Cerebrale e sperimentale psicologica nei rapporti della psichiatria italiana con il dibattito europeo. Alcuni punti di riferimento (1870-1900) In: ROSSI, P. **L'età del Positivismo**. Bologna: Il Mulino, 1986, p. 86.

¹⁹⁷ SPENCER, H. **Introduzione allo studio della sociologia**. 2 ed. Milano: Fratelli Dumolard, 1887, p. XXXVIII.

¹⁹⁸ *Traité des dégénérescences physiques, intellectuelles et Morales de l'espèce humaine*, publicado em Paris em 1857, de Bénédicte Auguste Morel (1809-1873), médico alienista, é uma das principais fontes sobre um dos temas centrais da psiquiatria do século XIX – a degeneração. Esta é definida como “deviazione malate rispetto a un tipo umano primitivo che si producono sotto l'azione di un'influenza patologica di ordine sia fisico sia morale e formano dei gruppi o delle famiglie di varietà” (NICASI, S. Il germe della follia. Modelli di malattia mentale nella psichiatria italiana di fine Ottocento. In: ROSSI, P. **L'età del Positivismo**. Bologna: Il Mulino, 1986, p. 312). Estes desvios são hereditários, seguem a lei da degeneração progressiva e causam um crescente enfraquecimento das faculdades reprodutivas, no indivíduo ou em sua descendência. Morel é monogenista – toda humanidade tem uma mesma origem (unidade da espécie humana sobretudo em função da alma). Mas o ambiente causa modificações nos indivíduos que podem ser transmitidas para as outras gerações por via hereditária, e destas modificações surgiram as diferentes raças. No interior de cada raça estes desvios geram anomalias chamadas de degenerações – não há raça degenerada, mas degenerações no interior de cada uma delas. Para Morel toda patologia psiquiátrica pode ser compreendida a partir da categoria de degeneração – a loucura tem origem degenerativa. Morel analisa a loucura no tempo – as transformações patológicas no indivíduo – pequenos distúrbios nervosos podem se tornar demência, por exemplo – e a evolução na estirpe, ou seja, uma alteração de temperamento em uma geração que nas sucessivas pode tornar-se epilepsia, histeria, imbecilidade... O processo degenerativo é gradativo e progressivo até a extinção daquela descendência. (*Ibidem*, p. 314). A categoria do tempo é inserida na psiquiatria – a loucura tem uma história; para compreendê-la deve-se olhar o passado, a história do doente e as demais a ele ligadas (ascendência e descendência). Portanto, acreditava-se e valorizava-se o caráter hereditário da doença mental. À origem da degeneração, Morel relaciona causas físicas, intelectuais e, sobretudo, morais, “(...) trasformando il soma in una sorta di drappaggio dell'anima. Il suo progetto si iscrive all'interno del paradigma organicistico quando considera il corpo e non l'anima luogo privilegiato dell'indagine psichiatrica; si diversifica da altri progetti formulati nel paradigma, a proposito della fondamentale questione inerente a *cosa cercare nel corpo*, quando trascura il danno organico, circoscrittibile. Nello spazio somatico, per occuparsi del *disegno ereditario* che si ordisce e si dispiega nel tempo del divenire personale e generazionale; infine si spine all'estremo limite dell'ortodossia fino a violarlo quando suscita lo spettro di un'anima malata nelle membra sfinite dei degenerati. Come la specie umana è unica perché tutti gli uomini hanno un'anima, così le differenti patologie mentali trovano in un'anima malata il fondamento

A partir da associação loucura e degeneração, aquela aparece como aquilo que desvela a natureza instintiva, primitiva e animal do homem, localizada no inconsciente (estrato mais profundo da psique) que não foi controlado pela evolução, pela civilização, pela educação. Evolucionismo e degeneração combinam-se e ironicamente despertam novamente a questão da alma e da moral para se debater sobre as doenças mentais:

L'idea romantica di una natura sepolta e imbavagliata dalla cultura; l'idea di una scienza bugiarda o cieca e di una follia che disvela nuda la verità; l'ambiguo recupero delle origine che si configura ora come ritorno alla natura ora come regressione all'animalità; la pazzia che attrae e disgusta; l'eco lontano di Vico e di Rousseau e quella vicina di Spencer, di Darwin e di Haeckel. Questi temi percorrono, variamente combinati, la psichiatria italiana ed europea di fine secolo e si prolungano nel Novecento specie attraverso quel canale privilegiato che fu la teoria della degenerazione.¹⁹⁹

Este novo modelo influencia de muitas maneiras a atividade psiquiátrica:

(...) fomenta un interesse per le prime manifestazione del pensiero nella crescita dell'individuo e nell'evoluzione dell'umanità; orienta le ricerche di alcuni psichiatri verso i meccanismi genetici del disturbi psichico più che verso la sua innervazione corporea; trasforma la 'descrizione' del caso clinico in 'storia' del caso clinico; stabilisce legame tra la follia del singolo e la patologia della famiglia; suggerisce una interpretazione della pazzia come forma regressiva di comportamento; infine risuscita qua e là il fantasma della colpa morale messo in fuga dal cervello, e vena di pessimismo il tendenziale ottimismo terapeutico del somatologo.²⁰⁰

Como aponta Nicasi, delinea-se um modelo arqueológico no estudo das doenças mentais – o cérebro, a psique é o espaço onde se deposita o processo de evolução do homem e, portanto, ele contém, desde os elementos mais primitivos (instintos), depositados nos estratos inferiores, até os mais recentes, funções mais elevadas da mente, acumulados nos estratos superiores. A doença mental é identificada no estrato inferior e primitivo do cérebro ou da psique.²⁰¹ Os estratos superiores, que controlam os inferiores, deixam de funcionar corretamente (por conta de algum desequilíbrio) e estes vêm à tona em toda a sua nudeza.

dalla loro unità: questa pare la conclusione non scritta del libro di Morel. Se con Morel il tempo entra ufficialmente in psichiatria, l'anima vi si infila di soppiatto, e vi rimane, pronta a tendere i suoi tranelli a tutti coloro che utilizzeranno la teoria della degenerazione." (NICASI, S. Il germe della follia. Modelli di malattia mentale nella psichiatria italiana di fine Ottocento. In: ROSSI, P. **L'età del Positivismo**. Bologna: Il Mulino, 1986, p. 316).

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 314.

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 312.

²⁰¹ *Ibidem*, p. 326-327.

Mais que o cérebro, procura-se analisar a personalidade do doente, visto como uma totalidade fisio-psíquica inserido num determinado ambiente social. Nesta lógica, procura-se a origem dos delírios, por exemplo, para além da sua superfície, nas profundezas do inconsciente. Segundo Ranzi e Riva, todo indivíduo esconde no íntimo do “eu” a natureza de um selvagem que pode projetar-se na consciência quando falham as causas inibidoras.²⁰²

Duas ideias são produto deste momento em que no contexto organicista da psiquiatria se insere o tempo (o inconsciente, a alma) no seu modelo de análise: a teoria do atavismo e da loucura moral, ambos apreendidos por Lombroso, como se verá, para analisar o criminoso.

O ser atávico representa a presença do passado no presente, do primitivo e animal na civilização; o louco moral é aquele que por defeito congênito é predisposto ao mal, predisposição que se manifesta desde a infância e se intensifica no adulto – de crianças cruéis, tornam-se adolescentes rebeldes e adultos malvados²⁰³.

A loucura moral, ao esfumaçar as divisões entre doente e “malvado”, acaba conectando o orgânico à alma, permitindo o retorno do olhar para além do corpo à alma, pois se trata de uma condição decorrente de um processo de degeneração, que afeta o comportamento moral do indivíduo, comprometendo nesta delimitação da moral, o rigor do organicismo, a objetividade com que se buscava curar o doente. Esta doença, assim, é transformada em anomalia e o doente em anormal, termo cuja amplitude inclui não apenas desordens orgânicas, mas desvios da alma e de uma mente que deixa vir à tona o lado mais obscuro e animal do homem²⁰⁴.

O louco moral é o retrato do corpo degenerado e representa a história de uma existência que deve ser reconstruída²⁰⁵. O psiquiatra se vê diante de uma realidade mais ampla, não apenas física, mas psíquica, deve estudar o corpo (geografia somática) e a personalidade do doente (história da alma).

Por isso será valorizado o período da infância e o contexto familiar do doente. Mas é curioso destacar que a categoria da infância será abordada em duas

²⁰² TANZI, E.; RIVA, G. La paranoia. Contributo alla teoria delle degenerazioni psichiche. **Revista sperimentale di Freniatria**, v. X (1884); XI (1885); XII (1886) *Apud* NICASI, S. Il germe della follia. Modelli di malattia mentale nella psichiatria italiana di fine Ottocento. In: ROSSI, P. **L'età del Positivismo**. Bologna: Il Mulino, 1986, p. 326.

²⁰³ LIVI, C. Della monomania in relazione col foro criminale. **Rivista sperimentale di Freniatria**, v. II, p. 651, 1876.

²⁰⁴ NICASI, S. Il germe della follia. Modelli di malattia mentale nella psichiatria italiana di fine Ottocento. In: ROSSI, P. **L'età del Positivismo**. Bologna: Il Mulino, 1986, p. 320-321.

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 321.

perspectivas, não só a individual, ou seja, do doente, mas da humanidade, identificada nos selvagens que não acompanharam o processo de evolução da civilização e permanecem em estado de inferioridade em relação, por exemplo, aos europeus. Como expõe Nicasi,

Spencer paragona la vita mentale dei bambini e dei selvaggi mostrandone le molteplici analogie; per Maudsley, il piano evolutivo della mente si costruisce osservando l'animale, il selvaggio, il bambino. I bambini sono primitivi di passaggio e i primitivi sono eterni bambini. In questa linea si colloca l'interpretazione del disturbo mentale come arresto di sviluppo o come riemersione, in un individuo compiutamente sviluppato, di aspetti che appartengono a epoche più remote dello sviluppo ontogenetico e filogenetico.²⁰⁶

Crianças, primitivos, selvagens, loucos, criminosos, prostitutas – estes representam a animalidade, a bestialidade no homem. O homem está ligado ao animal não apenas na cadeia evolutiva, mas guarda em si, mais precisamente em sua psique, os estigmas deste laço. Em alguns estes vêm à tona e externalizam-se no corpo, em distúrbios mentais (loucura) e em atos (crimes). Como afirma Nicasi,

L'immagine della ragione che insegue il ladro nella notte sembra raffigurare (...) la vicenda di tutta un'epoca nella quale la scoperta della discendenza animale, che non fu solo di Darwin, e la scoperta dell'inconscio, che non fu solo di Freud, aprirono larghe ferite nel narcisismo degli uomini.²⁰⁷

O imaginário do *fin de siècle* europeu estava marcado pela ideia de degeneração e de decadência. A filosofia do progresso é posta em crise pelos eventos políticos, como a Comuna de Paris, interpretada pela elite como sintoma de doença da civilização e emergência das classes perigosas – filantropia e paternalismo não davam conta de gerir a ordem social. Difundia-se na opinião pública, por meio da imprensa, que a criminalidade dominaria a sociedade e afirmava-se uma episteme baseada na ideia de que os problemas sociais podiam ser resolvidos por uma intervenção de tipo médico – a linguagem política e literária era guiada pela biologia e medicina.²⁰⁸

A justificativa da decadência associou-se ao conceito da degeneração, próprio da medicina e biologia. A degeneração caminha na contramão do progresso

²⁰⁶ NICASI, S. Il germe della follia. Modelli di malattia mentale nella psichiatria italiana di fine Ottocento. In: ROSSI, P. **L'età del Positivismo**. Bologna: Il Mulino, 1986, p. 322.

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 325.

²⁰⁸ GERVASONI, M. "Cultura della degenerazione" tra socialismo e Criminologia alla fine dell'Ottocento in Italia. **Studi Storici**, v. 38, p. 1090, 1997.

e para estancá-la a ciência fornecia os elementos de identificação dos portadores de desvios e aconselhava medidas de intervenção (desde o combate ao alcoolismo até medidas de natureza eugênica para aperfeiçoamento da raça).

A degeneração torna-se, assim, no século XIX²⁰⁹, o guarda-chuva debaixo do qual vão ser inseridos todos os tipos de desvios, várias categorias de pessoas: criminosos, prostitutas, microcéfalos, loucos²¹⁰.

²⁰⁹ A partir dos anos 90, integra-se ao conceito de degeneração o de regeneração. É curioso identificar que tanto a extrema esquerda e o socialismo, quanto correntes conservadoras e ligadas ao discurso racial vão fazer uso da ideia de degeneração/regeneração para fundamentar suas propostas de reforma da sociedade: “In politica, l'estrema sinistra e il socialismo fecero proprie le diagnose dei teorici della degenerazione, come fu il caso di Engels, del primo Sorel, dello stesso Jaurès, mentre eugenetica, miglioramento della razza e della società poterono esser presenti sia in teorici del razzismo come Vacher de Lapouge, nello stesso momento militante socialista, che in figure come Bernard Shaw, i fabiani e i socialdemocratici tedeschi, mentre riviste teoriche francesi come ‘La Revue socialiste’ e persino settimanali militante come ‘le prolétaire’ e ‘Le parti ouvrier’, presentarono, tra la fine degli anni Ottanta e i primi anni Novanta, quest’idea di degenerazione.” (*Ibidem*, p. 1093). Colajanni, um dos intelectuais da “Crítica Social”, fez uso do conceito de degeneração e identificava que esta estava presente também nas classes ricas e dirigentes. O autor italiano relacionava este conceito mais a uma ideia de decadência ética – domínio de um individualismo excessivo e da lógica do lucro a uma moral solidária e coletiva. Para Turatti o maior equívoco da escola antropológica estava na sua incapacidade de fazer uma crítica a fundo da sociedade de então, não se dando conta de que certos comportamentos definidos como normais para os padrões burgueses poderiam ser considerados condenáveis do ponto de vista moral. Para ele a noção de degeneração de Lombroso estava comprometida por uma visão de mundo conservador. (*Ibidem*, p.1106). Alguns autores socialistas utilizavam a retórica da degeneração para indicar e denunciar as más condições de vida dos operários – má alimentação, excesso de trabalho – enfim, a degradação de suas condições de vida acarretava o aparecimento de doenças físicas, mentais e mesmo morais. E ainda apontar a degeneração física das classes dominantes, que vivem como parasitas da força e inteligência dos trabalhadores. “il sistema sociale odierno è causa finalmente della decadenza fisica e morale della specie umana; fisica perché mentre nella classe ricca si fornisce la sopravvivenza e la riproduzione dei deboli, dei difettosi e degli ammalati, nella classe proletaria si ha il deperimento per inefficienza dei mezzi indispensabili alla vita” (*Ibidem*, p.1109). Além, e talvez mesmo mais do que propaganda socialista, a década de 90 do século XIX voltava-se a um verdadeiro processo pedagógico, de educação do proletariado e neste a classe dos cientistas exercia um papel fundamental. A retórica da degeneração ligada ao socialismo pode articular-se em três vertentes: a da decadência do corpo, a de luta das classes como conflito entre as raças; a de degeneração da burguesia. A primeira aborda a decadência do corpo do operário em razão das más condições materiais em que vive e ao processo excessivo de trabalho a que foi submetido desde a infância. Desta vertente decorre a insistência na introdução de práticas de higiene, individual e social. A higiene social, por exemplo, vista como forma de evitar e limitar as causas da criminalidade. Para a propaganda socialista, o bom operário era aquele que trabalha e educa-se através dos livros. O socialismo adquire então uma função moralizadora. A terceira associa o burguês a uma decadência física, moral e biológica. A figura de Crispi assume a concretização do degenerado. A sociedade burguesa possui o germe da própria destruição e, portanto, a sua dissolução e condução para o socialismo seriam inevitáveis. O socialismo faz uso tanto do conceito de degeneração, um conceito criado a partir de uma lógica que pode ser considerada conservadora, para criticar o modelo social burguês, quanto do evolucionismo. O periódico “Giustizia” era um veículo de propaganda socialista. Declarava o socialismo como produto natural, inevitável e de acordo com as leis da evolução natural da sociedade – a socialização dos meios de produção é a alternativa natural para a qual se encaminha a sociedade. A crise do capitalismo, que gerava cada vez mais miséria e desemprego, demonstrava a incapacidade da burguesia de regular as forças produtivas – o caminho inevitável, então, seria a coletivização da propriedade. A ciência positiva preparava a evolução intelectual a favor do socialismo, um socialismo científico, fundado na ciência econômica e no processo histórico. Ciência-progresso-socialismo: este é o cerne das ideias propagadas pelo jornal. Portanto são

Um conceito que na verdade dá continuidade, de certa forma, a uma tendência em se construir os sujeitos do desvio, os anormais, associada aos discursos científicos de explicação da origem da vida e do homem. Apenas para citar alguns exemplos: em 1836, Parent Duchatelet publica sua obra sobre prostituição, *De la prostitution dans la ville de Paris*; 1840, publicação de Frégier sobre as classes perigosas - pobreza e periculosidade associam-se na medida em que o debate se estabelece a partir da construção de uma nova subjetividade: a do pobre mal e parasita; em 1856 a descoberta dos restos dos fósseis do homem de Neandertal; a produção materialista alemã (Moleschott, Buchner, Schiff); a publicação dos textos de Darwin; o estudo de psiquiatras sobre o comportamento criminoso (Maudsley na Inglaterra, Morel na França). Como expõe Villa, “Prosper Lucas con il trattato sull’ereditarietà e Morel con quello sulle degenerazioni entrambi negli anni 50 segneranno il ponte fra gli studi di matrice psichiatrica e la riflessione sociale complessiva”.²¹¹

Será exatamente este o objeto de estudo da criminologia – o anormal, o desviante. Trata-se de um saber, que se afirmará como ciência, voltada ao estudo do criminoso e da criminalidade, procurando entender suas causas, tendo como objetivo principal proteger e defender a sociedade e sua ordem de tais indivíduos potencialmente e efetivamente perigosos – curá-los, regenerá-los, normalizá-los ou eliminá-los para que o progresso continue sua linha ascendente, pelo controle dos processos de degeneração. E para esta cura ou regeneração, uma série de saberes de caráter normalizador será essencial e, combinada com medidas de poder, postos em ação.

conceitos que, mesmo tendo sua emergência ligada às tentativas de justificar e legitimar a ordem dada, puderam e foram instrumentalizados pela vertente da intelectualidade crítica da estrutura social, como alguns socialistas. (POGGI, S. Localizzazione Cerebrale e sperimentale psicologica nei rapporti della psichiatria italiana con il dibattito europeo. Alcuni punti di riferimento (1870-1900) In: ROSSI, P. **L’età del Positivismo**. Bologna: Il Mulino, 1986, p. 312, p. 111).

²¹⁰ NICASI, S. Il germe della follia. Modelli di malattia mentale nella psichiatria italiana di fine Ottocento. In: ROSSI, P. **L’età del Positivismo**. Bologna: Il Mulino, 1986, p. 324.

²¹¹ VILLA, R. **Il deviante e suoi segni**. Lombroso, e la nascita de’llantropologia criminale. Milano: Franco Angeli, 1985, p.51.

2.5.2.2 Cesare Lombroso e a Antropologia Criminal

Cesare Lombroso é tido como o pai da criminologia, que em sua primeira faceta se apresentará como Antropologia Criminal. Mas uma análise histórica e cultural do contexto em que a criminologia emerge, como se fez acima, permite uma interpretação de que Lombroso mais do que “pai” da criminologia, foi o ponto de chegada de uma elaboração fragmentária sobre o criminoso a partir de uma ótica médica, bastante emblemática e peculiar, o que faz de sua obra uma fonte da qual se pode extrair importantes elementos sobre o discurso do “anormal” no século XIX – um discurso que se constrói na teoria e na prática e, sobretudo, no intercâmbio entre ambas. Como afirma Renzo Villa, “L’opera lombrosiana è semplicemente l’enciclopedia dell’icona delle parole, dei manufatti, degli strumenti, dei corpi attraverso cui la delinquenza ha parlato, e si è espressa nel secolo scorso.”²¹²

Mario Portigliatti-Barbos coloca uma interessante questão: porque coube justamente a um médico (Lombroso) a construção da criminologia no século XIX? “Senza negare i meriti dell’uomo, la risposta va cercata nel fatto che la medicina, più che altre discipline, aveva in quel torno di tempo maturato gli strumenti concettuali per cercare di operare una sintesi”.²¹³

O autor fixa 5 pontos para explicar as razões: 1) se a leitura da realidade se legitimava a partir das lentes positivistas (fatos, observação, experimentalismo) a medicina, no século XIX, afirmava-se como saber que atendia a estas premissas, sem recorrer a elementos metafísicos e explicações transcendentais, para além do concreto – para romper com um modelo de pensamento que partia da alma (razão – Descartes), nada mais coerente do que buscar um saber cujo foco é o corpo; 2) a medicina colocava à disposição um rico material para estudo, material que expunha a diversidade do homem e na contraposição criminoso e honesto, reafirmava esta e delimitava de onde vinha o perigo; 3) a tendência médica da época era “classificar para se compreender” e nesta ordem funcionava uma dinâmica de dicotomização em seu discurso e de pesquisa etiológica; 4) tendência esta que na psiquiatria se consolida com a prática da exemplificação; 5) a presença no debate médico do

²¹² VILLA, R. **Il deviante e suoi segni**. Lombroso, e la nascita de llantropologia criminale. Milano: Franco Angeli, 1985, p. 161.

²¹³ PORTIGLIATTI-BARBOS, M. Medicina ed Antropologia Criminale nella Cultura Positivista. In: PAPA, E. **Il positivismo e la cultura italiana**. Franco Angeli: Milano, 1985, p. 435.

vitalismo, evolucionismo biológico (de Darwin e Haeckel), materialista (de Moleschott), sociológico (de Spencer), da inferioridade biológica e moral das classes perigosas, da frenologia de Galton, da craniometria, da epilepsia, da hereditariedade.²¹⁴

Pode-se dizer que Lombroso não é tão importante por sua originalidade, mas pelo fato de ter sistematizado as ideias que circulavam – com ele o criminoso torna-se protagonista de uma nova disciplina - a Antropologia Criminal - e mais que o “delinquente”, o desviante, objeto do medo burguês, condensa os interesses de um cientista que buscava percorrer diferentes áreas do saber por um mesmo meio – a observação dos fatos (método positivista). Falar da relação positivismo e medicina é falar de Lombroso.

Lombroso é fruto de um contexto histórico em que há excessiva (tentativa de) simplificação da realidade – tenta-se explicar cientificamente o mundo, a vida, a existência. E esta explicação se dá exatamente pela categoria da causalidade, como se identificando a causa, a origem, se desvendasse o fenômeno. Como afirma Mario Portigliatti-Barbos, Lombroso manifesta os sinais do seu tempo e mais que um iniciador, ele foi um epígono.²¹⁵

A abordagem da antropologia criminal de Lombroso corresponde a um

(...) apporto che si propone come scientifico, dal momento che parte da precise premesse biomediche e presenta l'uomo non solo, e non tanto, come prodotto naturale legato intimamente agli altri organismi che lo precedono nella scala evolutiva ma anche come prodotto storico, suscettibile cioè di modellamento ad opera dell'ambiente da lui stesso creato (...) un apporto che appare unitario nel: procedere per accumulazione di dati all'insegna dell'assunto che 'i fatti parlano di per se stessi' potendo venir confutati solo da altri fatti; nel separare intimamente normalità e anormalità; nel basare la distinzione su elementi naturali; nel derivare per immagine negativa la prima dalla seconda, nel dare a quest'ultima un ruolo determinante.²¹⁶

Como homem do seu tempo, este pesquisador encontrará a gênese do crime na constituição fisio-biológica do indivíduo, criando uma categoria de criminoso, que atende a esta leitura determinista do crime.

Na década de 70, nos cárceres de Pávia e Milão examina delinquentes e analisa crânios. E será a partir da análise do crânio de um camponês calabrês

²¹⁴ PORTIGLIATTI-BARBOS, M. Medicina ed Antropologia Criminale nella Cultura Positivista. In: PAPA, E. **Il positivismo e la cultura italiana**. Franco Angeli: Milano, 1985, p. 435-436.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 433.

²¹⁶ *Ibidem*, p. 443.

chamado Villella, identificando neste uma anomalia, “una fosseta cerebellare mediana”, mais precisamente, para Lombroso, uma parada no desenvolvimento cerebral no estado fetal, que o médico italiano desenvolve uma das suas principais teses sobre os criminosos, dando início à Antropologia Criminal.

A partir deste estudo Lombroso conclui que o delinquente é um tipo de homem diverso, de natureza ainda mais patológica que o alienado, uma espécie de homem construído de forma diferente dos demais, principalmente no órgão do pensamento. O delinquente traz em si o signo da involução, do primitivo, portanto, do atavismo – age e pensa como um selvagem, ausente de sensibilidade moral. Sendo assim, o delito não é resultado de um ato de liberdade, mas sintoma de uma condição defeituosa na organização psico-física, determinada por uma pluralidade de fatores naturais.

Quando a Antropologia Criminal despontou na cena italiana e internacional, o processo de secularização já estava bastante avançado. Com o gradativo afastamento das considerações do transcendente do horizonte do pensamento, a especulação sobre o tema da liberdade começa a se degradar. A razão moderna científica, como lhe é próprio e característico, polarizou a questão da liberdade – determinismo e indeterminismo, e sua problematização girou entre estes dois opostos, binários.²¹⁷ Lombroso trouxe ao direito penal esta crise da liberdade e,

Per questo L'Uomo delinquente rappresentò l'apoteosi e il collasso del razionalismo penale moderno: perché, con l'introduzione dell'ipotesi deterministica, furono esaurite tutte le alternative di una penaltà assoluta che ambisse a dare una risposta definitiva al problema della libertà in quanto punto focale per la concepibilità stessa dell'esperienza penale.²¹⁸

Estas ideias já faziam parte da intuição de Lombroso e da intelectualidade da época, mas com Villella Lombroso acredita ter confirmado tais hipóteses – um fragmento que explica o todo, no caso, a anormalidade do homem delinquente, pois Villella era ao mesmo tempo o protótipo social e científico do desvio. Assim, “L'uomo

²¹⁷ DALBRENTA, D. V. **La scienza inquieta**: saggio sull'Antropologia Criminale di Cesare Lombroso. Cedam: Padova, 2004, p. 222-223.

²¹⁸ *Ibidem*, p. 226.

si trova allora nella situazione del selvaggio e dell'animale (...) quando il reato è un atto fisiologico".²¹⁹

Villela é o ponto de partida para Lombroso construir seu modelo de delinquente divulgado na primeira edição da sua obra célebre "O homem delinquente", marcado pelo atavismo²²⁰, em que diferencia este do alienado – enquanto a loucura não é congênita e quase nunca de origem atávica, com o criminoso ocorre exatamente o contrário e, assim, o delinquente se distancia do louco para se aproximar do selvagem, do primitivo, um homem cuja evolução paralisou.²²¹ Nas palavras de Lombroso:

L'origine, per lo più congenita o nell'età giovanile, del delitto, la maggiore sua diffusione colla civiltà, coi grandi centri, fra i marchi, la eredità meno intensa della pazzia e della neurosi, la apparente buona salute, la robustezza maggiore e maggior altezza della statura, la maggior ricchezza dei capelli, minor frequenza di submicrocefalia, la fisionomia tutta speciale e le passioni e gli istinti che ricordano completamente, come la fisionomia, l'uomo selvaggio assai più che l'alienato, specialmente la pigrizia e la passione dell'orgia e della vendetta, tutte cose che mancano nel più degli alienati.²²²

O delinquente é um tipo ou classe de homem especial – se assemelha ao selvagem (raças de cor) por uma série de características físicas (maior espessura da mandíbula, a pele mais escura, orelhas mais volumosas), pela pouca sensibilidade à dor e ausência de sensibilidade moral, é instável, violento, ausente de remorso e concebe a justiça como vingança; o uso da tatuagem e de uma linguagem própria comprovam sua proximidade com os selvagens. É uma presença na civilização

²¹⁹ LOMBROSO, C. L'uommo delinquente (1896). In: FRIFESSI, D. GIACANELLI, F, MANGONI, L. (a cura di). **Cesare Lombroso. Delitto, Genio, Follia**: Scritti scelti. Torino: Bollati Boringhieri, 1995, p. 678.

²²⁰ Embora Lombroso considere-se o pai da teoria do atavismo, na verdade, como expõe Renzo Villa, esta noção de atavismo é de formação botânica, tendo sido utilizada pela primeira vez por Antoine-Nicolas Duchesne e Louis Vilmorin no século XVIII "(...) per spiegare il 'ritorno' delle viole del pensiero alla violeta (...) "(VILLA, R. **Il deviante e suoi segni**. Lombroso, e la nascita de'llantropologia criminale. Milano: Franco Angeli, 1985, p. 146). De uma origem na biologia botânica é recuperado no interior do discurso evolucionista e estendeu-se para o estudo de fenômenos biológicos gerais, como problemas de hereditariedade e das características raciais no interior da espécie humana.

²²¹ FRIGESSI, D. La scienza della devianza. In: FRIFESSI, D. GIACANELLI, F, MANGONI, L. (a cura di). **Cesare Lombroso. Delitto, Genio, Follia**: Scritti scelti. Torino: Bollati Boringhieri, 1995, p. 346.

²²² LOMBROSO, C. L'uommo delinquente (1876). In: FRIFESSI, D. GIACANELLI, F, MANGONI, L. (a cura di). **Cesare Lombroso. Delitto, Genio, Follia**: Scritti scelti. Torino: Bollati Boringhieri, 1995, p. 547.

contemporânea de um processo de evolução que foi paralisado, de um passado ancestral e animal do homem.²²³

Os criminosos fazem parte de uma humanidade inferior e esta inferioridade para Lombroso está marcada, sinalizada no corpo do delinquente (sobretudo no crânio, pois a criminalidade nata geralmente decorre de uma má formação neste):

In genere, molti delinquente hanno orecchi ad ansa, capelli abbondanti, scarsa la barba, seni frontali spiccati, mandibola enorme, mento quadro o sporgente, zigomi allargati, gesticolazione frequente, tipo insomma somigliante al Mongolico e qualche volta al Negroide. Le misure antropometriche sul cadavere, benché non molto feconde, pure bastarono a dimostrarci in modo sicuro l'inferiorità dei criminali, specialmente dei ladri.²²⁴

O delinquente, assim como os animais mais ferozes, demonstra uma fisionomia especial: “(..) così l'occhio grigio che s'inietta di sangue, della tigre, della iena, è veramente proprio degli assassini (...).”²²⁵ O atavismo também pode se manifestar nos animais, como nos cães domésticos que demonstram uma ferocidade não provocada e que pode explicar-se pela reprodução de tendências atávicas, por um efeito das condições orgânicas cerebrais, por conta da hereditariedade com o lobo. Encerra Lombroso, então, “Come non concludere che, già nella sua prima manifestazione, il delitto è legato alle condizioni dell'organismo, ne è un effetto diretto?”²²⁶

A partir do atavismo, critica a função da pena, pois o crime decorre de um defeito orgânico, “un effetto di una speciale morbosa condizione del nostro organismo”,²²⁷ que por ela não pode ser corrigido, tratando-se de um fenômeno natural e necessário, regido por leis diferentes das dos códigos:

(...) siamo governati da leggi mute, ma ache non cadono in dissuetudine, mai, e che governano la società più sicuramente delle leggi scritte nei codici
(...) Il delitto, insomma, appare, così dalla statistica come dall'esame

²²³ LOMBROSO, C. L'uomo delinquente (1876). In: FRIFESSI, D. GIACANELLI, F. MANGONI, L. (a cura di). **Cesare Lombroso. Delitto, Genio, Follia**: Scritti scelti. Torino: Bollati Boringhieri, 1995, p. 390-391.

²²⁴ *Ibidem*, p. 396.

²²⁵ LOMBROSO, C. L'uomo delinquente (1884). In: FRIFESSI, D. GIACANELLI, F. MANGONI, L. (a cura di). **Cesare Lombroso. Delitto, Genio, Follia**: Scritti scelti. Torino: Bollati Boringhieri, 1995, p. 637.

²²⁶ *Ibidem*, p. 638.

²²⁷ LOMBROSO, C. L'uomo delinquente (1889). In: FRIFESSI, D. GIACANELLI, F. MANGONI, L. (a cura di). **Cesare Lombroso. Delitto, Genio, Follia**: Scritti scelti. Torino: Bollati Boringhieri, 1995, p. 584.

antropologico, un fenomeno naturale, un fenomeno, direbbero alcuni filosofi, necessario, come la nascita, la morte, i concepimenti.²²⁸

Como expõe Renzo Villa, Lombroso demonstra com relação à criminalidade o mesmo nihilismo terapêutico que o caracterizava como médico. Neste mesmo sentido critica a função do cárcere:

Il volgo ed anche il mondo scientifico credono in buona fede che il carcere, specie il cellulare, sia un organismo muto e paralitico o privo de lingua e di mani, perché la legge gli ha imposto di tacere e di restare immobile. Ma siccome nessun decreto, per quanto sostenuto dalla forza, può contro la natura delle cose, così quest'organismo parla, si muove e qualche volta ferisce ed uccide a dispetto di tutti i decreti; solo che, come avviene sempre quando una necessità umana è in conflitto con una legge, esso si esplica per le vie meno note e sempre sotterranee e nascoste: sulle mura del carcere, sugli orci da bere, sui legni del letto, sui margini dei libri che loro si concedono dell'idea di moralizzarci, sulla carta che avvolge i medicinali perfino sulle mobili sabbie delle gallerie aperte al passeggio, perfino sui vestiti in cui imprimono i loro pensieri col ricamo.²²⁹

Lombroso é defensor, sobretudo, de medidas e instituições preventivas, com destaque àquelas voltadas à juventude: reformatórios, asilos, escolas industriais deveriam substituir o cárcere.

Lombroso se utiliza, como se percebe, de um termo corrente na linguagem científica contemporânea – o atavismo - bastante presente nas discussões dos alienistas da época, na Revista Experimental de Freniatria e nos Congressos da Sociedade freniátrica. Muitos a discutiam, como Mantegazza, Morselli e Sergi. Morselli afirmava, por exemplo, que no cérebro humano “trovansi riuniti e aggruppate in maniera più o meno sistematica la vestigia delle attività psichiche dell'intera animalità”.²³⁰ De qualquer forma, a teoria do atavismo entre os italianos aparecia sempre associada à ideia de degeneração de Morel.²³¹

Todavia Lombroso será alvo de inúmeras críticas com relação à sua visão reducionista do atavismo como causa exclusiva e unitária de delinquência. Um dos primeiros textos em que se percebe uma tentativa de adequação da teoria atávica (pública aceitação de que não é possível reduzir a explicação da delinquência à

²²⁸ LOMBROSO, C. L'uomo delinquente (1876). In: FRIFESSI, D. GIACANELLI, F. MANGONI, L. (a cura di). **Cesare Lombroso. Delitto, Genio, Follia: Scritti scelti.** Torino: Bollati Boringhieri, 1995, p. 393.

²²⁹ VILLA, R. **Il deviante e suoi segni.** Lombroso, e la nascita de'llantropologia criminale. Milano: Franco Angeli, 1985, p. 158.

²³⁰ MORSELLI, E. **Semeiotica delle malattie mentali.** Milano: Vallardi, 1885-1889, p. 45-46.

²³¹ FRIGESSI, D. La scienza della devianza. In: : FRIFESSI, D. GIACANELLI, F. MANGONI, L. (a cura di). **Cesare Lombroso. Delitto, Genio, Follia: Scritti scelti.** Torino: Bollati Boringhieri, 1995, p. 348.

teoria do atavismo) aparece no *Archivio di psichiatria, scienze penali ed antropologia criminale per servire allo studio dell'uomo delinquente*, em 1881²³², no qual Lombroso analisa o caso de uma mulher ladra e prostituta e enquadra-o na hipótese da “loucura moral”. Como expõe Renzo Villa:

La follia morale era già presente nel dibattito psichiatrico italiano, e in ogni caso ben conosciuta da Lombroso, che aveva letto in originale gli autori inglesi e francesi che ne trattavano. Se egli la usa dopo la seconda edizione dell'Uomo delinquente è perché da un lato vede criticata da troppe parti l'ipotesi atavico-antropologica, dall'altra cerca di ricondurre ad essa comportamenti apparentemente non atavistici, ponendo una nozione intermedia tra il normale ed il regressivo. In altri termini Lombroso ha bisogno di spiegare alcuni episodi di criminalità e soprattutto di devianza e per mantenere ancora l'ipotesi dell'atavismo deve trovare uno spazio che non sia direttamente collegato a questo, ma che indirettamente lo riproponga come causa ultima, più remota, che appunto agisce in ultima istanza.²³³

A utilização do conceito “louco moral”, em resposta às observações de Mantegazza e Morselli, busca associar os processos morbosos à teoria do atavismo. Com ela Lombroso tenta salvar sua hipótese atávica embora alargue o conceito (de loucura moral) incluindo nela casos como prostituição, vagabundos, matóides, enfim, todo tipo de desvio da ordem social.

Este conceito de loucura moral, então, acaba englobando todas as formas de desvio e recusa da ordem social. Resolve a multiplicidade de termos da psiquiatria nosográfica (loucura lúcida, mania sem delírio, loucura de ação) e consegue ser mais amplo que o atavismo.

O louco moral²³⁴ corresponde àquele que não tem sensibilidade moral alguma; não é um louco comum. O senso moral é uma das faculdades mais suscetíveis de serem moldadas pelo ambiente social/moral. Forma-se gradativamente nas crianças, que a princípio são como os selvagens e os criminosos, privados de qualquer previdência moral. A loucura moral forma-se no fim da infância, quando não há qualquer limite ou controle, por meio da educação, destas tendências naturais ao crime.

²³² VILLA, R. **Il deviante e suoi segni**. Lombroso, e la nascita de'llantropologia criminale. Milano: Franco Angeli, 1985, p. 165.

²³³ *Ibidem*, p. 167.

²³⁴ Segundo Renzo Villa há duas fases na difusão deste conceito na tradição psiquiátrica: uma que corresponde à tentativa de definição dos sintomas da mania sem delírio, no âmbito francês; e outra que tenta individualizar zonas intermediárias entre normalidade e loucura, distúrbios de caráter psicótico que não se exprimem em síndromes definidas, própria da psiquiatria anglo-saxã. (*Ibidem*, p. 165).

A anomalia no caráter, que no adulto constitui a delinquência, na criança existe em função de causas hereditárias, mas podem não se manifestar em função de uma boa educação. Recomenda, então, Lombroso a necessidade de uma educação não apenas em termos de instrução teórica, mas associada a uma convivência em meio a pessoas honestas. Por conta de uma má educação, mesmo aqueles que não têm uma especial tendência ao crime, podem desenvolver um estado patológico:

Questo stato patologico si fa col tempo abituale, insomma, anche quando l'individuo non avrebbe avuto delle speciale tendenze al delitto, quando no sarebbe stato che un uomo come tutti gli altri, ma più facilmente, poi, si lo spingono latenti influenze ereditarie (...) E da questa perversita affettività, da questo odio eccessivo e fin senza causa, da questa mancanza od insufficienza dei freni, da queste tendenze ereditarie molteplici, deriva la irresistibilità degli atti dei pazzi morali, come dei rei-nati (...) Il fondo è sempre nevropatico; è sempre un arresto di sviluppo di alcune facoltà che permangono allo stato infantile e come nell'infanzia si traducono subito in azione, senza che vi possa il freno dell'intelletto e la previdenza di possibili disgrazie, e il ribrezzo dell'offeso senso morale.²³⁵

Segundo Lombroso grande parte dos criminosos não tinha tendências criminosas especiais, mas por uma má educação, não consegue superar a criminalidade fisiológica típica da etapa da infância para uma vida média, honesta, perseverando e piorando as tendências primitivas em direção ao mal.

È da questo lato, lo ripetiamo, che spiccano i pretesi miracoli dell'educazione, non perché questa trasformi il delinquente-nato in un galantuomo, ma perché impedisce che il delinquente infantile, fisiologico, diventi un delinquente abituale, patologico.²³⁶

Mas Lombroso vai além. Afirma que o louco moral é o gênero do qual o delito é a espécie²³⁷ (uma das provas indiretas para Lombroso de que a loucura moral e a delinquência se identificam é o fato estatístico da presença daquela no cárcere e não nos manicômios). Na quarta edição de *O homem delinquente*, 1889, conclui Lombroso que os réus natos e os loucos morais são uma única e mesma

²³⁵ LOMBROSO, C. . L'uommo delinquente (1884). In: FRIFESSI, D. GIACANELLI. F, MANGONI. L. (a cura di). **Cesare Lombroso. Delitto, Genio, Follia**: Scritti scelti. Torino: Bollati Boringhieri, 1995, p. 556-558.

²³⁶ LOMBROSO, C. . L'uommo delinquente (1889). In: FRIFESSI, D. GIACANELLI. F, MANGONI. L. (a cura di). **Cesare Lombroso. Delitto, Genio, Follia**: Scritti scelti. Torino: Bollati Boringhieri, 1995, p. 599.

²³⁷ LOMBROSO, C. . *Op. cit.*, p. 555.

coisa – o delinquente é moralmente louco por uma carência/má formação da psique.
– a loucura moral é um dos sintomas do problema biológico do delinquente.

A analogia e identidade entre ambos põe fim a um eterno debate entre juristas, psiquiatras e moralistas, no qual na verdade todos tinham razão, pois ao diagnosticarem um louco moral, estava-se diante ao mesmo tempo de um criminoso-nato.

E così si completa e si corregge la teoria dell'atavismo del crimine, coll'aggiunta della mala nutrizione cerebrale, della cattiva conduzione nervosa; s'aggiunge, insomma, il morbo alla mostruosità; come avevano intraveduto, partendo dalla pura ma geniale induzione, Sergi (...) e Bonvecchiato.²³⁸

Com esta identidade unem-se doente e monstro – “morbo e mostruosità” – louco moral e criminoso-nato, os dois lados de uma mesma moeda. Em resposta às críticas de Gabriel Tarde, Lombroso defende-se afirmando que não se trata de uma loucura comum; a loucura moral corresponde a uma deficiência no modo ético de ser do sujeito, e é este aspecto que na verdade o equipara ao criminoso (atávico) e ao selvagem, ou seja, a ausência de senso moral.

Uma figura que consegue unir ambos, segundo Lombroso, é o delinquente epiléptico – este funde em si a enfermidade (fenômenos morbosos) e o atavismo e é justamente nela que Lombroso entende revelar-se a identidade entre louco moral e criminoso-nato. Na verdade ele corresponde a uma exageração da loucura moral; esta e a criminalidade nata, na verdade são formas especiais, variáveis da epilepsia.²³⁹

Tanto o conceito de atavismo de Lombroso quanto o uso generalizante de loucura moral detêm uma faceta antropológica e outra metafórica. Embora Lombroso desse destaque aos fatores morfológicos e orgânicos do atavismo, esta ideia estendeu seu significado a parir de outros pensadores, como Guglielmo Ferrero, para quem o atavismo identifica-se no espírito de insubordinação contra a lei do trabalho, que caracteriza, por sua vez, a psicologia do criminoso. No caso da loucura moral, entre as décadas de 70 e 80 o termo adquire diversos significados em face do

²³⁸ LOMBROSO, C. . L'uommo delinquente (1889). In: FRIFESSI, D. GIACANELLI. F, MANGONI. L. (a cura di). **Cesare Lombroso. Delitto, Genio, Follia**: Scritti scelti. Torino: Bollati Boringhieri, 1995, p. 559.

²³⁹ LOMBROSO, C. . L'uommo delinquente (1884). In: FRIFESSI, D. GIACANELLI. F, MANGONI. L. (a cura di). **Cesare Lombroso. Delitto, Genio, Follia**: Scritti scelti. Torino: Bollati Boringhieri, 1995, p. 570.

alarme social difuso no combate à criminalidade, prostituição, periculosidade das classes subalternas – a categoria moral aparece fundada sobre uma base médica, adquirindo desta a forma de classificação/distinção normal/morbo. Trata-se, portanto, de uma “interpretazione che valorizza l’opera di selezione e di ‘addomesticamenti’, compiuta attraverso la rivoluzione industriale dai nuovi modi di produzione e che trova consenziente Lombroso”.²⁴⁰

Processo de psiquiatrização/medicalização do desvio – típico do século XIX, em que Lombroso adquire espaço significativo, por condensar e sistematizar as ideias da época. Renzo Villa afirma que a obra de Lombroso pode ser considerada, em termos foucaultianos, como um dispositivo de tipo ideológico no sentido de “(...) un meccanismo che viene proposto e in parte usato all’interno di processi più generali di controllo sociale, i quali non passano necessariamente attraverso le agenzie specifiche, quali la magistratura”.²⁴¹

A Criminologia, como Antropologia Criminal (estudo do homem criminoso), nasce da mente de um médico, psiquiatra, que concebe o crime como um sintoma de uma doença/anormalidade, sendo o criminoso alguém que deve ser tratado/curado e não punido, uma vez que esta não se justifica, na medida em que nada pode se fazer contra a determinação biológica do sujeito. Trata-se da invasão da biologia e sua lógica própria como ciência no universo jurídico.

Este ilustre italiano refletia a intelectualidade da época. Dessa forma, não apenas condensa os termos e modelos da psiquiatria, como se analisou, mas assume a relação medicina e sociedade que também marcava aquele período - interferir na realidade para alterá-la: a racionalidade médica estava inserida neste contexto que se traduzia na ânsia em produzir saberes sobre o corpo para medi-lo, controlá-lo, educá-lo e identificar as relações entre homem e ambiente, estabelecendo, assim, a norma e o desvio. Trata-se da medicina que se vincula à sociedade, não mais apenas ao indivíduo doente, e do médico que cura o social e torna-se agente do Estado, apto a ler e intervir na realidade sanitária da nação e

Lombroso è un protagonista di primo piano delle vicende di questa nuova categoria di tecnici, e come medico percorre tutto il suo iter scientifico e ideologico. Osserva la realtà con sguardo eminentemente clinico, la studia e

²⁴⁰ FRIGESSI, D. La scienza della devianza. In: FRIFESSI, D. GIACANELLI, F, MANGONI, L. (a cura di). **Cesare Lombroso. Delitto, Genio, Follia: Scritti scelti**. Torino: Bollati Boringhieri, 1995, p. 349.

²⁴¹ VILLA, R. **Il deviante e suoi segni**. Lombroso, e la nascita de'llantropologia criminale. Milano: Franco Angeli, 1985, p. 270.

la classifica con un esercizio di 'diagnosi' differenziale, propone 'terapie' e 'prevenzione' per tutti i diversi problemi che affronta.²⁴²

Para Lombroso a principal função do médico não é a cura, mas a prevenção. Esta perpassava a intervenção no ambiente (em Lombroso, sobretudo, nestes ambientes institucionais, como os manicômios), pois é determinado por este a causa de muitas doenças – antes de intervir para curar, intervir para prevenir. Nesse sentido, arquitetura e higiene devem trabalhar juntas.

O que marca Lombroso em seu percurso acadêmico e político é então a preocupação em gerir os riscos sociais da Itália que então se estruturava - tratava-se portanto de defender a sociedade. Para manter a sociedade em um padrão de normalidade seguro à harmônica convivência social, dois focos centrais de combate interessam, como se viu, a Lombroso: a loucura e a criminalidade. Ele então passa a elaborar uma verdadeira “ciência do desvio” conectada com as principais instituições de controle social: manicômios e penitenciárias. Como afirma Delia Frigessi, o desvio é o centro da atenção de Lombroso, ou seja, todo comportamento disfuncional e desviante com relação às regras do sistema. E a centralidade de seu pensamento decorre exatamente deste fato.

Identificar os sinais do desvio, dos comportamentos que extrapolam a norma, segundo Renzo Villa, era uma espécie de sintoma do mal estar e dos problemas da sociedade do século XIX.²⁴³ Um mal estar que se traduz no inconfessado e inconfessável medo do indivíduo e sua liberdade e que produz uma sociedade moderna obcecada em construir sujeitos calculáveis, reguláveis e sem espaço para a diversidade – a segurança está na uniformidade e esta corresponde à normalidade.²⁴⁴

Pode-se afirmar então que a teoria de Lombroso refletia aquilo que a sociedade e a cultura do século XIX elegeram como diferente, desviante, anormal e perigoso.²⁴⁵ E se o seu foco se volta ao criminoso é porque a criminalidade torna-se um problema central naquele momento histórico, uma criminalidade que adquire novos contornos acompanhando as mudanças da sociedade.

²⁴² GIACANELLI, F. Introduzione. In: FRIFESSI, D. GIACANELLI, F, MANGONI, L. (a cura di). **Cesare Lombroso. Delitto, Genio, Follia**: Scritti scelti. Torino: Bollati Boringhieri, 1995, p. 9.

²⁴³ VILLA, R. **Il deviante e suoi segni**. Lombroso, e la nascita de'llantropologia criminale. Milano: Franco Angeli, 1985, p. 8.

²⁴⁴ DALBRENTA, D. V. **La scienza inquieta**: saggio sull'Antropologia Criminale di Cesare Lombroso. Cedam: Padova, 2004, p. 169.

²⁴⁵ VILLA, R. *Op. cit.*, p. 35.

Os criminosos se tornam objeto de estudo e indivíduo/objeto de intervenção pedagógica e educativa.

Por isso tanto interesse²⁴⁶ nas ideias de Lombroso e na sua Antropologia Criminal, por parte dos alienistas, advogados e magistrados – de Lombroso poderia se dar o passo para fazer a ciência penal adentrar na sociologia e extrapolar a teoria e indagar-se sobre problemas concretos, como a questão carcerária. Lombroso era a chave para conjugar as disciplinas em destaque na época que se apresentavam em auxílio e complementação da ciência e do direito penal: antropologia, medicina legal, disciplina carcerária:

Lombroso offriva infatti qualcosa di non secondario ai penalisti: col suo collocare al centro dell'attenzione il reo e non il reato, egli contribuiva a dare nuova rilevanza a quel mondo carcerario al quale i penalisti italiani postunitari avevano dedicato per lo più una riflessione più teorica che concreta (...) tra le discipline carcerarie che si affermava la tendenza a porre il colpevole, il carcerario al centro dell'attenzione e che se l'uomo delinquente aveva come specificazione in rapporto alla antropologia, alla medicina legale ed alle discipline carcerarie, anche la 'Rivista di discipline carcerarie' precisava nella sua intestazione sin dal 1871 'in relazione con l'antropologia, col diritto penale, con la statistica': come si vede, quasi un intercambio.²⁴⁷

Além de alienistas e advogados, Lombroso chamava a atenção de pessoas que efetivamente trabalhavam no campo penitenciário. Isto fica evidente no Congresso Penitenciário Internacional de Stocolmo em 1878, constituído não apenas por renomados penalistas, mas por um público de profissionais responsáveis pela administração carcerária e interessados nas ideias de Lombroso sobre classificação que refletiam nas questões sobre reincidência, cárcere celular e propostas de colônias penais.²⁴⁸

A antropologia criminal coloca-se no encontro entre corpo e mente: “(...) il corpo misurato e differenziato dei medici antropologi, la mente malata e differente dei medici psichiatri (...)”²⁴⁹ e nos limites entre a medicina e o direito; ganha destaque pelo investimento feito por juristas dos anos 80, adeptos da escola positiva, e pela

²⁴⁶ Este interesse não ocorre apenas no meio acadêmico, mas se propaga no âmbito da literatura (Balzac, Dickens, Dostoiewski), do jornal, da cultura quotidiana.

²⁴⁷ MANGONI, L. Eziologia di una nazione. Introduzione. In: FRIFESSI, D. GIACANELLI, F., MANGONI, L. (a cura di). **Cesare Lombroso. Delitto, Genio, Follia**: Scritti scelti. Torino: Bollati Boringhieri, 1995, p. 693-694.

²⁴⁸ *Ibidem*, p. 691, 696-697.

²⁴⁹ VILLA, R. **Il deviante e suoi segni**. Lombroso, e la nascita de'llantropologia criminale. Milano: Franco Angeli, 1985, p. 48.

luta dos psiquiatras em adquirir autonomia e um espaço profissional nos mecanismos de controle social.²⁵⁰ Reformar a sociedade, libertando-a dos indivíduos indesejáveis não é apenas função do direito (penal), mas também da medicina (social e psiquiátrica). A Antropologia Criminal vai tentar se inserir onde o papel de um se sobrepõe ao do outro – o juiz pune, mas é o médico que deve dizer quem pode ser punido. Nas palavras de Lombroso:

A quelli che vi dichiarano (Fanfulla): 'Un grande delitto fu commesso: dunque deve essere punito'; e che pensano l'enormità del delitto non doversi così attenuare dalla psichiatria, non abbiamo altro da rispondere: 'Noi facciamo il nostro mestiere, voi fare il vostro. Volete condannare, volete tornare anche alla tortura? E fatelo senza badare a noi, ma senza voler che torciamo i fatti per vostro comodo.'²⁵¹

Lombroso buscava inserir a medicina no direito com a proposta de oferecer objetividade à prática penal, com critérios de verificação, mensuração, comparação. Como afirma Monica Stronati,

Una proposta che non può non affascinare la penalistica ottocentesca intenta a tradurre l'eguaglianza formale e astratta in giustizia nel caso particolare: dalle azione criminali giuridicamente omogenee, alla moltiplicazione in concreto nelle individualità degli agenti.²⁵²

Lombroso defendia que o juiz fosse não apenas auxiliado por profissionais técnicos, cientificamente treinados para identificar os sinais do desvio, mas que ele próprio deveria desenvolver esta aptidão, possível pelo estudo da antropologia criminal – trata-se da tentativa de se transformar o juiz em um homem de ciência . Como afirma Renzo Villa, “questa posizione, per cui il giudice ha bisogno del medico

²⁵⁰ FRIGESSI, D. La scienza della devianza. In: FRIFESSI, D. GIACANELLI, F, MANGONI, L. (a cura di). **Cesare Lombroso. Delitto, Genio, Follia: Scritti scelti.** Torino: Bollati Boringhieri, 1995, p. 356. Nos anos 30, como aponta Renzo Villa, começa-se a trabalhar a questão da responsabilidade do delinquente: 1833 James Cowles Prichard publica *Treatise on insanity*, em que trabalha a categoria de “loucura moral”, ou seja, ausência de senso moral insirido no âmbito das deficiências psicopatológicas; na França, também nos anos 30, nos *Annales d'Hygiène Publique et de Médecine Legale*, é publicado o trabalho de Marc, *De la Folie, considérée dans ses rapports avec les questions médico-judiciaires*, que trata sobre a clínica da alienação mental trazendo à tona questões jurídicas.

²⁵¹ LOMBROSO, C. l'ummo di genio (1895). In: FRIFESSI, D. GIACANELLI, F, MANGONI, L. (a cura di). **Cesare Lombroso. Delitto, Genio, Follia: Scritti scelti.** Torino: Bollati Boringhieri, 1995, p. 668.

²⁵² STRONATI, M. Il brigante tra Antropologia e Ordine Giuridico: alle origini di un'icona dell'uomo criminale nel XIX. **Quaderini Fiorentini**, v. XXXVIII, p. 956, 2009.

e il medico si affida al giurista per quanto riguarda l'ordine concettuale delle sanzioni, appare un meccanismo che caratterizza tuttora la criminologia".²⁵³

A chave interpretativa da época foi a biologização do social – e o conceito de atavismo é emblemático, na medida em que o delinquente é tal por uma questão congênita, orgânica, hereditária; o delito é efeito direto das condições do organismo que se manifesta nos traços físicos e psicológicos reconhecíveis. Evidencia-se, então, a carga ideológica desta teoria, usada pela classe dirigente política, na medida em que rotulava-se causa (biológica) o que era resultado do drama (social) da época.

O peso ideológico está justamente na contradição do fato de se combater problemas sociais, individualizando a sua causa, ou seja, direcionando a fonte destes problemas no indivíduo, mais precisamente em sua constituição físico-orgânica.

Esta biologização do social e a invasão desta perspectiva no direito penal (por meio da antropologia criminal) vinculou-se a uma teoria da defesa social, que passa a se afirmar como fundamento do direito penal e que por sua vez é fundamentada por um discurso que se autointitulava científico e porque mais próximo da biologia e da medicina, afirmava-se neutro política e ideologicamente, permitindo a eliminação (defesa da pena de morte por parte dos integrantes da escola positiva, como Garofalo) daqueles que eram classificados pela ciência como anormais, coincidentemente os mesmos que a sociedade burguesa temia e repelia.

Entre 1876-1886 se articula e se completa o nascimento da Antropologia Criminal como disciplina – da primeira edição de *O Homem delinquente* ao I Congresso Internacional de Antropologia Criminal (1885) e dela forma-se a Escola Positiva do Direito Penal. Mas do seu processo de formação, já em meados da década de 80, pode-se perceber a crise que a afeta no Código Penal de Zanardelli (eminentemente liberal em que as ideias centrais da antropologia criminal lombrosiana foram recusadas), no II Congresso Internacional de Antropologia Criminal em Paris (1889), no distanciamento da Revista "La scuola Positiva" das ideias de Lombroso, que refletem a crise da leitura médica do corpo do criminoso.

Para compreender melhor como se forma esta Escola Positiva a partir de Lombroso, analisaremos Ferri e Garofalo, que foram os juristas tidos como

²⁵³ VILLA, R. **Il deviante e suoi segni**. Lombroso, e la nascita de'llantropologia criminale. Milano: Franco Angeli, 1985, p. 161.

iniciadores da aplicação dos principais fundamentos da antropologia criminal no âmbito da ciência e do direito penal.

2.5.2.3 Enrico Ferri e a Sociologia Criminal

Uma das figuras mais eminentes da Escola Positiva foi o jurista Enrico Ferri.²⁵⁴ Um dos responsáveis pela reelaboração do direito penal a partir dos estudos da Antropologia Criminal, vai além de Lombroso, superando algumas limitações do que considerava uma concepção eminentemente biológica e determinista do criminoso e desenvolvendo o que chamou Sociologia Criminal, a partir da qual coloca ênfase nos aspectos sociais que interferem na criminalidade. Trilhou caminho próprio e marcado por um profundo ecletismo. Em sua obra pode-se identificar influências da antropologia criminal lombrosiana, do organicismo, evolucionismo, darwinismo. É um pensador, sobretudo, estratégico, pois adapta as teorias às conveniências do momento político e de sua atuação como jurista. Seu talento na arte de argumentar lhe garante navegar pelas mais diversas teorias, encontrando, de acordo com a tese que busca defender, analogias, semelhanças, conexões onde elas não necessariamente existam. Todavia, qualquer incoerência em seu pensamento não foi impasse para que Ferri tivesse sido um dos grandes marcos do pensamento penal na passagem do século XIX para o século XX.

Ferri se contrapõe à ênfase psicológica de Garófalo e antropológica de Lombroso, bem como ao racionalismo da “escola clássica”. Nenhum destes três

²⁵⁴ 1856 – nasceu em 25 de fevereiro em San Benedetto Po (Mantova) – Tese de Laurea de Enrico Ferri: *La teorica dell'imputabilità e la negazione del libero arbitrio*; 1880 – chamado para professor de direito penal na Universidade de Bolonha; 1882-1886 – professor da Universidade de Siena; 1884 – “Sociologia Criminal”; 1886 – eleito deputado no Parlamento; 1890 – reeleito deputado; 1892 – sucede Carrara em Pisa; 1893 – adere ao Partido Socialista (1894 é retirado de Pisa); 1894 – Publica *Socialismo e scienza positiva. Darwin, Spencer e Marx*; 1898 – assume a direção de *Avanti*; 1906 – comemoração de 25 anos de ensino universitário, celebrada com uma Aula Magna na Universidade de Roma, com a publicação de vários escritos de estudiosos de todo mundo; 1908 – deixa a direção do *Avanti*, profere um ciclo de conferências na América do Sul (publicadas posteriormente com o nome *Le conferenze di Enrico Ferri nella Repubblica Argentina*), para onde foi convidado novamente em 1910; 1908-1915 – começa o declínio de sua influência no Partido Socialista italiano; 1912 – fundou em Roma a Scuola di applicazione giuridico-criminale; 1919 – nominado presidente da Comissão real para a reforma das leis penais e em 1921 de novo como deputado apresenta um Projeto de Código Penal italiano acompanhado de sua Relação – ambos traduzidos em várias línguas e influenciaram a legislação e a ciência de vários países; 1928 – publica *Principii di diritto criminale*; 1929 – nomeado Senador do Reino; em 12 de abril morre em Roma.

extremos, mas sim, Sociologia Criminal²⁵⁵: o crime deve ser analisado em relação ao todo da vida e da realidade, tendo em vista os fatores múltiplos que influenciam uma ação humana e, especificamente, delituosa:

(...) così ora la sociologia criminale viene a compiere la sua opera di equilibrio vitale fra le due correnti esagerate, che il delitto stia tutto nell'individuo, o tutto, direttamente e indirettamente, nella società, e pone innanzi le sue osservazioni di fatto, pazienti, positive, scientifiche, sui vari fattori del delitto(...) il delitto ha dei fattori individuali e dei fattori sociali, ma nota che ha anche dei fattori fisici o cosmici (...) tutte tre queste categorie di fattori concorrono, in una rete indissolubile, a produrre il delitto (...).²⁵⁶

O crime, segundo Ferri, deve ser analisado primeiramente como fenômeno natural e depois como fenômeno jurídico.

Segundo o jurista, a Escola Positiva não corresponde a uma novidade absoluta, mas à aplicação do método positivista experimental, ou seja, método científico, ao estudo do fenômeno criminoso.²⁵⁷ Ferri destacava a diferença entre as duas escolas (Positiva, a nova escola que parte das premissas da antropologia criminal, e Clássica, a qual englobava de Beccaria a Carrara e seus seguidores) justamente a partir do método de estudo do crime:

Deduttivo, di logica astratta, per la scuola classica – induttivo e di osservazione dei fatti, per la scuola positiva: quella avente per obbietto 'il delitto' come entità giuridica, questa invece il 'delinquente' come persona rivelatasi più o meno socialmente pericolosa col delitto commesso.²⁵⁸

O crime passa a ser explicado a partir do critério da causalidade e o foco no estudo da criminalidade não será o crime, definido como tal pela lei, mas sim o

²⁵⁵ BISI, R. **Enrico Ferri e gli studi sulla criminalità**. Milano: FrancoAngeli, 2004, p. 14.

²⁵⁶ FERRI, E. **Sociologia Criminale**. Milano: Feltrinelli, 1979, p. 81. Contestando os socialistas que absolutizavam as causas sociais do delito, questiona: "(...) e come va che per esempio sopra 100 operai o contadini, tutti soggetti a questo ambiente sociale 'iniquo', soltanto una minima minoranza risponde a questi fattori sociale col delitto, mentre l'immensa maggioranza risponde con un lavoro eccessivo, lo riconosciamo, ma onesto? O coll'elemosina anziché col furto? O col suicidio anziché coll'omicidio?" (*Ibidem*, p. 86).

²⁵⁷ Respondendo às críticas que se dirigiam à escola positiva, de autores que Ferri enquadrava na escola clássica, sustenta: "Parliamo due lingue diverse; per noi il metodo sperimentale è la chiave di tutte le scienze, per loro tutto proviene dalla deduzione logica e dalle opinioni tradizionali. Per essi i fatti debbono cedere ai sillogismi; per noi il fatto è l'unico sovrano e non si può ragionare se non partendo dai fatti. Per loro la scienza non ha bisogno che di carte, pena e calamaio e il resto viene dal loro cervello (...) Per noi la scienza non si fa senza passare lungo tempo a esaminare i fatti, uno per uno, a confrontarli, avagliarli, ridurli a una espressione comune, estraendone il succo ideale. Per loro un sillogismo o un aneddoto basta ad annientare una miriade di fatti raccolti in parecchi anni di osservazioni e di calcoli; per noi... è tutto l'inverso." (FERRI, E. Polemica in difesa della scuola criminale positiva. In: _____. **Studi sulla criminalità**, . Milano: FrancoAngeli, 2004, p. 176).

²⁵⁸ FERRI, E. **Principii di diritto criminale**. Torino: Utet, 1928, p. 44.

criminoso – antes de se analisar a entidade jurídica do delito, deve-se estudar o homem, em seus aspectos internos (orgânicos e psíquicos), bem como externos (o ambiente físico e social em que vive e opera), pois “(...) il delitto senza un delinquente che lo commetta non è neppur pensabile; mentre è possibile in senso biologico-sociale, se non giuridico, un delinquente (...) che non abbia commesso delitti.”²⁵⁹ O delito nesta ótica corresponde a um sintoma da personalidade do delinquente, mais ou menos perigosa e antissocial. E para identificá-la não basta a aplicação das leis penais, deve-se buscar uma intensa interdisciplinariedade.

Na época do autor, o estudo da criminologia se dividia em duas vertentes: a que compreendia a criminalidade como um fenômeno da normalidade social (Durkheim) e os que a concebiam como uma anomalia social. Ambos tinham em comum o primado dos fatores sociais no estudo do crime e a crítica ao sistema metafísico.

Ferri concebe o delito como uma anomalia social; e o delinquente, por sua vez, como um homem anormal, correspondendo a uma classe especial de indivíduos, uma variedade de ser humano caracterizado por anomalias, de caráter orgânico e psíquico (portanto, morfológicamente e psicologicamente diversos), hereditários e adquiridos.

O delito é ainda um fenômeno necessariamente social – só existe em sociedade e na relação entre homens – mas corresponde a uma manifestação patológica, anormal, contrária às condições de convivência. Ainda, para Ferri, corresponde a um fenômeno causado por múltiplos fatores de natureza antropológico-biológica (constituição orgânica), psicológica (constituição psíquica, inteligência e sentimentos), física (temperatura, condições meteorológicas, clima, solo, estações do ano), social (religião, costumes, educação, família, situação econômica, densidade populacional) – varia de acordo, portanto, com as circunstâncias externas (ambientais) e internas (temperamento do indivíduo – base fisio-psíquica, parte hereditária e parte adquirida, que determina no homem sua personalidade).

Sendo o comportamento humano efeito de uma multiplicidade de fatores, decorrente da relação entre indivíduo (suas características biológicas, psicológicas) e ambiente, Ferri admite uma variabilidade que relativiza o determinismo

²⁵⁹ FERRI, E. **Sociologia Criminale**. 4 ed. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1900, p. 479.

antropológico de Lombroso. Ferri reage às críticas à Escola Positiva de que esta se reduz a estudar o delito como fenômeno biológico – justifica que isto foi um equívoco gerado por conta da grande difusão do livro de Lombroso, que era médico e antropólogo e, portanto, priorizava esta perspectiva de análise.

O que para Ferri se traduzia na noção de delinquente nato era uma espécie de criminalidade determinada por razões hereditárias e congênitas (de origem biológica, portanto), um “tipo criminoso” que detém um número maior de anomalias degenerativas ou patológicas que um indivíduo não criminoso da mesma classe social e mesma origem étnica, mas que dependendo das circunstâncias ambientais e sociais não necessariamente tenderiam a se manifestar – trata-se, portanto, apenas de uma predisposição. Assim, em Ferri, não se absolutiza a perspectiva antropológica (as causas do crime não se limitam às características físicas e psicológicas), na medida em que sempre os fatores social e ambiental têm uma influência significativa.

A chave de abertura para uma perspectiva mais ampla que a biológico-antropológica Ferri encontra especialmente no tipo criminoso “de ocasião”, o qual segundo sua classificação corresponde àquele que comete crime em função essencialmente de causas ambientais e sociais. Para Ferri, na verdade, existem tipos de delinquentes em que as causas individuais operam com mais intensidade (natos e loucos) e aqueles em que são as causas sociais e físicas a causarem maior interferência. Ferri identifica, na verdade, cinco tipos de delinquentes: loucos, natos, habituais, de ocasião, de paixão, para os quais deve-se aplicar diferentes medidas – prevenção, reparação, repressão, eliminação. Assim, conforme a classificação tem-se um tipo de resposta penal.

Ferri identifica que uma das consequências mais significativas decorrentes dos dados da antropologia e da estatística sobre delitos e delinquentes corresponde à nova forma de se considerar a responsabilidade. O jurista italiano nega a ideia de livre arbítrio e refuta a fundamentação do direito de punir em algo que considera tão impreciso, ilusório e mesmo desconstruído pela fisio-psicologia positiva.²⁶⁰ Para Ferri

²⁶⁰ Sobre o livre arbítrio Ferri afirma: “(...) quando noi conosciamo tutte le cause, che producono un dato effetto, diciamo che questo è prodotto necessariamente; e per converso, quando non conosciamo tutte le cagioni onde provenne, riteniamo sia capriccioso ed arbitrario l’effetto veduto, riteniamo cioè che esso non abbia cause proprie. Avviene così per il libero arbitrio umano: noi vediamo l’effetto della nostra volontà, ma non conoscendo né avertendo tutti i motivi (...) diciamo che questa è arbitraria, che non dipende da causa alcuna, che insomma essa è libera. Ecco la illusione per la quale noi crediamo di essere liberi nelle nostre volizioni, crediamo che vi possa essere un

a vontade individual humana está completamente sujeita a influências naturais de ordem moral, psicológica ou puramente física, proveniente do ambiente físico e social.

Em sua concepção, muito mais do que movido pela razão, o homem é movido pelos sentimentos: “(...) malgrado l’apparente influenza delle idee od opinioni sull’attività individuale, la verità è, invece, che *l’uomo opera come sente e non come pensa*.”²⁶¹ Para o autor, ainda, não existe “a” vontade, mas atos volitivos pelo homem realizados.²⁶² A deliberação volitiva não é a causa do movimento – este se realiza não por um comando volitivo, mas por um processo de transformação das forças físicas e fisiopsicológicas.²⁶³ Esta corresponde à explicação positiva e científica da vontade humana que serve para refutar as ideias do espiritualismo – a vontade é, assim, resultado de um processo orgânico.

Não há liberdade (negação do livre arbítrio), portanto, não existe responsabilidade moral.²⁶⁴ Mas, se crime houve, deve haver uma sanção – trata-se da lei de ação-reação. “(...) poiché nell’universo tutto è regolato da un insieme inesorabile di azioni e di reazioni corrispondenti, l’uomo trovandosi all’apice dell’universo, è soggetto alle leggi degli ordini naturali inferiori e alle sanzioni derivante da un ordine più elevato, precisamente quello sociale.”²⁶⁵

O homem é responsável por suas ações pelo simples fato de viver em sociedade, portanto, à responsabilidade moral se substitui a social: “I due poli inseparabili, entro cui spazia ogni scienza sociale come riflesso della vita, sono l’individuo e la società: negata adunque la ragione della responsabilità nell’individuo, non rimane che trasportarla nella società.”²⁶⁶ O indivíduo não existe em si mesmo, mas apenas como membro da sociedade, assim como a célula, o tecido, o órgão no copro animal não tem existência biológica senão como parte de um agregado

effetto senza causa, che la nostra volontà possa determinarsi da sé stessa e non necessariamente da cagioni ad essa estrinseche”. (FERRI, E. **Teoria dell’imputabilità e negazione del libero arbitrio**. Bologna: Nicola Zanichelli, 1881, p. 39-40).

²⁶¹ FERRI, E. **Sociologia Criminale**. 4 ed. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1900, p. 475.

²⁶² *Ibidem*, p. 478.

²⁶³ *Idem*.

²⁶⁴ “Dopo le odierne osservazioni sull’influenza dell’eredità organica e psichica nell’individuo e della solidarietà fra ciascun uomo e le generazioni precedenti e l’ambiente in cui vive; dopo le odierne osservazioni sull’avvicinarsi ed il serpeggiare misterioso della pazzia, del suicidio, dell’alcoolismo, del delitto massime in quelle famiglie disgraziate che danno vita ad una gran parte dei malfattori, qual giudice mai potrà avere la pretesa di calcolare, nemmeno approssimativamente, la libertà e quindi la colpeabilità morale di un delinquente?” (FERRI, E. *Op. cit.*, p. 493).

²⁶⁵ BISI, R. **Enrico Ferri e gli studi sulla criminalità**. Milano: Franco Angeli, 2004, p. 104.

²⁶⁶ FERRI, E. *Op. cit.*, p. 582.

(referencial organicista). Se o delinquente não é imputável moralmente, é legalmente e esta responsabilização se justifica em nome da defesa social.²⁶⁷

Assim, de todos os critérios o mais evidente, objetivo e efetivo para fundamentar a responsabilidade humana é a necessidade de defesa social contra os autores de fatos antissociais, sejam estes reflexos do autor ou não, seja este semelhante aos seus compatriotas ou não.²⁶⁸ Assim,

(...) il delitto non è più concepito come il fiat del libero arbitrio, ma è il prodotto ed il sintoma patologico di anormalità individuali e sociale, tutti gli autori di delitti, pazzi e non pazzi, sono moralmente irresponsabili, per quanto tutti debbano rispondere di fronte alla società del fatto antisociale compiuto. Quindi nessuna distinzione fra moralmente responsabili ed irresponsabili, fra pene e misure di sicurezza: ma forme diverse, per diversi criteri, della stessa funzione di clinica preservativa, come dirà fra poco. Così come nell'ospedale comune o nel manicomio, non si distingue chi sia si ammalato per vizio, per imprudenza o per caso, ma le cure si adattano soltanto alle condizioni dell'ammalato e della malattia.²⁶⁹

Assim como se procede com os doentes e os loucos, deve se proceder com o delinquente – buscar as causas do problema e adaptar os remédios às condições do sujeito e do ambiente.

Nesta lógica a punição se baseia na responsabilidade social. Mas, ao mesmo tempo, a *defesa da sociedade*, fundamento do direito de punir, tem sua raiz no *indivíduo*, autor material de um delito que corresponde ao indício de sua personalidade fisio-psicológica. Não obstante, a esta aparente contradição Ferri responde – a responsabilidade social corresponde à responsabilidade do indivíduo com relação à sociedade.²⁷⁰

Para Ferri, aceitar os princípios da antropologia criminal é afirmar o direito da sociedade proteger-se de tipos perigosos (delinquentes). O direito de punir passa a ser concebido a partir da lógica evolucionista-darwinista, por uma questão de luta pela existência. O delito é visto como

Effetto di anormalità individuale e come sintomo di patologia, che richiede necessariamente l'isolamento degli elementi d'infezione ed il risanamento

²⁶⁷ “Ora che lo Stato, la Società, come organismi viventi, abbiano il diritto alla propria conservazione o meglio soggiacciano alla necessità naturale della propria difesa, come ogni altro essere vivente, e colle sole diversità di forme rispondente alle diversità fra organismo individuale e organismo sociale, è cosa che non ammette nemmeno la possibilità del dubbio.” (FERRI, E. **Sociologia Criminale**. 4 ed. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1900, p. 583).

²⁶⁸ *Ibidem*, p. 665.

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 657.

²⁷⁰ *Ibidem*, p. 597.

dell'ambiente, in cui se ne svolgono i germi (...) con la ipotesi deterministica egli aveva anzi costituito un vero *phármakon* (medicina) contro i travestimenti del problema della libertà che l'indeterminismo classico aveva agevolato.²⁷¹

Curioso perceber, todavia, que em *Sociologia Criminal* Ferri apresenta-se contrário às ideias mais radicais de seleção. Para ele a justiça penal não é apenas de caráter seletivo, tendo a mera função de eliminar os mais fracos, mas, sobretudo, deve exercer uma função de clínica preservativa e de adaptação do indivíduo ao meio. E complementa:

(...) e per altra parte il punto di vista puramente selezionista (darwiniano) deve essere completato, così nell'ordine biologico, come nell'ordine sociale, dal punto di vista di adattamento all'ambiente (lamarchismo); sicché l'influenza dell'ambiente sociale nella patogenesi del delitto deve avere molto peso, quando si tratta sia della sanzione sociale contro il delitto, sia della riadattabilità del condannato alla vita sociale (...) Ad ogni modo la giustizia penale, spogliandosi quindi innanzi di ogni altro carattere, che non sia quello di una funzione di preservazione sociale, deve considerare il delitto come effetto di anormalità individuali e come sintomi di patologia sociale, che richiede necessariamente la segregazione degli individui antisociali, isolando gli elementi d'infezione e risanando l'ambiente, in cui se ne svolgono i germi.²⁷²

Neste sentido, segundo Accattatis, Ferri é prevalentemente um evolucionista e não um darwinista social. O evolucionismo é um filão cultural de fundo também do socialismo na Itália²⁷³. Nele identificam-se Turati, Colajanni e Ferri (mas pode-se identificar, como bem faz Sbriccoli, que alguns autores socialistas vão apresentar

²⁷¹ FERRI, E. Il diritto di punire come funzione sociale, APA, v.III, p.54, 1882. *Apud.* FRIGESSI, D. **Delitto, Genio, Follia Scritti scelti**. Torino: Bollati Boringhieri, 1995, p. 358.

²⁷² FERRI, E. **Sociologia Criminale**. 4 ed. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1900, p. 576-579.

²⁷³ De qualquer maneira, o período dos anos 90 do século XIX na Itália foi marcado pela aderência ao socialismo de muitos intelectuais, inclusive o próprio Cesare Lombroso. Reflexo da crise do Estado italiano que não dava conta das reformas necessárias, o socialismo absorverá inclusive pensadores mais vinculados a um reformismo burguês, efeito segundo Gervasoni da inexistência na Itália de uma bipartição partidária clara entre partido liberal e conservador. Segundo Gervasoni, investigar o porquê desta aderência significativa da intelectualidade da época ao socialismo implica pesquisar na estratificação intelectual daquele período e "nello smontamento del 'campo intellettuale' operato nell'ultimo decennio del secolo, in cui un certo modello di sapere (...) edificato sulla centralità della scienza sociale, tra storia, antropologia e sociologia, si opponeva al sapere universitario tradizionale e umanistico fondato sul binomio retorica-giurisprudenza, produttore di letterati e di giuristi; un modello di sapere, il primo, che generò la figura dello scienziato-esperto la cui pratica, proprio perché avente il 'sociale' come oggetto, lo conduceva all'intervento nella vita pubblica." (GERVASONI, M. "Cultura della degenerazione" tra socialismo e Criminologia alla fine dell'Ottocento in Italia. **Studi Storici**, anno 38, p. 1088-1089, 1997). De qualquer forma inclusive esta abordagem tem suas limitações, pois apenas uma pequena parte da segunda geração de positivistas, em torno de Lombroso, aderiu ao socialismo. Há que se analisar também, portanto, a partir de uma perspectiva de tipo biográfico, ou seja, o percurso pessoal de cada pensador que conduziu a esta escolha política.

também influências do darwinismo social e de caráter racista).²⁷⁴ Para Ferri a evolução conduz ao que previu o socialismo: a prevalecência dos interesses da espécie aos do indivíduo.²⁷⁵

No final do século XIX e início do século XX Ferri assume uma postura socialista e bastante radical, defendendo no Congresso da Segunda Internacional, de Paris, em 1900, a greve geral. Todavia, segundo Accattatis, este radicalismo intransigente de Ferri é feito mais de palavras do que de programas políticos. Mas de qualquer forma, Ferri se torna, a partir de 1904, um dos personagens mais influentes do partido socialista, e tenta conciliar as duas alas do partido – a reformista e a revolucionária.

Em 1902 funda a revista “Il socialismo”. Depois da greve de 1904, Ferri se afasta de Arturo Labriola (corrente sindicalista) e adere cada vez mais a posições moderadas, aliando-se aos reformistas. No pós-guerra adere ao fascismo e torna-se senador. Segundo Accattatis, toda a carreira política de Ferri é marcada por este transformismo.

Ao longo do século XIX, o movimento operário vai gradualmente organizando-se, na Inglaterra, França, Rússia, Itália, Alemanha, na medida em que o capitalismo se afirma, e assume três linhas, segundo Accattatis: 1) linha lassaliana; 2) marxista; 3) anárquica. Na obra *Socialismo e scienza positiva* Ferri procura distinguir as duas últimas, crítico com relação à vertente anárquica, afirma ser algo muito distinto do marxismo, que para ele, era completamente conciliável ao evolucionismo.

Quando Ferri publica esta obra, 1894, é o ano em que Crispi emana a lei contra os socialistas e inaugura-se na Itália os estados de assédio. A repressão se dá de forma generalizada, sem distinção entre marxistas e anarquistas. E Ferri com sua obra, segundo Accattatis, pretende oferecer um refúgio aos socialistas.

Ferri cria a tríade Marx-Darwin-Spencer. Como menciona Georges Haupt, nesta época é frequente a associação entre Marx e Darwin – enquanto este teria

²⁷⁴ ACCATTATIS, V. Introduzione In: FERRI, E. **Sociologia Criminale**. Milano: Feltrinelli, 1979, p. 29.

²⁷⁵ “Quello che il socialista scientifico può affermare ed afferma, con matematica sicurezza, è che l’indirizzo, la traiettoria dell’evoluzione umana è nel senso generale indicato e preveduto dal socialismo, cioè nel senso di una continua, progressiva prevalenza degli interessi e delle utilità della specie sugli interessi e le utilità dell’individuo – e quindi nel senso di una continua socializzazione della vita economica e per essa della vita giurídica e morale e politica, che ne dipendono”.(FERRI, E. **Sociologia Criminale**. Milano: Feltrinelli, 1979, p. 147).

descoberto a lei da evolução nos corpos orgânicos, Marx teria descoberto a lei da evolução na história humana.²⁷⁶

Outro aspecto central na teoria de Ferri são os substitutivos penais, os quais, segundo Accattatis estão muito mais ligados a uma lógica reformista burguesa, do que transformadora efetivamente da estrutura social.

Os substitutivos penais estão vinculados à prerrogativa preventiva no que se refere ao combate à criminalidade. Neste combate, a escola positiva não pretende mais severidade nem amenidade, mas intenciona, segundo Ferri,

(...) alla radicale trasformazione della giustizia penale, da funzione di repressione vendicativa a funzione di clinica preservativa; e, per altra parte – colla orientazione della pubblica coscienza e dei poteri sociali verso un efficace sistema di prevenzione sociale quale ho delineato parlando dei sostitutivi penali – essa tende a diminuire il numero non solo di tutti i delinquente in genere, ma specialmente dei delinquente abituali, abbassando progressivamente il livello della saturazione criminosa fino al minimum possibile.²⁷⁷

A defesa pelos substitutivos penais vincula-se ao estudo das causas da criminalidade – conhecendo-se estas se pode nelas intervir para evitar que os crimes ocorram, por isso sua natureza é preventiva, pois busca agir de antemão, eliminando justamente as causas dos crimes. Age especialmente nas de caráter social.²⁷⁸ Justifica sua importância, no sentido de que a gênese do delito está tanto no indivíduo quanto na sociedade – corrigir o primeiro pode até continuar sendo um objetivo, mesmo para a escola positiva, segundo Ferri, mas quase impossível para alguns criminosos, sendo, portanto, mais proveitoso intervir nas causas sociais, que geram outros tipos de delinquentes, corrigíveis, e previnem o “despertar criminoso” nos congênitos.²⁷⁹

²⁷⁶ HAUPT, G. Marx e il marxismo. In:_____. **Storia del marxismo**, v. I. Il marxismo al tempo di Marx. Einaudi: Torino, 1978, p. 57.

²⁷⁷ FERRI, E. **Sociologia Criminale**. 4 ed. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1900, p. 501.

²⁷⁸ Alguns exemplos de substitutivos penais: provimentos de polícia sanitária aplicadas às habitações urbanas e rurais (evitando a aglomeração e vícios de higiene física e moral); para evitar crimes políticos, um governo nacional que respeite as liberdades públicas, evite a impunidade, reformas eleitorais, políticas e parlamentares (recomenda o federalismo administrativo, com autonomia local); aplicação e difusão das ideias de Malthus, evitando-se infanticídios e abortos; uma boa legislação testamentária; sistema de ressarcimento de vítimas de crimes; supressão dos conventos; menor suntuosidade das igrejas; matrimônio dos eclesiásticos; admissão do divórcio; educação associado à ginástica moral; supressão de casas de jogo e espetáculos atrozés. (*Ibidem*, p. 96-101).

²⁷⁹ “Risiedendo la genesi del reato non soltanto nell’individuo delinquente ma anche, e per molta parte, nell’ambiente fisico e sociale che lo circonda, la sola emenda dell’individuo non basta ad impedirgli le ricadute, se prima non si corregge lo stesso ambiente esterno, soprattutto nell’ordinamento sociale. L’obbligo e l’utilità dell’emenda individuale resta, anche per la scuola

Para Ferri a pena não é suficiente como remédio contra o crime. O cárcere, por exemplo, mostrou-se uma pena completamente falha, pois as finalidades que nela se propunham combinar, a intimidação e a emenda são, para Ferri, incompatíveis. Para ele, o cárcere só intimida se for severo, duro; mas se assim o for, sua finalidade de correção, emenda resta completamente prejudicada.²⁸⁰

A partir de uma analogia bastante frequente entre criminoso e doente, pena e cura, defende que cárcere e outros locais de segregação dos delinquentes devem se transformar em estabelecimentos de cura física e moral, com disciplina adaptadas às formas diversas de criminalidade, como são organizados os hospitais e os manicômios. Estes estabelecimentos são formas de segregação do indivíduo do ambiente social, temporária ou permanentemente; do ponto de vista jurídico e do ponto de vista técnico deve-se buscar empregar da melhor maneira possível a atividade dos delinquentes não adaptáveis, tendo em vista uma dinâmica higiênica e psicológica para melhor regulá-la e curar aqueles que são readaptáveis à vida social. O trabalho é um método imprescindível para estes fins, considerado por Ferri, de grande eficácia higiênica, além de não permitir que o cárcere se torne um ambiente de ociosidade, um alojamento bancado pelos cidadãos honestos, que sofrem as consequências nefastas da criminalidade e ainda têm que pagar os custos da punição.

Mas a prevenção, como se percebe, é o foco central de Ferri. Para o autor, a pena deve ser complementada pelos substitutivos, os quais, segundo ele, devem se tornar os principais meios de prevenção social da criminalidade (na verdade, mais que cooperativos, são mesmo substitutivos, pois pretendem deixar o mínimo da criminalidade a ser abarcado pela pena).²⁸¹ Entende que a prevenção social é muito mais eficaz que a simples repressão – as reformas sociais valem muito mais que as reformas do Código Penal.²⁸²

Ferri, ainda, busca destacar a diferença entre prevenção de polícia e prevenção social (substitutivos penais). A prevenção de polícia, segundo o jurista,

positiva, quando essa sia possibile, in alcune categorie di delinquente (d'occasione e per impeto di passione); ma come ragione cardinale di una teoria scientifica, quel principio è ormai morto". (FERRI, E. **Sociologia Criminale**. Milano: Feltrinelli, 1979, p. 4).

²⁸⁰ "Il legislatore, che ha il compito di conservare sano il corpo sociale, deve imitare il medico, che vuol mantenere sano il corpo individuale: ricorrere il meno possibile, e nei soli case estremi e nei limiti della più stretta necessità, ai mezzi violenti della chirurgia; fidare in imitata misura nell'efficacia troppo problematica dei farmaci ed affidarsi invece ai sicuri e continui servizi dell'igiene." (*Ibidem*, p. 102).

²⁸¹ FERRI, E. **Sociologia Criminale**. 4 ed. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1900, p. 91.

²⁸² FERRI, E. *Op. cit.*, p. 103.

são na verdade meios de coação direta, formas repressivas; já a prevenção social “si spinge fino alle remote origini del delitto, per impedirne i germi più lontani, rintracciando i diversi fattori antropologici, fisici e sociale del fenomeno criminoso, cui si oppone con mezzi del tutto indiretti e basati sul libero gioco delle leggi psicologiche e sociologiche (...)”.²⁸³

A intenção de Ferri em prevenir a criminalidade acarreta uma ingerência na atividade humana que venha a tolher qualquer possibilidade de delinquir. O que se pode perceber com os substitutivos penais em Ferri é uma proposta de intenso controle das relações sociais nos seus mais ínfimos detalhes. Defende que

(...) nelle disposizioni legislative (politiche, economiche, civili, amministrative, penali) dai più grandi istituti ai minimi particolari, sia dato all'organismo sociale una tale orientazione per la quale l'attività umana sia, anziché inutilmente minacciata di repressione, coll'offrire libero sfogo alle energie ed ai bisogni individuali, urtandoli il meno possibile e scemando le tentazioni e le occasioni di delinquere.²⁸⁴

Accattatis analisa criticamente os substitutivos penais em Ferri. Para o autor,

I sostitutivi penali, di cui parla Ferri, in effetti sono sempre stati e sempre saranno la cattiva coscienza della borghesia; o se si vuole, della impostazione socialdemocratica (liberal-democratica) della 'questione penale'. La progressiva penalizzazione del diritto, che marcia all'unisono con l'affermarsi dello stato borghese.²⁸⁵

Trata-se da praticidade liberal (da social-democracia), segundo o autor, na qual percebe-se a necessidade de reformas, mas sem colocar em questão o sistema de poder dado (como viu-se, o socialismo de Ferri, na maior parte das vezes era de tom moderado). Complementa:

La praticità liberale è, quindi, un modo di approccio ai problemi sociali in termini di 'casistica'. Si parte 'dal basso', ma ciò non significa 'dalla domanda collettiva', 'dal bisogno delle masse'. Questo modo di partire dal basso, in effetti, è politica. Partire dal basso secondo la praticità liberale (per il tecnico, per il prammatista, per l'amministratore di stampo socialdemocratico), significa invece partire, appunto, dai 'casi singoli'; dai casi presi e ritagliati 'fuori dal contesto'; dai casi selezionati secondo le preconstituite caselle delle varie e diverse 'competenze'. Le competenze sistemano un 'sociale' parcellizzato' (...)²⁸⁶

²⁸³ FERRI, E. **Sociologia Criminale**. 4 ed. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1900, p. 460.

²⁸⁴ FERRI, E. **Sociologia Criminale**. Milano: Feltrinelli, 1979, p.92.

²⁸⁵ ACCATTATIS, V. Introduzione In: FERRI, E. **Sociologia Criminale**. Milano: Feltrinelli, 1979, p. 46.

²⁸⁶ *Ibidem*, p. 48.

Uma das consequências do ecletismo ferriano está justamente na possibilidade de suas ideias e discursos atraírem simpatias de diferentes polos. Como afirma Accattatis:

1) piace alla borghesia perché parla del criminale nato, perché è malthusiano, perché predica la esigenza della repressione dura; 2) servi ai socialisti nel momento della bufera crispina non solo per le sue arringhe nei processi politici ma anche perché, da abile avvocato, riesce ad approntare difese “ideologiche del tipo “Socialismo e scienza positiva.”²⁸⁷

De qualquer forma, uma característica forte em Ferri, e própria da escola positiva, é sua aversão ao individualismo. A sociedade é posta sempre em primeiro lugar. A visão crítica do Estado liberal somada às ideias de responsabilidade social e substitutivos penais, que compreendem uma verdadeira estatolatria, ou seja, agigantamento do Estado com relação ao social, já podem ser vistos como sinais de uma tendência em se negar a liberdade individual que na carreira de Ferri desembocou na sua adesão ao regime totalitário fascista na Itália.

2.5.2.4 Raffaele Garofalo e a Criminologia

Ligado à nobreza napolitana (filho de barão), magistrado, professor da Universidade de Nápoles, senador – é por conta deste eminente jurista italiano que a expressão “Criminologia” se torna corrente, sobretudo, a partir da publicação de sua principal obra, *Criminologia: studio sul delitto, sulle sue cause e sui mezzi di repressione*, em 1885.

Para Garofalo, assim como para Ferri, o delinquente é um tipo, uma variedade específica do gênero humano como teriam os naturalistas, por seus estudos anatomo-psicológicos, constatado: “O delinquente não se denuncia apenas pelo acto criminoso, mas pela coherencia d’esse acto com certos caracteres especiaes; o crime não é n’elle, portanto, um factio isolado, mas o symptoma de uma anomalia moral.”²⁸⁸ Segundo Garofalo, a análise dos presos pelos naturalistas

²⁸⁷ ACCATTATIS, V. Introduzione In: FERRI, E. **Sociologia Criminale**. Milano: Feltrinelli, 1979, p. 27.

²⁸⁸ GAROFALO, R. **Criminologia**: estudo sobre o delicto e a repressão penal. Trad. 3 ed, v. I. São Paulo: Teixeira & Irmão, 1893, p. 66.

permitiu identificar nestes anomalias físicas e psíquicas construindo-se a ideia de que era evidente que estes formavam uma classe de degenerados.²⁸⁹

Respondendo às críticas que na época já se faziam à teoria do tipo antropológico do delinquente responde Garofalo:

(...) se não temos o *typo anthropologico* do delinquente, temos com certeza três *typos physiomicos criminaes*: os assassinos, os violentos e os ladrões (...) se é verdade que certos caracteres se observam nos malfeitores *mais frequentemente* que nos outros individuos, tal facto deve *necessariamente* ter uma significação, porque seria antiscientifico atribuir a mera *accidentalidade* aquillo que constantemente se repete (...) Os fatos, porém, é o que agora nos importa expor. E o primeiro, que podemos considerar absolutamente seguro, é que na *fôrma e nas proporções da cabeça o delinquente é mais vezes anômalo e monstruoso que o não delinquente e que os maiores criminosos (assassinos) o são mais vezes ainda que os outros*. O segundo facto é que *cada uma das três grandes categorias de malfeitores (assassinos, violentos e ladrões) tem uma physionomia especial, com determinados caracteres e facilmente reconhecível*.²⁹⁰

O que Garofalo talvez não se dê conta é exatamente o “fato” de que o que ele considera “fato” não deixa de ser fruto de uma observação extremamente comprometida, comprometimento inclusive demonstrado pelas próprias estatísticas que na época eram um dos instrumentos que conferiam o selo de cientificidade para qualquer análise/estudo/pesquisa. Menos científica ainda poder-se-ia dizer de sua associação delinquência e feiúra: Em suas palavras: “Uma tal proporção de mulheres feias em nenhum outro meio se encontra (...)”²⁹¹, referindo-se ao cárcere.

Segundo Garofalo, além das anomalias físicas existem as morais, ligadas à questão psíquica, muito mais ligadas à fisiologia que à anatomia. Para o autor, a anomalia psíquica existe sempre, em maior ou menor grau, em todos os delinquentes. Algumas características por ele mencionadas: insensibilidade, impossibilidade de remorso, vaidade, exagerado amor à exterioridade, impossibilidade de reprimir um desejo.

²⁸⁹ Características físicas: “índice craneano conforme, em regra, ao ethnico, mas mais exagerado; asymetrias cefálicas e faciaes frequentes; submicrocephia, a implantação anormal das orelhas, a escacez da barba, o nystagmo, o prognatismo, a desigualdade das pupilas, os desvios nasaes, a fronte fugidia, a excessiva extensão da face, o exagerado desenvolvimento das regiões zygomaticas e das mandíbulas e a frequência da côr escura nos olhos e cabelos. Nenhum d’estes caracteres é constante; mas a frequência d’elles nos delinquentes em confronto com os individuos normaes, impõe-se.” Trata-se de características chamadas regressivas, pois recordam as raças inferiores da humanidade. (GAROFALO, R. **Criminologia**: estudo sobre o delicto e a repressão penal. Trad. 3 ed, v. I. São Paulo: Teixeira & Irmão, 1893, p. 67).

²⁹⁰ *Ibidem*, p. 72-75.

²⁹¹ *Ibidem*, p. 79.

Ainda, nos delinquentes é mais frequente a ocorrência de doenças degenerativas. Exemplo, a frequência do alcoolismo, de alienação mental, de epilepsia e doenças nervosas nos progenitores ou ascendentes dos criminosos, a transformação hereditária das nevroses em verdadeira loucura. Para Garofalo é suficientemente demonstrada a lei de transmissão do delito. Para ele, “(...) as tendências e predisposições criminosas devem *mais que todas as outras* transmitir-se hereditariamente. Se exceções podem imaginar-se a uma lei biológica universal, não é aqui que as encontraremos”.²⁹² Ainda, “A natureza congênita das tendências criminosas é hoje um *facto* provado, dando-nos uma natural explicação do fenómeno da reincidência, ingenuamente attribuido pela escola correcionalista á má disciplina dos cárceres”.²⁹³ Para ele, é inegável a existência de tendências criminosas inatas.²⁹⁴ Afirma: “nada, a meu vêr, mais indiscreto que o prolóquio: ‘a ocasião faz o ladrão’; a formula rigorosa seria, segundo penso: ‘a ocasião faz com que se manifeste o ladrão’”.²⁹⁵

As circunstâncias estimulam a ocorrência do delito, mas este não ocorreria se o criminoso não contasse com algo interno de exclusivo. Se não fosse assim, todos diante das mesmas circunstâncias delinqueriam, o que não ocorre, porque o fator determinante é individual e não externo. Conclui:

O crime não é, pois, o efeito *directo* e *immediato* das circumstancias externas; *está sempre no individuo* e é a revelação de uma natureza degenerada, quaisquer que sejam as causas, antigas ou recentes, d’essa degeneração. N’este sentido, o *delinquente fortuito não existe*. Na ordem d’idéas que sustentamos, seria inexacto dizer-se que todo o delicto, singularmente considerado, é o efeito de causas orgânicas individuaes, de causas *physicas* externas e de causas *sociaes*. O delicto é o efeito de causas individuaes actuando n’um particular ambiente *physico* ou em *particulares contingencias sociaes*.²⁹⁶

Para Garofalo todos os delinquentes são anormais, o que varia apenas é o grau desta anomalia – em alguns há completa ausência de senso moral; em outros há uma debilidade orgânica de resistir às provocações malévolas do mundo externo, sendo nestes, portanto, a degeneração mais adquirida que hereditária.

²⁹² GAROFALO, R. **Criminologia**: estudo sobre o delicto e a repressão penal. Trad. 3 ed, v. I. São Paulo: Teixeira & Irmão, 1893, p. 95.

²⁹³ *Ibidem*, p. 96.

²⁹⁴ *Idem*.

²⁹⁵ *Ibidem*, p.253.

²⁹⁶ *Ibidem*, p. 99.

Garofalo admite impossível identificar atos universalmente considerados criminosos e puníveis, mas para o autor isto não implica a impossibilidade da noção de delito natural. Para Garofalo este impasse reside na escolha do método – mudar da análise dos fatos para a análise dos sentimentos.

Perceba-se: Garofalo é assertivo, ao defender o tipo criminoso, quanto à necessidade de se analisar os fatos; para se analisar o crime, todavia, deve-se focar, por outro lado, nos sentimentos. É estranho e parece até contraditório o raciocínio de Garofalo, um dos integrantes da escola positiva, fazer depender da análise de sentimentos, um elemento de caráter tão subjetivo, a elaboração de um conceito, uma ideia que pretende universal, natural. Neste aspecto seu raciocínio parece mais metafísico que o de muitos dos autores da “escola clássica” que tanto ataca. É complicado também associar a uma corrente que confere um preciosismo tão significativo aos fatos, a pretensão de construir um conceito universal. Por certo que isto não passará despercebido pelos críticos da escola positiva, como se comentará adiante.

Para ele todo conceito de delito implica uma lesão daqueles sentimentos mais profundamente radicados no espírito humano, os quais no seu conjunto formam o que Garofalo chamou de senso moral, o qual se desenvolveu lentamente na humanidade, variando nos tempos de acordo com a época e com as raças.²⁹⁷ Há portanto, segundo Garofalo, uma evolução do senso moral.²⁹⁸ Todas as raças possuem uma certa soma de instintos morais inatos, não devidos ao raciocínio individual, mas como tipo físico, patrimônio hereditário comum.

Sendo orgânico o senso moral pode comprometer-se ou faltar inteiramente por conta de uma doença ou monstruosidade do organismo, como é o caso do atavismo. Para Garofalo há portanto indivíduos moralmente inferiores e moralmente superiores. Segundo o autor, por exemplo, em um país civilizado as classes baixas, como nos países bárbaros, são destituídas de uma parte mais delicada dos sentimentos a cujo complexo se dá o nome de senso moral (este é subdivido em estratos diversos e sobrepostos – da parte mais fundamental e profunda à mais delicada).²⁹⁹ Há uma parte comum na ordem moral com as classes superiores. Se o

²⁹⁷ GAROFALO, R. **Criminologia**: estudo sobre o delicto e a repressão penal. Trad. 3 ed, v. I. São Paulo: Teixeira & Irmão, 1893, p. 4.

²⁹⁸ *Ibidem*, p. 5.

²⁹⁹ *Ibidem*, p. 13.

senso moral é o resultado da evolução, nada mais natural do que se verificar que ele seja mais baixo nas classes com grau inferior de desenvolvimento psíquico.

Para Garofalo, ainda que se admita a impossibilidade da ideia da universalidade absoluta da moral pode-se identificar alguns instintos morais numa considerável parte da espécie humana. O foco de Garofalo é justamente o que é imoralidade para o indivíduo como membro da humanidade e não de um particular agregado social. Ele indica dois sentimentos fundamentais: a piedade e a probidade. A piedade que nos impede de causar uma dor física ou uma dor moral e que nos conduz a aliviar as dores de que somos testemunhas – criminoso, portanto, é o ato que viola este sentimento de piedade mais primitivo (sentido negativo) comum a todas as raças não selvagens, ou seja, o sentimento que proíbe a produção voluntária de um mal.³⁰⁰ E a probidade, sentimento que corresponde ao respeito a tudo o que é dos outros, na ordem material e moral. Trata-se de um sentimento menos instintivo e mais variável que o de piedade. Assim então conclui Garofalo:

(...) o elemento de moralidade necessário para que a consciência publica qualifique de criminosa uma ação, é a ofensa feita á parte do senso moral formado pelos sentimentos altruístas de *piedade* e de *probidade* – não, bem entendido, á parte superior e mais delicada d'este sentimento, mas á mais comum, á que se considera patrimônio moral indispensável de todos os indivíduos em sociedade. Essa ofensa é precisamente o que nós chamaremos de *delicto natural*.³⁰¹

Como o sentimento da piedade procede da simpatia que existe entre os semelhantes, quanto maior se desenvolve o sentimento da piedade mais parece diverso de si e anormal aquele que dele é privado, mais antipatia e repulsa se tem com relação àqueles desvios e monstruosidades de ordem moral e intelectual. Nas palavras de Garofalo:

(...) inspira-nos mais afeição um cão fiel ou um nobre cavalo do que um idiota ou um demente (...) Quando se nos apresenta um malfeitor inteiramente destituído dos instintos moraes elementares, nós, precisamente porque somos *homens* e possuímos a *piedade*, não podemos ver n'elle um semelhante, nem dar-lhe a nossa *sympathia*. A sua morte

³⁰⁰ Mas esta piedade depende do sentimento de semelhança – que o homem identifique o outro como seu semelhante, portanto como humano. Assim, para Garofalo a piedade é um sentimento que existe desde o primeiro agrupamento social, desde que o homem descobriu semelhantes em torno de si, sendo, portanto, um sentimento inerente à espécie humana, com raras exceções. (GAROFALO, R. **Criminologia**: estudo sobre o delicto e a repressão penal. Trad. 3 ed, v. I. São Paulo: Teixeira & Irmão, 1893, p. 27).

³⁰¹ *Ibidem*, p. 36.

violenta não se oppõe a piedade humana, porque nós não reconhecemos ne'lle um homem.³⁰²

A anormalidade exclui tal homem da humanidade. Diferentemente de Ferri, para quem a associação entre crime e doença poderia gerar nas pessoas não repulsa, mas pena, em Garofalo ocorre o contrário – a anomalia torna o criminoso um estranho, não apenas um fora da lei, mas um fora do gênero humano.³⁰³

Neste sentido Garofalo justifica a pena de morte – ainda que exista uma analogia material entre os dois fatos, delito e execução capital, não existe entre eles analogia moral, porque são diversos os *sentimentos* que os inspiram. Defende que “para os delinquentes habituaes, o efeito preventivo das leis penaes não pode ser grande; o que deve procurar-se é a sua *eliminação*.”³⁰⁴

Garofalo expõe que, como em todas as associações, a violação às suas regras acarreta a expulsão daquele que não se adequou à sua ordem. Assim, para o autor, deve ocorrer na sociedade – a reação contra aquele que viola suas normas deve ser a exclusão da vida social, pois este demonstrou sua falta de adaptação. Assim, na concepção do autor,

O poder social produziria por este modo, artificialmente, uma seleção análoga á que na ordem biológica se produz espontaneamente pela morte dos indivíduos não adaptados ás particulares condições do ambiente em que nasceram ou para que foram transportados.³⁰⁵

³⁰² GAROFALO, R. **Criminologia**: estudo sobre o delicto e a repressão penal. Trad. 3 ed, v. I. São Paulo: Teixeira & Irmão, 1893, p. 60.

³⁰³ Segundo o pensador italiano há dificuldade em se conceber simpatias por homens inteiramente diferentes a nós e cujo modo de sentir se desconhece – a diferença das raças, dos costumes e de aspecto constituem um obstáculo à universalidade do sentimento de benevolência – “a *sympatia* que vae além dos limites humanos, constituindo a piedade pelos brutos, parece ser uma das mais tardias aquisições moraes.” (DARWIN, C. **Descendance de l’homme**: et la sélection sexuelle. Paris: C. Reinwald & Cie, 1891 *Apud*: GAROFALO, R. **Criminologia**: estudo sobre o delicto e a repressão penal. Trad. 3 ed, v. I. São Paulo: Teixeira & Irmão, 1893, p. 19-20).

³⁰⁴ *Ibidem*, p. 212. A morte dos criminosos é para Garofalo a forma mais simples e segura de eliminação. A deportação é incompleta do ponto de vista da privação da vida social. A reclusão perpétua não é ideal, pois deixa a possibilidade de fuga e de perdão. Assim conclui: “Não há, pois, meio absoluto e completo de eliminação que não seja a pena de morte.” (*Ibidem*, p. 246). O que se pode salvar da teoria correccionalista é com relação à infância abandonada e adolescente que principia a apresentar más inclinações. Para os adultos entende que é apenas possível tentar com que se adquira o hábito de um gênero de vida que se deseje continuar por lhe ser mais útil – apenas assim podem os delinquentes que não são de todo degenerados cessarem de ofender a sociedade. Para isto recomenda-se a deportação ou as colônias agrícolas em regiões menos povoadas, sendo este exílio perpétuo ou de tempo indeterminado. (GAROFALO, R. *Op. cit.*, p. 150).

³⁰⁵ *Ibidem*, p. 245.

A eliminação, portanto, é vista, segundo Garofalo, como um modo racional, e não meramente vingativo, de reação contra os delitos cometidos por aqueles que não comportam adaptação e são cometidos de uma anormalidade permanente:

Ora a sociedade diz a este indivíduo: ‘A minha existência nas actuaes condições baseia-se sobre os sentimentos de piedade e justiça. Tu, que eu sei absolutamente destituído d’esses sentimentos, não podes pertencer-me. Debalde tu, parricida, me dizes que eu nada tenho a receiar de ti, porque não podes cometer um segundo parricídio; falta-te um laço destinado a ligar-te ao resto da humanidade. A tua anomalia é demasiadamente grande para que possas gozar do sentimento de *sympatia* que prende todos os homens; esse sentimento não és tu apto para sentil-o. Os homens não vêem em ti um semelhante; entre ti e os outros rompe-se todo o vinculo. Tu não tens, portanto, razão de existir na sociedade.’³⁰⁶

Segundo as premissas do darwinismo social afirma:

A reação eliminativa é um efeito socialmente necessario da acção do delicto (quia peccatum). E é um efeito natural, se é certo que a sociedade tem, como os organismos *physicos*, leis invariáveis que são condições da sua existência. É um princípio de biologia que o individuo desapareça quando as suas imperfeições o impedem de suportar a acção do meio. A diferença entre a ordem biológica e a ordem moral esta em que a seleção na primeira se faz espontaneamente pela morte dos inadaptáveis, ao passo que na segunda, sendo o individuo *physicamente* apto para a vida e não podendo existir fora do meio social a que, todavia, se não amolda, a seleção tem de fazer-se artificialmente, isto é, por intervenção do poder coletivo realizando o que nos domínios biológicos é operado pela natureza. O fim da eliminação é conservar o organismo social pela extirpação dos seus membros inidôneos.³⁰⁷

Ainda: “Mais culto, o nosso tempo deveria impedir a procriação dos delinquentes e viciosos: a pena de morte e o isolamento perpétuo seriam o processo artificial de seleção de que resultaria o aperfeiçoamento moral da raça”.³⁰⁸ A sociedade como organismo, deve eliminar suas moléculas contaminadas – a proteção da sociedade prevalece sobre os direitos dos indivíduos:

O individuo tem direito á vida social, porque tem necessidade d’ella; esta, porém, deve subordinar-se á sociedade. Na *collectividade* humana o individuo representa uma molécula apenas, e não pode fazer valer o seu direito quando a própria conservação poria em risco a do organismo social.³⁰⁹

³⁰⁶ GAROFALO, R. **Criminologia**: estudo sobre o delicto e a repressão penal. Trad. 3 ed, v. I. São Paulo: Teixeira & Irmão, 1893, p. 265.

³⁰⁷ *Ibidem*, p. 267.

³⁰⁸ *Ibidem*, p. 279.

³⁰⁹ *Ibidem*, p. 251.

Como se percebe, Garofalo faz uso da concepção organicista da sociedade para sobrepôr os interesses desta aos dos indivíduos. Neste sentido não é um liberal, pois para um liberal, em termos jurídicos, de modo muito simplificado, a sociedade é fruto de atos individuais para proteger os direitos dos indivíduos. Mas é um liberal do *laissez-faire* (no sentido de Spencer),³¹⁰ quando se trata, portanto, de definir o papel do Estado no que se refere à regulação da vida social, defendendo que o governo deve se limitar com relação à intervenção na vida dos indivíduos:

As providencias legislativas contra o crime não podem referir-se senão a uma boa polícia, a uma boa administração da justiça, e a promover indiretamente a educação moral do povo, dificultando o aumento de hábitos viciosos que são de ordinário causas criminosas. Sobre estes hábitos não podem incidir diretamente as leis, a não ser nos casos muito especiais do porte de armas, das tavernas, das casas de jogo e pouco mais. Fora d'esta área, não poderia aconselhar-se ao governo uma intervenção muito grande e insistente no exercício dos direitos individuais; essa intervenção, embora feita no louvável intuito de prevenir os crimes, traduzir-se-hia por uma inoportuna violação da liberdade, causa de novas revoltas. Escolas dirigidas por professores inteligentes e moraes; instituição de asylos educativos, de estabelecimentos agrícolas para crianças pobres abandonadas; proibição de publicações e espetáculos deshonestos; impedimento á juventude de assistir ás sessões criminaes; restrição á liberdade de crear casas d'hospedes; proibição da ociosidade; vigilância sobre os indivíduos suspeitos; boas leis civis; administração rápida e barata da justiça – taes são os meios de prevenir o delicto que estão dentro da acção de um governo liberal n'um paiz moderno.³¹¹

Todavia, o que define como pouca intervenção pode ser altamente questionável como pouca, pois muito nebulosos seus limites: em que consiste uma educação moral? Quais publicações e espetáculos podem ser considerados desonestos, a partir de que critérios? Quais são os indivíduos suspeitos e quais comportamentos o colocam sob a mira da vigilância?

³¹⁰ Spencer faz uma analogia entre a política, a partir de uma perspectiva liberal, em que o Estado deve agir minimamente, e a medicina moderna, segundo a qual os médicos estão cada vez menos “disposti a cedere l'impulso del ‘far qualcosa’”. (SPENCER, H. **Introduzione allo studio della sociologia**. 2 ed. Milano: Fratelli Dumolard, 1887, p. 28). A tendência a se agir imediatamente está ligada a um conhecimento imperfeito, segundo Spencer. E mais uma analogia entre Biologia e Sociologia é usada como argumento para fundamentar esta posição liberal: “Non è dunque probabile che nell'organismo sociale trovisi qualcosa di analogo a ciò che nell'organismo individuale si appella, per comodo, ma con poca proprietà la *vix mediatrix naturae*? E riconosciuta questa verità, non ne verrà forse il convincimento che in ambe due i casi occorre conservare le condizioni che permettono alle azioni naturali di svolgersi liberamente?” (*Ibidem*, p. 28-29). Segundo Spencer, observando os princípios da Biologia deve-se orientar, portanto, a política e a legislação. Dentre as verdades da biologia está a de que todo organismo se adapta às condições de vida – Lei da adaptação. Assim, deixar que as condições normais sejam conservadas implica o processo de adaptação espontânea e nenhuma disciplina ou intervenção externa pode produzir esta adaptação. (*Ibidem*, p. 463).

³¹¹ GAROFALO, R. **Criminologia**: estudo sobre o delicto e a repressão penal. Trad. 3 ed, v. I. São Paulo: Teixeira & Irmão, 1893, p. 209.

A eliminação dos criminosos é uma forma de depuração da humanidade, segundo Garofalo. O Estado como força natural do organismo coletivo deve atuar de forma a não contrariar as leis naturais que exigem a eliminação dos elementos nocivos. A associação biologia e sociologia é uma estratégia discursiva para justificar uma política liberal. Não obstante as conclusões desta premissa possam variar. Em Spencer este argumento é usado para que o Estado seja mínimo no sentido de não interferir por meio da assistência à pobreza. A miséria, fruto da incapacidade de determinados sujeitos, seria a causa de eliminação destes, que naturalmente tendem a ser eliminados por serem mais fracos. Quanto ao crime defende uma ação menos interventiva e menos repressiva do Estado.³¹²

Já Garofalo, partindo da premissa de que a sociedade é um organismo que se orienta por leis naturais, conclui o oposto quanto à ação do Estado com relação à criminalidade e repressão – os criminosos inferiores devem ser eliminados, esta é a lei natural, mas sua eliminação deve ser realizada por uma ação do Estado, pois a natureza por si só não o faz. Sua degeneração não implica morte ou esterilidade (indica Garofalo, por exemplo, que a proliferação dos malfeitores não é inferior comparada ao resto da humanidade).³¹³

³¹² Segundo Spencer: “(...) quando al delinquente non sono imposti altri freni se non quelli che richiede la sicurezza della società, la riforma morale che in lui si opera è grande: maggiore anche quella che sarebbe potuto sperare.” (SPENCER, H. **Introduzione allo studio della sociologia**. 2 ed. Milano: Fratelli Dumolard, 1887, p. 28). Quanto menos repressão, melhores as condutas; o que faz um homem agir corretamente não é tanto o rigor da lei quanto os deveres e honras que não estão escritos nos códigos: “(...) i ragazzi inglesi quanto più fiducia si ripone in essi tanto migliore è la loro condotta. Lo stesso avviene delle anomalie degli uomini riuniti in società. È nostra abitudine il credere che solo i freni legali trattengono gli uomini dall’assalire i loro vicini, e nonostante molti fatti dovrebbero indurci a modificare tale opinione. I così detti debiti d’onore, pei quali il Codice non ha stabilita alcuna pena, sono ritenuti più sacri di quelli, di cui la legge esige il pagamento.” (*Ibidem*, p. 28-29).

³¹³ GAROFALO, R. **Criminologia**: estudo sobre o delicto e a repressão penal. Trad. 3 ed, v. I. São Paulo: Teixeira & Irmão, 1893, p. 280-281. Garofalo retoma as leis na Inglaterra contra a vagabundagem. Segundo Marx cerca de 72 mil ociosos e vagabundos foram enforcados durante o reinado de Henrique VIII (século XVI). Em sua opinião, do ponto de vista da seleção, estas execuções “depuraram a raça anglo-saxônica” (*Ibidem*, p. 275) e a ela talvez se deve a menor criminalidade no momento de então na Inglaterra em confronto com o resto da Europa. Na verdade foram medidas, para Garofalo, excessivas, pois a deportação no século XVIII para as colônias na América provou que vagabundos e ociosos não eram irrecuperáveis. O autor considera que estes excessos ocorrem quando ao castigo se dá apenas o sentido de intimidação e não levam em conta o delinquente e a medida do seu perigo. Por isso o autor entende não ser justificável a eliminação da vida ou imposição de suplícios inúteis de indivíduos recuperáveis: “Se o delicto é um acto revelador de um defeito de adaptação, a reação logica da sociedade deve consistir em reparar esse defeito, não em procurar uma pena que aterrorize, porque a própria ameaça de eliminação (...) implica naturalmente uma intimidação.” (*Ibidem*, p. 276-277). Conclui então Garofalo: “A força da emigração dos vagabundos ingleses para as colônias teve, seguramente, uma parte na depuração da raça (...) Se os suplícios de Henrique VIII e Izabel foram um bárbaro meio de seleção, a obra por eles começada, foi, como já dissemos, continuada humanitariamente pela deportação no século XVIII e a primeira metade do século XIX. O problema é este: distinguir os delinquentes *tipicos* e *inassimiláveis* dos que são *suscetíveis de adaptação*, para eliminar os primeiros *absolutamente* e os segundos *relativamente*,

Portanto, Garofalo é sim um liberal no sentido de governo que deve seguir as leis naturais do organismo, todavia, no que se refere à criminalidade o *laissez faire, laissez passer* significa justamente “fazer morrer”, pois a natureza não elimina espontaneamente os delinquentes.

2.5.3 Escola Positiva

Em 18 de novembro de 1882 Ferri anuncia formalmente a Nova Escola Positiva de Direito Penal. Sua emergência decorre do exaurimento da escola iniciada por Beccaria e encerrada por Carrara e outros integrantes da, por ele intitulada, Escola Clássica. A “nova escola” buscava compreender o crime como um fenômeno concreto e natural, devendo-se investigar, portanto, suas causas naturais, por meio do método experimental, em face da escola clássica que o concebia como um ente jurídico e abstrato.

Para completar, então, a complexidade do quadro liberal na Itália a “escola positiva” desenvolve-se com base na defesa social, a partir de categorias como o da periculosidade em que a lógica da prevenção se sobrepõe à da repressão – o perigo não está dimensionado na lei, pois está incorporado no indivíduo e depende de um conhecimento antropológico-médico, mais do que normativo-jurídico.³¹⁴ A escola positiva pressupõe o campo de tensão por trás do princípio da legalidade, pois foca no lado oposto ao escolhido pelo liberalismo penal da primeira metade do século XIX: privilegia os sujeitos em face do sistema objetivo de delitos e penas; leva em conta as diferenças antropológicas, a despeito da suposta igualdade jurídica, destaca a política criminal em face do direito penal, tem como fundamento a defesa social e não a liberdade do indivíduo.³¹⁵

Ao negar a autonomia do sujeito, declaradamente a tensão entre os polos direitos-Estado, tende a privilegiar o segundo, abrindo espaço para uma estatolatria

mudando-os de meio”. (GAROFALO, R. **Criminologia**: estudo sobre o delicto e a repressão penal. Trad. 3 ed, v. I. São Paulo: Teixeira & Irmão, 1893, p. 281).

³¹⁴ PIFFERI, M. Difendere i confini, superare le frontiere: Le ‘zone grigie’ della legalità penale tra Otto e Novecento. **Quaderni Fiorentini**, v.XXXVI, p. 744, 2007.

³¹⁵ COSTA, P. Pagina introdutiva (Il principio di legalità: un campo di tensione nella Modernità Penale). **Quaderni Fiorentini**, v. XXXVI, p. 29, 2007.

(pois a demanda é de controle social) que anos mais tarde se concretizaria nos regimes totalitários.³¹⁶ Assim, como afirma Pifferi,

La convinzione che la legge, espressione razionale di una volontà generale e astratta, possa prevedere ogni ipotesi di reato, che la legalità dettata esclusivamente dal legislatore copra tutta l'area del penalmente rilevante, si rivela spesso un'ingenua certezza da preservare ad ogni costo, pur di fronte ad evidenti sconfessioni (...) il principio ha bisogno di flessibilità per rispondere alle mutate esigenze del sistema repressivo, necessita di essere riconfigurato alla luce delle teoriche positiviste, deve adeguarsi alle differenti funzioni preventive del diritto criminale.³¹⁷

Neste sentido a antropologia criminal ou criminologia positivista emergem como saberes que desvendam as causas da criminalidade, buscando-as num primeiro momento no próprio indivíduo e em sua *anormalidade* – o crime é visto como um sintoma de anomalia. Decifrar o homem, o homem delinquente, é seu objetivo e elas passam a conferir ao juiz, como afirma Foucault, a possibilidade de julgar e punir não apenas as infrações, mas os indivíduos, e não a partir do que fizeram, mas a partir do que eles são. A sentença não é simplesmente um julgamento de culpa, mas uma apreciação da normalidade do indivíduo.³¹⁸

A escola positiva desenvolve-se no sentido da defesa social como fundamento do direito de punir - a sanção é vista como meio de defesa contra o delinquente – torna-se uma técnica de neutralização, por meio da eliminação, segregação e terapias de adaptação, correção dos sujeitos. Associa-se à construção da ideia de periculosidade, conceito que abarca todos aqueles que se desviam dos valores e do consenso geral – os *anormais* (em termos biológicos, psíquicos ou sociais). Trata-se, na verdade, de medir, adaptar a defesa social à potência ofensiva do delinquente. Por isso o foco no indivíduo é tão central, pois medindo-se este (ou seja, o grau de sua periculosidade) chega-se à medida ideal de defesa social.

³¹⁶ Como afirma Pietro Costa: “Certo le discontinuità storiche non sono mai ‘assolute’. Potremmo sostenere che i totalitarismi sono la fase terminale di un processo iniziato in tempi non sospetti: un processo nel quale il centro focale della riflessione penalistica slitta gradualmente dall’analisi della norma al controllo dei soggetti, dalla tassonomia dei reati alla tipificazione dei criminali.” Tanto há continuidade que se pode identificar no fascismo o abuso das leis emergenciais, bem como de instrumentos de controle capilar e informais dos sujeitos. O corte, ou a descontinuidade se dará com o fim da tensão, pois absolutiza-se a política e neutraliza-se o judiciário. (COSTA, P. Pagina introdutiva (Il principio di legalità: un campo di tensione nella Modernità Penale). **Quaderni Fiorentini**, v. XXXVI, p. 31, 2007).

³¹⁷ PIFFERI, M. Difendere i confini, superare le frontiere: Le ‘zone grigie’ della legalità penale tra Otto e Novecento. **Quaderni Fiorentini**, v. XXXVI, p. 750, 2007.

³¹⁸ FOUCAULT, M. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 20-21.

Fruto na ciência penal do desenvolvimento da antropologia criminal, seu grande foco está no homem, embora um homem encarnado e desmistificado:

L'uomo era il nuovo Dio e l'antropologia la nuova teologia, anche se, dopo Copernico e Darwin, l'uomo non era più al centro né dell'universo, né del mondo animato (...) Pessimismo e ottimismo si contendevano dunque le coscienze dell'epoca e al centro di tutto questo stava il problema del controllo della violenza e la preoccupazione di dimostrare che i reati, come ogni altra azione umana, anziché essere manifestazioni arbitrarie della sola volontà, sono invece fenomeni naturali, determinati da quelle diverse cause che sono presenti in un dato ambiente.³¹⁹

O pressuposto antropológico desta escola não é mais o sujeito racional e autônomo, mas um homem biologicamente ou socialmente determinado. Assim, não há mais sentido em se fundar o direito punitivo na racionalidade do sujeito (pressuposto da liberdade). A segurança, então, passa a ser a palavra de ordem.

Em que pese afirmar-se uma escola que se baseia na ciência e no método objetivo, no âmbito penal, ela desvia-se de uma lógica objetivista (delimitação dos atos que são crimes e das penas) e assume um viés subjetivista, a partir da estigmatização de comportamentos e sua classificação com base no critério da periculosidade. Segundo Pietro Costa,

La visione illuministica – la matrice del moderno principio di legalità – sembra perfettamente rovesciata: in quella prospettiva, il primato della legge, la determinazione previa, rigida e tassativa dei delitti e delle pene e l'irrilevanza delle differenze soggettive si implicavano a vicenda garantendo la sicurezza-libertà dei cittadini, mentre nel nuovo scenario proprio l'esasperazione delle differenze soggettive e la graduazione della diversa pericolosità dei cittadini sono il punto di Archimede grazie al quale ripensare il fondamento e l'estrinsecazione del diritto di punire.³²⁰

Segundo Floriana Colao a leitura do positivismo criminológico busca simplificar uma realidade bastante complexa. A noção de anormalidade apresenta uma leitura linear da alteridade política, social e científica, num contexto em que energias autoritárias assumiam cada vez mais força.³²¹ É interessante notar que, embora defensora do empirismo e da necessidade da observação do real na atividade científica, os tipos criminosos que os integrantes da escola positiva

³¹⁹ BISI, R. **Enrico Ferri e gli studi sulla criminalità**. Milano: FrancoAngeli, 2004, p. 33.

³²⁰ COSTA, P. Pagina introdutiva (Il principio di legalità: un campo di tensione nella Modernità Penale). **Quaderni Fiorentini**, v. XXXVI, p. 28, 2007.

³²¹ COLAO, F. Le ideologie penalistiche fra Ottocento e Novecento. In: Mazzacane, A. In: _____. **I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia fra Otto e Novecento**. Napoli: Liguori Editori, 1986, p. 116.

constroem são na verdade muito mais os “clientes do cárcere e dos manicômios”³²², como pontua Pavarini, e, portanto, mais produtos do sistema repressivo e do controle social que da natureza. Os tipos criminais não são uma elaboração da ciência extraída da natureza das coisas, mas uma construção social intimamente ligada a um modelo de sociedade específico – é um produto cultural e não natural, construído por um processo muito mais ideológico que científico.

2.6 DIVERSIDADE DE ESCOLAS: UMA LEITURA HISTORIOGRÁFICA ALTERNATIVA

A Nova Escola Positiva apresentava mudanças significativas no universo do direito e da ciência penal: o fundamento do direito de punir passa a se apoiar na necessidade de conservação social; o delito é considerado um fenômeno natural, cujo estudo deve partir da sociedade humana; nega-se o livre arbítrio e a possibilidade de liberdade moral, negando-se em consequência a imputabilidade que nesta se baseava; o delinquente se torna o protagonista da ciência penal; a pena é determinada de acordo com a temibilidade do delinquente; há portanto uma classificação de delinquentes; a prevenção adquire centralidade no âmbito político, econômico, administrativo, educativo, familiar; propõe-se reformas no âmbito do processo penal e do ordenamento judiciário.³²³

O combate polêmico entre as escolas acarreta a valorização das teses mais extremas e agressivas, e mais capazes de produzir senso comum. Este tipo de processo, segundo Sbriccoli, impede que se perceba as funções convergentes que ambas vinham desenvolvendo, “(...) quella di mantenere la scienza penalistica, con tutta la sua specificità di scienza giuridica, nell’ambito delle altre scienze sociali sul terreno del confronto con la politica e con la società”.³²⁴ Segundo Sbriccoli,

³²² COLAO, F. Le ideologie penalistiche fra Ottocento e Novecento. In: Mazzacane, A. In: _____. **I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia fra Otto e Novecento**. Napoli: Liguori Editori, 1986, p. 116.

³²³ SBRICCOLI, M. La piccola criminalità e la criminalità dei poveri nelle riforme settecentesche del diritto e della legislazione penale. In: _____. **Storia del Diritto Penale e della Giustizia**. Tomo I Scritti editi e inediti (1972-2007). Giuffrè Editore, 2009, p. 550.

³²⁴ *Ibidem*, p. 553.

(...) i diversi disegni di politica penale implicati dal progetto della tendenza liberale realistica e da quello della nuova corrente positivista, consentirono solo a tratti, agli uni e agli altri, di riconoscere l'omologa funzione che entrambi svolgevano nello sviluppo della scienza penale italiana. La polemica, prima sommessa, poi assordante, beccera, incresciosa, finì per offrire l'immagine fuorviante di una incompatibilità strategica e radicale.³²⁵

A primeira ruptura entre as correntes penais vem com Ferri, com sua obra *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*. Nesta, Ferri, além da negação do livre arbítrio trabalha com a hipótese dos substitutivos penais, os quais serão alvo de inúmeras críticas, por entender-se que distorcem a natureza do direito penal. Lucchini percebe o perigo da presença e da supervalorização destes instrumentos no direito penal, que partem de uma concepção defeituosa da sua centralidade, focada na disciplina e no governo da prevenção. Como aponta Sbriccoli,

Lucchini avverte che le singoli idee di Enrico Ferri implicano una visione della società nella quale il momento penale ha un importante spazio di 'governo': la sua preoccupazione, tuttavia, non riguarda questo punto (che in sé condivide), ma i suoi contenuti, e le conseguenze che l'impostazione ferriana finirebbe per avere sull'azione equilibrata dei poteri dello Stato. Dietro alle idee del giovane positivista egli intravede troppo potere esecutivo, troppo polizia, ed un principio di 'statolatria' che lo mette in forte allarme.³²⁶

Para reagir à escola positiva, Lucchini recorre aos mesmos argumentos – a ciência, o progresso, a verdade, a civilização, acusando os positivistas de realizarem uma “bufera di empirismo”. Sua Revista é instrumento de contestação das novas ideias e o clima de hostilidade entre as correntes se intensifica.

Aristide Gabelli publica uma série de artigos críticos, aos quais Lombroso, Ferri e Garofalo respondem no texto *Polemica in difesa della scuola positiva*. Nele, Gabelli analisa criticamente a intromissão da antropologia criminal no direito penal. Em que pese reconhecer a importância das ciências auxiliares, não admite a insuperável contradição entre a absoluta a-historicidade e naturalização das teorias antropológicas e a historicidade do direito penal, entre a classificação de tipo natural de crime e a diversidade do que se considera crime de acordo com a época e sociedade, uma vez que definidos pelo espírito político e não com o método naturalístico. Gabelli teme as consequências políticas que poderiam emergir da aplicação prática de tal teoria, que segundo ele, pressupunha um ordenamento

³²⁵ SBRICCOLI, M. La piccola criminalità e la criminalità dei poveri nelle riforme settecentesche del diritto e della legislazione penale. In: _____. **Storia del Diritto Penale e della Giustizia**. Tomo I Scritti editi e inediti (1972-2007). Giuffrè Editore, 2009, p. 552.

³²⁶ *Ibidem*, p. 555.

social diferente do existente e que implicava uma ingerência do Estado excessiva sobre a vida privada. Gabelli ainda apontava a fragilidade do positivismo penal italiano, da qual resultavam frutos paradoxais, em consequência de aglomerarem-se no positivismo diferentes pensadores, distantes em cultura, equilíbrio, qualidade e sensibilidade – um excessivo ecletismo, portanto.³²⁷

Segundo Sbriccoli, os anos oitenta do século XIX marcam o crescimento da “escola positiva”. Em 1891 tem-se o primeiro número da revista *La Scuola Positiva*, dirigida por Ferri e espaço de exposição das ideias da nova escola. Nesta década, todavia, irrompem fraturas entre seus integrantes. Já no Congresso de Paris de Antropologia Criminal, Ferri se distancia de Lombroso em face das inúmeras críticas a este dirigidas. A influência do psiquiatra italiano começa a diminuir entre os juristas. Raffaele Garofalo rompe com os jovens emergentes da escola, como Florian e Zerboglio e mesmo com Ferri.

O intercruzamento entre diversas escolas: clássica, positiva, socialismo jurídico, terceira escola (ecclética)³²⁸ demonstra a complexidade do quadro doutrinário penal no século XIX. Todavia, em que pese as divergências mais evidentes entre as escolas, todas pertencem a uma mesma matriz cultural e analisando atentamente pode-se identificar não apenas descontinuidades mas continuidades entre elas.

Sbriccoli identifica criticamente que o método histórico, a chave interpretativa privilegiada para se reconstruir a história da fase fundante do direito penal foi justamente o das “escolas” – este tornou-se um critério metodológico absoluto. A absolutização deste tipo de abordagem, segundo Sbriccoli,

³²⁷ SBRICCOLI, M. La piccola criminalità e la criminalità dei poveri nelle riforme settecentesche del diritto e della legislazione penale. In: _____. **Storia del Diritto Penale e della Giustizia**. Tomo I Scritti editi e inediti (1972-2007). Giufrè Editore, 2009, p. 563.

³²⁸ A Terceira Escola ou eclética é identificada com alguns autores como Gabriel Tarde, Lacassagne, Von Liszt, Alimena. Nestes a criminalidade tem como causa principal as influências sociais e do meio. Partem dos pressupostos da escola positiva: observação, experiência, ênfase no criminoso, mas não a seguem no que se refere à responsabilidade social – para eles a punição deve se basear na responsabilidade moral, apenas esta não deve ter como fundamento o livre arbítrio – como os seguidores da escola positiva, entendem que este é uma abstração inexistente, sendo o homem determinado por motivos. Não admitem ainda a ideia do tipo criminoso, sendo a maior parte de suas anomalias consequência das influências do meio mas, a maior parte dos autores que Ferri enquadra nessa rubrica concebe diferentes tipos de classificação dos criminosos. Sustentam que a pena é uma medida eficaz de repressão e que se distingue de outros meios de defesa social. Defendem, ainda, que a prevenção tem um papel significativamente importante no combate à criminalidade, até mais relevante que a repressão. Ainda, sustentam a diferenciação entre direito penal e sociologia criminal, no sentido de que o primeiro estuda o delito como fenômeno jurídico e a segunda como fenômeno social. Estas ciências tem relações muito próximas, mas não se confundem. Portanto, há uma preocupação (aqui em destaque Liszt) em se estabelecer uma autonomia do direito penal em face da criminologia (subdividida pelo autor alemão em biologia criminal ou antropologia criminal e sociologia criminal).

Ha vietato a se stessa ogni possibilità di cogliere gli elementi unificanti dell'esperienza postunitaria, ha semplificato le complessità, ha reso invisibili le vicende trasversali e dimenticato le personalità non ridicibili agli schemi di schieramento, che pure hanno enormemente conteso nella penalistica italiana.³²⁹

No mesmo sentido Pietro Costa afirma:

I segni di discontinuità non autorizzano a cedere nella fable convenue delle Scuole contrapposte, creata (come ha dimostrato Mario Sbriccoli) polemicamente e artificiosamente da Ferri e accolta passivamente, per troppo tempo, dalla penalistica successiva e dalla storiografia). Gli storici hanno il compito di districare l'agrovigliata matassa delle innovazioni e delle permanenze; e anche nel nostro caso le innegabili discontinuità (il mutamento dell'antropologia filosofica soggiacente; il passaggio da un approccio 'oggettivistico' a un approccio 'soggettivistico') non possono essere assolutizzate, ma devono essere commisurate a profili e temi già presenti nella vicenda penale sette-ottocentesca.³³⁰

Este tipo de leitura da história penal italiana compromete muitos aspectos da sua compreensão pelo efeito de simplificação que acarreta. Por exemplo, absolutizando o foco de leitura na oposição entre as escolas, além de partir de premissas destorcidas, não se permite perceber, como constata Sbriccoli, a homologia de fundo que existe na penalistica italiana em que pese estas divergências entre as escolas. De fato o novo endereço positivo exercia em face da corrente liberal uma função concorrente, mas representava também, “con le sue utili innovazioni, ma anche con i suoi limiti culturali e politici, con gli errori strategici che coltivava, rappresentava dunque, tuttavia *un'espressione storicamente aggiornata della penalistica civile italiana* e si inseriva, checché pensasse di se stessa in una tradizione centenaria”.³³¹

Apesar das diferenças tão realçadas entre as duas escolas, pode-se dizer que ambas partem de um mesmo tronco. Tanto para os clássicos quanto para os positivistas, a penalidade estatal servia para sustentar a natureza inocente dos homens (normais eram a princípio os bons, justos, verdadeiros), a partir da definição de quais condutas eram delitos. Para os clássicos a penalidade deveria desviar os

³²⁹ SBRICCOLI, M. Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990) In: VIOLANTE, L. **Storia d'Italia**. Annali 14. Legge Diritto Giustizia. Torino: Giulio Einaudi editore, 1998, p. 498.

³³⁰ COSTA, P. Pagina introduttiva (Il principio di legalità: un campo di tensione nella Modernità Penale). **Quaderni Fiorentini**, v. XXXVI, p. 28, 2007.

³³¹ SBRICCOLI, M. *Op. cit.*, p. 506.

indivíduos normais do mal por meio da ameaça da pena; para os positivistas penais, a penalidade deveria mostrar aos indivíduos que não podiam agir de outro modo a não ser pelo mal, por serem anormais. Ambas deveriam apontar aquilo que não havia “funcionado” no indivíduo: se de fato havia querido o mal, no caso do indeterminismo clássico, ou se estava em grau para manifestá-lo, segundo o determinismo positivo.³³² Segundo Sbriccoli:

Alcuni degli elementi presenti nella dottrina positivista (l'attenzione al delinquente ed alla sua pericolosità, l'idea di una prevenzione speciale, la pena riadattativa, in una parola il nucleo cruciale che raccoglieva intorno alla ossessione della recidiva) circolano e si impongono facilmente nel sistema penale, in ragione della loro sostanziale compatibilità con la tradizione penalistica italiana; e così è anche per le prospettive generali di difesa sociale. Si tratta in buona sostanza di senso comune che ha già prodotto da tempo figure penali, istituti preventivi, pratiche repressive di polizia e percorsi interpretativi di giudici (...) No passano i capisaldi strategici del sistema dottrinale positivista, quelli che avrebbero trasformato il Paese in un immenso riformatorio (...).³³³

Embora a escola clássica priorize a normalidade do homem, por partir de uma racionalidade dedutiva – parte-se de um modelo pré-estabelecido de homem - e a escola positiva privilegie os homens anormais, na medida em que parte de uma racionalidade indutiva (empírica), este contraste indutivismo e dedutivismo na verdade constituem uma mesma metodologia: a analítico-dedutiva, na qual existe uma plena solidariedade entre momento dedutivo e momento indutivo.³³⁴ A anormalidade que se conclui a partir de um processo ascendente (indutivo) e dependente de fatores materiais ou discentente, segundo fatores valorativos (dedutivo) buscava, no fundo, traduzir uma mesma ideia: “che la violazione della norma penale vigente è, di per se stessa, indice primo di anormalità perché costituisce un male che contrasta, nel concetto, con la naturale innocenza dell’Uomo.”³³⁵ Assim, normais são os indivíduos que não transgredindo a norma penal, agem bem, e anormais aqueles que agem “mal”. A questão moral, embora negada em termos de responsabilidade na escola positiva (que afirma a responsabilidade social), também nela sua presença é muito forte, pois o elemento

³³² DALBRENTA, D. V. **La scienza inquieta**: saggio sull’Antropologia Criminale di Cesare Lombroso. Cedam: Padova, 2004, p. 212-213.

³³³ SBRICCOLI, M. Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990) In: VIOLANTE, L. **Storia d’Italia**. Annali 14. Legge Diritto Giustizia. Torino: Giulio Einaudi editore, 1998, p. 519.

³³⁴ DALBRENTA, D. V. *Op. cit.*, p. 213.

³³⁵ *Ibidem*, p. 214.

distintivo do anormal, é, sobretudo, a ausência de senso moral, por defeito bio-psíquico, orgânico – Lombroso desloca a moral da alma para o corpo, mas o fato de identifica-la em outro espaço, não significa que esta deixe de ser considerada – pelo contrário, continua no centro da questão.

“La categoria della ‘anormalità del delinquente, portata a perfezione – se così si può dire – da L’Uomo delinquente, ci restituisce al meglio il risvolto ideologico del razionalismo penale dell’Ottocento.”³³⁶ Segundo Daniele Dalbrenta, Lombroso teria percebido a falácia da categoria de normalidade aplicada ao direito – o normal transposto de um plano metafísico não se autodefinia, não era autoevidente, e recorria constantemente ao conceito de anormal, que por sua vez, dependia desta (pre)suposta normalidade metafísica – esta “ricorsività”, este círculo, acabava se fechando, portanto, na lei estatal. Lombroso pretende então definir a anormalidade em termos naturais (observáveis, mensuráveis, classificáveis) ligando a lei penal ao real, ao objetivo.

Talvez poder-se-ia afirmar que as ideias da escola positiva do direito penal, com seu forte caráter de arquitetura social (de uma sociedade controlada e em ordem, sobretudo) complementam de alguma forma e não apenas contradizem os projetos de uma sociedade nos moldes liberais. Em ambas o que se tem é um projeto de uma sociedade produtiva, harmônica e cuja palavra de ordem é a “ordem”. O modelo liberal-individualista aplica-se a uma parte da sociedade, os indivíduos autônomos, consumidores e controlados; nas propostas da escola positiva, o foco sobretudo são os sujeitos perigosos, anormais, aqueles que não constituíram a esfera do *self* autônomo, que não se enquadraram nos moldes produtivos e não entraram nas engrenagens de uma sociedade de consumo, porque resistem ao trabalho e por isso não estão aptos a produzir e, muito menos, consumir. Esta massa desordenada é o objeto de saber e poder da escola positiva. Portanto, os discursos se complementam, integram-se, na medida em que há uma dualidade de sujeitos e esta dualidade deve ser abarcada pelos saberes e poderes que constroem o conhecimento e as práticas ligadas à engenharia social.

Ambas abordam individualmente o sujeito, mas de maneiras muito distintas: enquanto o modelo liberal concebe o sujeito como indivíduo na medida de sua autonomia e direitos (liberdades individuais), a escola positiva concebe o sujeito

³³⁶ DALBRENTA, D. V. **La scienza inquieta**: saggio sull’Antropologia Criminale di Cesare Lombroso. Cedam: Padova, 2004, p. 212.

individualmente em sua esfera não jurídica ou subjetiva, mas biológica e psicológica (até porque, por conta desta mesma concepção, nega a possibilidade de autonomia, a qual tem seu substrato na capacidade livre de pensar e agir – para estes positivistas o homem é determinado por suas características e constituições biológicas, fisiológicas e psicológicas).

Pode-se dizer que ao privilegiar os sujeitos, incorporando o perigo aos indivíduos, a escola positiva busca eliminar a contradição liberal. Aquela contradição (teórica, mas que na prática tem uma funcionalidade adequada à sociedade burguesa) entre liberdade e ordem, lei e norma, igualdade na lei do código e desigualdade na disciplina da execução da pena, deixa de existir, pois os positivistas buscam introduzir a norma na lei a ponto de ambas tornarem-se indistinguíveis; a liberdade é esfumada (inclusive negada pelo determinismo) pela prerrogativa da segurança e da ordem. A lei regula, impõe, normaliza – a lei passa a ser norma, no sentido de normalizar e esta simbiose elimina a dualidade, a contradição. Contradição que deixando de existir eliminaria também uma margem de luta e de resistência, pois elimina espaços de liberdade e parte de um pressuposto inquestionável e naturalizado da diferença.

No sistema liberal lei e norma aparecem em momentos distintos – a lei igualitária na pena como retribuição, a norma que difere na execução da pena. A proposta positiva é uma extensão da norma ao primeiro momento também. Esta se absolutiza em todo o momento punitivo e inclusive se dilata (pela importância que ideias como prevenção e perigo assumem em seu discurso). Portanto, mais que uma oposição, a escola positiva é a absolutização de um dos aspectos já presentes no modelo liberal – a norma classificatória, a disciplina reformadora associada, num segundo momento, a um discurso médico que desvia as questões do social para o natural-biológico (biopolítica).

3 PARTE II: MODERNIDADE PENAL E A DUALIDADE LIBERAL NO BRASIL: DO IMPÉRIO ÀS BASES REPUBLICANAS PARA A RECEPÇÃO DO PENSAMENTO CRIMINOLÓGICO

3.1 LIBERALISMO, SUAS DUALIDADES E O CÓDIGO CRIMINAL DO IMPÉRIO

3.1.1 Liberalismo e Escravidão

A modernização penal no Brasil ocorre já no período imperial e responde ao influxo das ideias liberais que desaguavam no país no processo de consolidação de sua independência.³³⁷ Neste processo o pensamento liberal conferia ao discurso político, jurídico e econômico o novo ar civilizatório que o Brasil independente passava a reivindicar. Como afirmou Sérgio Adorno, o liberalismo compreende “os fundamentos ideológicos para a superação do estatuto colonial”³³⁸ e veicula o processo de modernização. No mesmo sentido, Domenico Losurdo³³⁹ aponta que o liberalismo, por fundar-se na ideia de ruptura com o poder político absoluto, inspirou a independência das colônias da América em face de suas metrópoles na Europa. Portanto, a tradição liberal está nas bases da fundação do Estado brasileiro independente e de sua legislação.³⁴⁰

³³⁷ A reforma iluminista no âmbito penal, em Portugal, é veiculada por Pascoal José de Mello Freire, que elabora um novo Código Criminal (1786), mas que, todavia, não é aprovado pelos juristas portugueses. Segundo Hespanha esta resistência está justamente no fato de que o código liberal não se adequava às tradições da época. Portugal só substituiria as Ordenações Filipinas (Livro V) por um código penal liberal em 1852, depois mesmo do Brasil. Como colônia portuguesa, o Brasil em matéria penal foi regido pelas Ordenações Afonsinas (quase sem efeito na colônia), Manuelinas e depois Filipinas (1603), livro V, uma legislação própria do Antigo Regime, em que prevalecem as penas corporais e de degredo, marcada por um ritual processual de tipo inquisitório.

³³⁸ ADORNO, S. **Os aprendizes do poder: bacharelismo liberal na política brasileira**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988, p. 45.

³³⁹ LOSURDO, D. **Controtopia del liberalismo**. Roma-Bari: Editora Laterza, 2005.

³⁴⁰ Francisco de Assis do Rego Monteiro Rocha Junior condensa várias razões para a recepção do ideário liberal naquele momento: segundo Sérgio Adorno e Raymundo Faoro a repressão metropolitana com relação às camadas populares e à elite (com o fiscalismo e entraves às atividades econômicas impostas pelo governo); de acordo com Sérgio Buarque de Holanda o forte papel das sociedades secretas como a maçonaria para a difusão do liberalismo, a unidade política e ideológica que vigiam no país – a maior parte da elite com cursos superiores era formada em direito pela Universidade de Coimbra; e o advento de um grupo de liberais que buscava maior participação no governo e ampliação dos direitos políticos, marcados por um forte pragmatismo necessário para manterem suas posições estratégicas alcançadas. (ROCHA JÚNIOR, F. A. R. M. **Recursos no**

Ser moderno significava na época aderir aos princípios liberais. Assim, o primeiro documento legislativo do Brasil Império, a Constituição de 1824, deixava claro esta adesão: determinava o princípio da legalidade; a igualdade perante a lei, eliminando privilégios; o direito à liberdade de expressão; proteção da propriedade, inviolabilidade de domicílio; proteção contra abusos de poder, proibindo a prisão sem culpa formada exceto nos casos previstos em lei e exigindo que esta fosse executada apenas por ordem escrita de autoridade competente; determinava a necessidade de se aprimorar a estrutura prisional (“as cadeias serão seguras, limpas e bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos réus, conforme suas circunstâncias e natureza de seus crimes” – parágrafo XXI do artigo 179); abolia os açoites, a tortura e todas as penas cruéis, e determinava a necessidade de elaboração de um novo código criminal,³⁴¹ o qual será finalmente promulgado em 1830,³⁴² abolindo definitivamente o Livro V das Ordenações Filipinas.

O iluminismo penal é lido e absorvido pelos juristas brasileiros; as ideias da modernidade, no que se refere ao direito de punir, chegam e circulam no Brasil e influenciam os juristas brasileiros envolvidos nos novos projetos de codificação para o país. A influência de Bentham, por exemplo, é claramente apontada por João Vieira de Araújo em uma obra em que comenta e analisa o Código Penal já republicano de 1890, mas faz referência ao Código Criminal do Império e de seu redator: “As generalizações das doutrinas de Bentham que Bernardo de Vasconcelos reduziu a disposições legislativas estão hoje sendo renovadas pelos criminalistas actuaes para fazer parte das codificações penas”.³⁴³

Este código pode ser identificado como o início da modernidade penal no Brasil.³⁴⁴ Projeto de Bernardo Pereira de Vasconcelos, afinava-se com o espírito

Supremo Tribunal de Justiça do império: o liberalismo penal de 1841 a 1871. Curitiba: Juruá, 2013, p. 60-63).

³⁴¹ Projeto de Bernardo Pereira de Vasconcelos.

³⁴² Entre a independência e a promulgação do Código continuam vigendo as Ordenações Filipinas, mas suavizada pelo menos em seus dispositivos mais cruéis, pela Constituição de 1824 (aboliu açoites, tortura, marca de ferro, limitou os efeitos da pena à pessoa do condenado, determinou que as cadeias fossem limpas e seguras).

³⁴³ ARAÚJO, J. V. **Código Penal comentado theorica e praticamente**. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Laemmert & Cia editores, 1897, p. 352.

³⁴⁴ Francisco de Assis do Rego Monteiro Rocha Junior indica algumas orientações anteriores ao Código de 1830 que já encaminhavam este delineamento liberal que marcará o início do Império: as ordens de Dom Pedro à nação em 23 de maio de 1821 em que se exigia: ordem escrita de juiz para efetivar prisão de pessoa livre (com exceção do flagrante); a expedição da prisão dependeria da formação da culpa sumária com instrução; após a prisão; o processo deveria ser encerrado em 48 horas; em nenhum caso alguém poderia ser lançado em segredo ou em masmorra estreita; as contravenções ao decreto seriam punidas com perdimento de emprego e inabilitação perpétua para

liberal e o iluminismo penal da época – orientava-se pelo princípio da legalidade, previa a proporcionalidade entre o crime e a pena, o princípio da pessoalidade das penas, inimizabilidade de menores de 14 anos e loucos de todo gênero, causas de exclusão de antijuridicidade da legítima defesa, estado de necessidade e exercício legal de um direito; previsão de circunstâncias agravantes e atenuantes; regulamentação do habeas corpus e inaugura no Brasil, segundo Manuel Barros da Motta, “a era da penalidade carcerária”³⁴⁵, pois com ele são suprimidas todas as penas corporais, com exceção da previsão de açoites para escravos e previu-se a pena de prisão simples e com trabalho para grande parte dos crimes (49,22% das penas utilizadas na parte especial são deste tipo). Aderir à lógica moderna de

qualquer outro em que haja exercido a jurisdição. Foi criado ainda antes da Independência pelo Aviso de 28 de julho de 1822 um tribunal de juízes de fato para julgarem os crimes de abuso de imprensa. Logo em seguida à independência, o Decreto de 14 de outubro regulamenta a inviolabilidade de domicílio. A Lei de 30 de agosto de 1828 regulava os casos em que se poderia realizar prisão sem culpa, dando limites ao instituto do flagrante, autorizando prisão antecipada apenas aos casos punidos com pena de morte, perpétua ou galés. (ROCHA JÚNIOR, F. A. R. M. **Recursos no Supremo Tribunal de Justiça do império: o liberalismo penal de 1841 a 1871**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 158-159).

³⁴⁵ MOTTA, M. B. **Crítica da razão punitiva: o nascimento da prisão no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011. Em 1833 (Ministro da Justiça Aurelino de Souza e Oliveira) funda-se a Casa de Correção, cujo plano inicial foi elaborado pela Sociedade Defensora da Liberdade e Independência Nacional do Rio de Janeiro, tendo como modelo o panóptico de Bentham, afinal, como o próprio jornal da época preconizava, as prisões deveriam realizar três funções: “custódia segura, reforma, castigo”. (Jornal **O Homem e a América**, Rio de Janeiro, n. 16, 1831 *Apud* MOTTA, M. B. **Crítica da razão punitiva: o nascimento da prisão no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011, p. 106). O texto ainda descreve como deveria ser seu edifício, de acordo com os padrões benthanianos: “A casa de inspeção, esta espécie de cadeia, é um edifício circular e vazio no centro: as prisões estão dispostas em roda e têm só uma porta com uma grade de ferro, e a luz é disposta de maneira que, do centro do edifício, se pode ver tudo o que se passa em todo âmbito de cada prisão. No centro do espaço vago em forma de torre estreita chamada torre de inspeção ou de vigia, onde residem os guardas ou carcereiros, os quais por meio de janelas ou gelosias podem ver sem ser vistos, pode-se observar tudo o que se passa dentro de casa prisão”.³⁴⁵ (*Ibidem*, p. 107). O primeiro raio do edifício, construído no modelo auburniano (isolamento à noite e trabalho comum durante o dia), ficou pronto apenas em 1850, quando passa a funcionar de acordo com o regulamento do Decreto 678, do mesmo ano. Inaugurado o primeiro raio, o governo decide construir um segundo de acordo com o sistema da Filadélfia (prisão celular absoluta). Todavia, antes de terminado, este espaço passou a ser usado como Casa de Detenção (1856), pelas péssimas condições do Aljube. Ainda, junto à Casa de Correção vão funcionar o Instituto de Menores Artesãos, o Calabouço, para escravos e o Depósito dos Africanos Livres.

punição fazia parte do processo mais amplo de modernização.³⁴⁶ As prisões, assim, passam a exercer uma dupla função: controle social e civilização.³⁴⁷

Como se verá na sequência, o Código Criminal do Império contou com um grande prestígio no âmbito da cultura jurídica da época, sendo considerado por Clóvis Bevilacqua, por exemplo, uma das poucas obras de originalidade brasileira, rompendo com sua tendência de importar a maior parte de suas leis do estrangeiro, em que pese as necessárias adaptações.

Prestigiado, portanto, porque original e também porque moderno – e, neste momento, moderno significava liberal. Mas afinal, em que termos podemos definir este liberalismo que inspira a modernização do direito penal e das práticas punitivas no Brasil? Como já se afirmou, a análise do início do processo desta modernização é relevante para o foco de estudo deste trabalho, que é compreender especificamente como a cultura jurídica penal, mais precisamente no ensino jurídico do período republicano, absorverá a criminologia positivista. E esta importância se justifica na medida em que o Código Criminal do Império, produto deste processo inicial de modernização marcado pelo liberalismo, será um instrumento por vezes utilizado como resistência à absorção do discurso criminológico e por vezes usado como elemento que, por seu brilhantismo teria adiantado os avanços que seriam possíveis a partir dos novos fundamentos propostos pelo positivismo penal.

Como adiante se observará, a absorção do pensamento criminológico se dará, sobretudo, a partir da substituição deste código pelo republicano. Derrubada esta “coluna de Hércules” (o Código imperial), o positivismo criminológico passa a circular de maneira mais “à vontade” no discurso dos juristas da República.

Compreender em que termos podemos definir o liberalismo do Código Imperial, permite-nos identificar em que medida, na República, este liberalismo será marcado por continuidades e ao mesmo tempo se redimensiona, permitindo a penetração das doutrinas positivistas.

³⁴⁶ No sistema colonial as prisões eram apenas lugares de detenção de suspeitos ou condenados aguardando a execução das sentenças, que geralmente eram execuções públicas, marcas, açoites, trabalho público, desterro. Eram locais sem qualquer higiene e controle (não havia registro de entrada e saída). Mero depósito de indivíduos que aguardavam a definição de seus destinos. Elas formavam um conjunto disperso e heterogêneo – cadeias municipais, postos policiais e militares, casas religiosas para mulheres abandonadas, centros privados de detenção ou cárceres privados nas fazendas e plantações. (AGUIRRE, C. Cárcere e sociedade na América Latina, 1800-1940. In: MAIA, C. N., et al. **História das prisões no Brasil** vol. I, Rio de Janeiro: Rocco, 2009).

³⁴⁷ CAVALCANTI, F. S., NETO, A.. Da cadeia à Casa de Detenção: a reforma prisional no Recife em meados do século XIX. In: MAIA, C. N., et al. **História das prisões no Brasil**, v. II, Rio de Janeiro: Rocco, 2009, p.75.

Segundo Losurdo no seu início o liberalismo correspondeu à autoconsciência da classe dos proprietários de escravos ou servos durante a formação do capitalismo, contra o despotismo monárquico e o poder central, reivindicando autogoverno e o gozo tranquilo da propriedade, sob o primado da lei. Afirma Losurdo,

Possiamo allora dire che quella liberale è la tradizione di pensiero che con più rigore ha circoscritto un ristretto spazio sacro nell'ambito del quale vigono le regole della limitazione del potere; è una tradizione di pensiero caratterizzata, più che dalla celebrazione della libertà o dell'individuo, dalla celebrazione di quella comunità degli individui liberi che definisce lo spazio sacro.³⁴⁸

Considerando esta concepção de Losurdo, o liberalismo mostrava-se uma doutrina adequada à elite brasileira, que queria romper com o poder da metrópole, sem afetar a estrutura social escravocrata, ou seja, resguardando um espaço sacro de liberdade apenas para determinados setores da sociedade.

Ao contrário da Europa, em que o liberalismo nasceu de uma classe em ascensão, a burguesia, e que buscava rupturas com a ordem vigente, no Brasil este ideário foi utilizado pela classe no poder, formada, sobretudo, pelos grandes proprietários de terras e sua clientela, justamente para reformulá-lo, modernizá-lo, mas mantê-lo. De acordo com Alfredo Bosi, dissemina-se aqui, então, um liberalismo moderado ou conservador, em que se defendia o comércio livre, mas não o trabalho livre; defendia-se a propriedade como direito individual, inclusive a propriedade de escravos, não sendo estes, todavia reconhecidos como sujeitos de direitos individuais. Liberalismo combinou-se com escravismo e isto era possível na medida em que, segundo este autor, liberal no Brasil significava: a) liberdade de produzir, vender, comprar; b) liberdade de representar-se politicamente; c) liberdade de submeter o trabalhador escravo mediante coação jurídica; d) liberdade de adquirir novas terras em regime de livre concorrência.³⁴⁹

Como pontua Raymundo Faoro, tratava-se de uma corrente do liberalismo que não partia de um viés mais revolucionário e democrático, ligada a Rousseau, mas um liberalismo conservador que “flui de Montesquieu, passa por Sieyès e se

³⁴⁸ LOSURDO, D. **Controscopia del liberalismo**. Roma-Bari: Editora Laterza, 2005, p. 305.

³⁴⁹ BOSI, A. **Dialética da colonização**. São Paulo: Companhia das Letras, 1992, p. 200.

define em Benjamin Constant, não por acaso o pai do Poder Moderador da Carta de 1824”³⁵⁰.

De fato, apesar do extenso rol de direitos individuais reconhecidos pela Constituição Imperial, ela apresenta muitos elementos que comprovam este perfil conservador: o próprio fato de ser uma Constituição outorgada, o Poder Moderador, já mencionado, uma religião de Estado e o silêncio com relação à escravidão, uma das permanências mais apontadas como razão para a incompatibilidade do ideário liberal no Brasil da época.

Todavia, o fato de conviverem a escravidão e o modelo político liberal no Brasil, não é prova da incompatibilidade das ideias liberais no país, até porque esta convivência entre liberalismo e escravismo não se deu apenas aqui, mas durante razoável tempo em muitos países de tradição liberal, como analisa Losurdo (França e Inglaterra em suas colônias e Estados Unidos em seu próprio território). Esta convivência faz parte do paradoxo do liberalismo, paradoxo que, como apontado por Losurdo, combina um ideário de limitação do poder político com um poder absoluto de homens com relação a outros homens³⁵¹; paradoxo como aponta Foucault, de uma forma de governo que se funda na liberdade dos indivíduos garantida pela Lei, mas ao mesmo tempo governo que cria uma série de estratégias e mecanismos de controle sobre o homem e a população.

³⁵⁰ FAORO, R. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 3 ed. São Paulo: Globo, 2001, p. 321.

³⁵¹ Locke, um dos pais do liberalismo, não apenas defendia a escravidão, mas era acionista da Royal African Company. Considera os povos nativos do Novo Mundo bestas selvagens e, portanto, legítima a escravidão nas colônias. Os índios não são civilizados, não conhecem o trabalho e a propriedade e, dessa maneira, não pertencem ao resto da humanidade. Como os criminosos, não podem viver em sociedade e, portanto, podem ser destruídos como leões e tigres. Como aponta no II Tratado sobre o Governo Civil, para ele o princípio da igualdade vale apenas para as criaturas de mesmo grau e espécie. Montesquieu é crítico com relação à escravidão, mas assume um discurso um tanto ambíguo quando a entende menos contrária à razão em lugares de clima muito quente. O clima passa a ser o argumento de justificativa para o filósofo francês, para quem nos povos do norte ela é desnecessária – o frio garantiu a estes povos a liberdade, sendo natural apenas em determinadas regiões, no sul, mais precisamente. Assim consegue justificar a escravidão nas colônias e não na Europa. Antes que aboli-la, deve-se regulá-la, excluindo seus possíveis abusos. Em momento algum a existência da escravidão impediu Tocqueville de ver nos Estados Unidos o exemplo de um povo democrático e promovedor da liberdade. Embora Tocqueville descreva com lucidez a situação degradante e desigual dos “peles vermelhas” e dos negros, isto não o impede de concluir que nos Estados Unidos impera a mais plena democracia, a despeito da escravidão com base racial, de um presidente proprietário de escravos e responsável pela dizimação dos peles vermelhas e que bloqueia a difusão de material abolicionista. Para Losurdo, a escravidão não se mantém a despeito do liberalismo, mas com ele atinge seu máximo desenvolvimento – em 1800 havia cerca de 3 milhões de escravos nas Américas, enquanto que em 1700 eram cerca de 330 mil. Na metade do século XVIII era a Inglaterra a possuir a maior parte dos escravos. (LOSURDO, D. **Controtopia del liberalismo**. Roma-Bari: Editora Laterza, 2005, p. 27, 37, 45, 50, 169).

Conceber que o liberalismo era uma ideia “fora de lugar”³⁵² no Brasil por contrastar com o regime escravocrata, instaurando-se um paradoxo na realidade brasileira, é ignorar o paradoxo que acompanha a tradição liberal desde o seu início, e que se torna perceptível quando se analisa, como propõe Losurdo, o liberalismo não abstraído em ideias, mas vinculado às práticas sociais e aos discursos de saber e poder que a ele se associam. O paradoxo liberalismo e escravidão não é uma peculiaridade do Brasil, mas da tradição liberal e estará presente no Brasil, quando este, determinado a se constituir um Estado Moderno calcado na lei, o faz sem

³⁵² Este termo refere-se diretamente a uma expressão utilizada no consagrado texto de Roberto Schwarcz, “Ao vencedor as batatas”. Neste o autor aponta que o liberalismo aqui cumpria uma função meramente ideológica, encobrendo uma realidade que, marcada pela escravidão e pelas práticas do clientelismo, era completamente impermeável a seus principais postulados. Na verdade o próprio autor indica que na Europa a liberdade do trabalho, o universalismo, a igualdade perante a lei, encobriam a exploração do trabalho – correspondiam, portanto, também à mera aparência. Mas no Brasil estas ideias, foras de lugar, como aponta o autor, encobririam outra realidade, também desigual e injusta, mas outra realidade. Segundo o autor o liberalismo, no Brasil, foi totalmente reformulado e descaracterizado; teve um caráter instrumental, assumiu muitas facetas e representou diferentes interesses. De todas suas facetas prevaleceu a de caráter conservador e antidemocrático – um liberalismo ilusório, que apenas buscava criar a ilusão da liberdade e igualdade entre os homens. A versão liberal brasileira expressou um evidente rompimento com os princípios democráticos e tal evidência não poderia se mostrar melhor do que com a persistência da escravidão e uma cidadania política restrita e ligada à riqueza. Como afirma Schwarcz, “a escravidão indicava a impropriedade das ideias liberais”. (SCHWARZ, R. **Ao vencedor as batatas**: forma literária e processo social nos inícios do romance brasileiro. São Paulo: Livraria Duas Cidades, 1992, p. 15). Schwarcz indica ainda que não era apenas a escravidão que mostrava o quão fora do lugar estavam as ideias liberais no Brasil. A prática do favor era um outro hábito brasileiro bastante díspare da lógica liberal, “o favor é a nossa mediação universal”, o profissional para exercer sua profissão, o funcionário para assegurar seu posto, o pequeno proprietário para proteger sua propriedade.” Nada mais contrário à autonomia da vontade liberal que a prática do favor, em que a segurança garantida pela relação pessoal impede qualquer tipo de autodeterminação. Como burocratizar um Estado fundado nestas bases? Racionalizando-se o discurso, mas mantendo-se as estruturas nas mesmas bases. A aristocracia rural incorporou aquilo que conseguiu acomodar aos seus interesses e privilégios, fazendo que no liberalismo à brasileira os incompatíveis andassem de mãos dadas, e, assim, como aponta Schwarcz “com método, atribui-se independência à dependência, utilidade ao capricho, universalidade às exceções, mérito ao parentesco, igualdade ao privilégio etc.” (*Ibidem*, p. 18). Como se demonstrará, embora entendamos que o liberalismo brasileiro tenha se caracterizado por um viés conservador e anti-democrático, não seguimos a linha de raciocínio do autor no sentido de considerar o liberalismo “fora do lugar” no Brasil, pois tendo em vista suas dualidades, o liberalismo, na verdade, tornou-se altamente permeável e adequado à realidade brasileira. Ricardo Marcelo Fonseca, em análise sobre a recepção das ideias europeias no Brasil, menciona este texto de Roberto Schwarcz, como exemplo emblemático de como se estabelece o debate, no âmbito brasileiro, sobre a compreensão do modo e das funções das ideias estrangeiras (norte-americanas e europeias) no Brasil. Um debate, pontua Fonseca, que geralmente se polariza entre uma visão que concebe no Brasil mera transposição e repetição de ideias (mimetismo) e de outro lado, uma concepção de que nossa produção é originalíssima (somos portanto, uma jabuticaba). Segundo Fonseca há, na verdade, uma peculiaridade brasileira nesta recepção, pois tratava-se de adequar estas ideias a um contexto bastante específico. Portanto, nem apenas imitação, nem tampouco absoluta originalidade – assim, as ideias europeias não eram nem apenas “fora de lugar” e nem completamente “em casa”. As ideias europeias sofreram uma releitura e uma recriação, dando uma espécie de vida nova à ciência jurídica europeia, o que todavia também não pode ser visto como mera distorção. (FONSECA, R. M. Tra mimesi e *Jabuticaba*: recezioni e adattamenti della scienza giuridica europea nel Brasile del XIX secolo. In: SORDI, B. **Storia e diritto**: esperienze a confronto. Milano: Giuffrè Editore, 2012, p. 415-424).

interferir na estrutura da sociedade (senhores-escravos) e da produção. Modernizar o Estado por meio da lei racional, não implicava modernizar a sociedade no sentido de incluir a todos no universo da lei, mas criar um espaço sacro de liberdade onde eram incluídos apenas alguns.

O Liberalismo no país foi canalizado para servir a interesses muito específicos: o das oligarquias e grandes proprietários de terra e do clientelismo vinculado ao monarquismo imperial. E estes grupos, na medida em que pretendiam manter seus interesses e privilégios, suas riquezas e propriedades, não cogitaram eliminar a escravidão e modificar a estrutura social-econômica. Tratava-se pois de um liberalismo filtrado de elementos democratizantes. Como bem expõe Sérgio Adorno, “prevaleceu a desigualdade na liberdade (...) o gosto pela liberdade de poucos sufocou o grito pela condição de igualdade de muitos. Liberdade associou-se à modernização e progresso; democracia à anarquia”.³⁵³

Como compor liberdade e ordem, e manter este afastamento da igualdade delimitou um liberalismo de moderação, mais preocupado com a ordem do que com a liberdade. Como define Francisco Rocha Junior:

Assim, unidade nacional nos primórdios do império e, manutenção da ordem sob o primado da lei, durante seu apogeu e declínio, ambos sob o manto da constituição imperial, podem ser vistos como o conteúdo daquilo que se convencionou denominar liberalismo de moderação (...) como prefere Slemian, antes de revolucionário, liberal à época significava conformidade às leis e estabilidade do governo.³⁵⁴

Assim, o liberalismo que inspira a reforma penal e, portanto, a elaboração do Código Criminal, não é um liberalismo democrático ou revolucionário, mas um liberalismo marcado pela ideologia iluminista-reformadora, focada na manutenção da ordem e do *status quo*.³⁵⁵ Não à toa Bentham é um dos autores mais citados como fonte de inspiração para a elaboração do código.

Dessa forma, embora alguns autores contemporâneos como Gabriela Nunes Ferreira e Jurandir Malerba questionem o liberalismo do Código Imperial, sobretudo por ele ainda conter a pena de morte e refletir a desigualdade social brasileira, com penas de açoites para escravos e pena de morte para os cabeças das insurreições,

³⁵³ ADORNO, S. **Os aprendizes do poder**: bacharelismo liberal na política brasileira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988, p. 47.

³⁵⁴ ROCHA JÚNIOR, F. A. R. M. **Recursos no Supremo Tribunal de Justiça do império: o liberalismo penal de 1841 a 1871**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 68.

³⁵⁵ *Ibidem*, p. 70.

esta crítica deve ser problematizada pela própria história, ou seja, deve-se analisar os termos do liberalismo da época que inspirou o código e não os parâmetros do liberalismo democrático ou atual, sob o risco de anacronismo. Ainda, a partir dos limites do liberalismo de moderação que caracterizou a inspiração legislativa criminal da época, é inegável que quando comparada às Ordenações que até então vigiam, as quais previam, por exemplo, a proibição de imprimir livros sem licença do rei e distinguiam entre “como serão presos os malfeitores” e “em que maneira os Fidalgos e Cavaleiros, e semelhantes pessoas”, além da previsão de penas infamantes e “tormentos”, os avanços em termos liberais foram significativos, sem falar, como bem pontua Francisco Rocha Junior, do viés antipoder da dimensão política do código, em que os crimes políticos não eram punidos com penas capitais ou trabalhos forçados, além da exigência de 20 mil pessoas para a configuração da rebelião, que praticamente inutilizava a aplicação do instituto.³⁵⁶

3.1.2 Liberalismo e Segurança

Como o paradoxo liberalismo/escravidão, o paradoxo liberdade/segurança-controle também se fez presente no Brasil Moderno. Como uma das faces do liberalismo a partir do século XIX, na Europa isso ocorreu sobretudo por conta dos efeitos sociais do desenvolvimento desequilibrado do capitalismo (urbanização, pobreza, miséria, doenças). No Brasil, o controle da população também será um alvo do Estado, todavia aqui as razões eram outras, ao menos até a República.

O período que segue a independência, sobretudo após a abdicação de Dom Pedro I, corresponde a um momento histórico bastante conturbado no Brasil, marcado por instabilidades econômicas, políticas e sociais. Dependência do capital estrangeiro, aumento dos gastos públicos, ausência de certezas quanto ao destino político, cisão das classes dominantes – todas estas instabilidades agitam a sociedade. Nas palavras de Vera Batista, a possibilidade de que ocorresse “A

³⁵⁶ FERREIRA, G. A nacionalização das elites: o debate institucional da regência. In: MOTA, C. G. **Os juristas na formação do estado** – nação brasileira: séc XVI a 1850. São Paulo: Quartier Latin, v. 1, 2006; MALBERBA, J. **Os brancos da lei**: liberalismo, escravidão e mentalidade patriarcal no Império do Brasil Maringá: EDUUEM, 1994. *Apud* ROCHA JÚNIOR, F. A. R. M. **Recursos no Supremo Tribunal de Justiça do Império**: o liberalismo penal de 1841 a 1871. Curitiba: Juruá, 2013, p. 161-165.

radicalização do liberalismo, o fim da escravidão, a utopia de uma nação mestiça, a cidadania para todos sacudiam o país”.³⁵⁷

Por conta de tantas instabilidades que davam margens a movimentos e revoltas populares disseminou-se, sobretudo entre as elites, um sentimento de medo generalizado, que apenas tendia a aumentar pois somado às instabilidades locais ainda existia a sombra da Revolução no Haiti. O medo se dirigia principalmente com relação a agitações ou possibilidade de insurreições dos negros. Na verdade, o medo e sua disseminação também foram usados como instrumentos para manutenção das relações escravocratas, para impedir que num momento de indefinição política, em que tudo poderia acontecer, a sociedade também pudesse tomar novos rumos, assumindo efetivamente os princípios do liberalismo: igualdade e liberdade. Qualquer tipo de reação de caráter popular era associado a banditismo e anarquia.

A retórica liberal é combinada com o discurso da necessidade de se conter as massas indisciplinadas e imorais, por meio de práticas de controle e repressão bastante severas. Assim, embora inspirado nos ares liberais que também nortearam o Código Criminal, o Código de Processo Crminal, de 1832, não terá uma duração muito longa, sendo reformado em 1841 (Lei de Intrepretação do Ato Adicional de 1840 e Lei de 03 de dezembro de 1841), a partir de uma lógica policialesca, recebendo uma feição conservadora e centralizadora: quase eliminam-se as funções do juiz de paz; a instrução criminal passa a ser feita pela polícia; delegados e subdelegados com funções judiciárias e subordinados ao Chefe de Polícia subtraem poderes dos magistrados, cujas nomeações derivavam do poder central.³⁵⁸ Destaca-

³⁵⁷ BATISTA, V. M. **O medo na cidade do Rio de Janeiro**: dois tempos de uma história. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 130.

³⁵⁸ Francisco Rocha Junior faz uma interessante análise sobre o processo que desencadeou este regresso conservador e centralizador. O Código de Processo Criminal, aprovado já depois da abdicação de Dom Pedro I não tinha como alvo o poder central. Pretendeu eliminar as permanências do sistema português e contrapôs-se à magistratura profissional (eliminaram-se as ouvidorias de comarca, os juizes de fora e ordinários), por meio da criação de juizes de paz (que substituem as funções dos policiais, acumulando estas e também funções judiciais) e do júri, personificando o ideal do localismo. Configurando seu caráter liberal substitui o sistema inquisitório das Ordenações pelo acusatório, cabendo ao acusador provar as acusações e prevalecendo a presunção de inocência. Estas normas na prática acabaram assumindo um perfil muito diferente. Os juizes representavam interesses específicos (seus e de seus próximos) e o clientelismo, portanto, não deixou de existir. O juiz de paz ao invés de representar o conciliador, passou a ser centro irradiador de arbitrariedades e perseguições. Assim, como conclui Francisco Rocha: (...) uma instituição que, ao invés de descentralizar o acesso à justiça e possibilitar a participação democrática na população de sua gestão, enveredou-se pela mesma seara trilhada pelos tão criticados magistrados da coroa: corrupção, impunidade, perseguição e ilegalidade”. (ROCHA JÚNIOR, F. A. R. M. **Recursos no Supremo Tribunal de Justiça do Império**: o liberalismo penal de 1841 a 1871. Curitiba: Juruá,

se que tal reforma teria sido inspirada em um projeto redigido por Bernardo Pereira de Vasconcelos em 1839. Assim, como expõe Francisco Rocha Junior:

(...) todo o conjunto de levantes de escravos, movimentos separatistas e movimentos populares demonstrando descontentamento com os frutos trazidos pela independência, que então desembocavam na crítica ao liberalismo. O discurso não poderia ser mais apropriado: um movimento regressista, que na sequência se consolidaria como o partido conservador, mas que já se insinuava como partido da ordem e do controle social, e que exerceria maior autoridade para reprimir as manifestações. Visualizando-se o fenômeno teríamos uma amálgama bem típico de nossa estruturação como sociedade organizada: atingir os objetivos liberais de estabilidade e ordem, centralização e repressão.³⁵⁹

Ainda, associado aos Códigos, o Rio de Janeiro testemunha a produção de uma série de Posturas Municipais. Estas se voltavam ao controle de parte da população, tentando interferir diretamente no seu modo de vida, disciplinando aspectos ligados ao seu cotidiano e hábitos de modo a torná-los adequados ou o mais indiferentes possível à ordem. Desde 1828, a lei de 1 de outubro do mesmo ano conferia às câmaras municipais a criminalização de uma série de atos por meio das posturas municipais.³⁶⁰

Para impor seu cumprimento, a partir de 1841, adquire um foco central a polícia³⁶¹, eterna vigilante da ordem pública. Neste período foram estruturadas em várias cidades centrais do Império fortes aparatos de polícia para garantir a vigilância da população e o cumprimento das posturas municipais.

2013, p. 177). As críticas a este sistema partiam tanto do governo central quanto das localidades. Além disso, o júri também levanta uma série de críticas – geralmente constituído por pessoas sem qualquer formação, mais humildes e facilmente influenciáveis e a dificuldade de agrupar um número que deixasse seus negócios e afazeres. Ainda, a manipulação dos jurados pelos juizes de paz, que controlavam inclusive a sua seleção.

³⁵⁹ ROCHA JÚNIOR, F. A. R. M. **Recursos no Supremo Tribunal de Justiça do Império: o liberalismo penal de 1841 a 1871**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 181-182.

³⁶⁰ O uso das posturas como instrumento de controle de camadas da população vistas com temor e ameaça à ordem não ocorreu apenas no Rio de Janeiro. Em Recife também foram usadas como mecanismo de controle e agiram no sentido de cercear a cultura popular, vista como prejudicial aos bons costumes e à civilização. Criminalizavam e puniam costumes, hábitos e tradições das camadas populares. Mas como bem pontuam os autores Flávio Cavalcanti e Albuquerque Neto, a reiteração das posturas é um indicativo de que a população resistia em segui-las, na medida em que elas buscavam intervir diretamente no modo de vida destas pessoas. Como no Rio, em Recife os aparatos policiais são reforçados para dar efetividade o quanto possível ao texto da lei. (CAVALCANTI, F. S., NETO, A.. *Da cadeia à Casa de Detenção: a reforma prisional no Recife em meados do século XIX*. In: MAIA, C. N., *et al. História das prisões no Brasil*, v. II, Rio de Janeiro: Rocco, 2009, p. 77-78).

³⁶¹ Em 1808 é criada a Intendência Geral da Polícia da Corte e do Estado do Brasil; 1809, a Guarda Real de Polícia; em 1831, a Guarda Nacional; 1831, o corpo de Guardas Municipais Permanentes; 1833, a Secretaria de Polícia Militar (a qual abrange a Guarda Nacional, a Polícia e instâncias judiciais).

Chalhoub em seu texto “Visões de Liberdade” apresenta uma série de documentos entre o Ministro da Justiça, o Chefe de Polícia da época (Eusébio de Queiroz) e juizes de paz que demonstram o medo com relação aos negros e a preocupação com a segurança e tranquilidade públicas. Inclusive o autor destaca numa circular de Eusébio de Queiroz o erro de digitação em que a palavra segurança teria sido digitada duas vezes consecutivas³⁶² – a duplicidade da palavra, erro do inconsciente, era talvez indício da intensidade do medo na consciência coletiva.

As ordens eram de vigilância total para que se mantivesse o máximo de disciplina e ordem entre os escravos e a tomada de medidas com relação a qualquer escravo suspeito. Os atos mais insignificantes eram sinais de suspeição: andar pelas ruas à noite, andar com chapéu desabado, a presença de mais de dois escravos juntos. Por conta deste contexto, como constata a autora Vera Batista,

Na década de 40 em diante acontece a institucionalização do sistema de vigilância sobre o comportamento público dos pobres sem patrão e dos escravos. Contra as formas de resistência da população recrudescem as detenções por comportamentos ilegais e também por comportamentos inaceitáveis.³⁶³

O Estado Imperial busca conhecer sua população, bem como controlá-la. Para isso além dos mecanismos repressivos da polícia, prevêem-se outros órgãos e mecanismos da administração voltados a estas finalidades. Um exemplo corresponde ao Ministério dos Negócios do Império. Este tinha a competência de conhecer a população:

Por meio da organização do registro civil, da realização do recenseamento e da regulamentação dos direitos civis e políticos dos estrangeiros; cuidar dos assuntos referentes à saúde pública e ao controle sanitário; organizar o ensino primário na Corte e o superior em todo o Império, além do ensino de cunho profissional; estabelecer regulamentos para as diferentes profissões, com exceção da magistratura; administrar os hospitais e regulamentar as habitações urbanas (cortiços); supervisionar os templos de cultos não católicos; regulamentar as eleições e supervisionar os presidentes de província.³⁶⁴

³⁶² CHALHOUB, S. **Visões de Liberdade**: uma história das últimas décadas da escravidão na Corte. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 235.

³⁶³ BATISTA, V. M. **O medo na cidade do Rio de Janeiro**: dois tempos de uma história. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 145.

³⁶⁴ MATTOS, I. R. **O Tempo saquarema**. 5 ed. São Paulo: Hucitec, 2004, p. 213-214 *Apud* CAVALCANTI, F. S., NETO, A. Da cadeia à Casa de Detenção: a reforma prisional no Recife em

Se pensarmos que ambos os paradoxos liberalismo/escavidão e liberalismo/segurança são ramificações da problemática central do liberalismo que é a exclusão/inclusão, como na perspectiva de Losurdo (definição do espaço sacro de liberdade), o liberalismo se torna extremamente adequado, por adentrar num contexto em que no Brasil justamente a redefinição da política e do direito poderiam acarretar uma redefinição da estrutura social.

Como já se pontuou, ao absorver o liberalismo o Brasil absorve também seus paradoxos. A dualidade liberdade-segurança e a dualidade liberdade-escavidão. Esta última, na verdade, acabou sendo bastante conveniente, na medida em que se buscava libertar o país da Metrópole, sem necessariamente libertar os escravos de seus senhores. Não há paradoxo na adoção do liberalismo no Brasil escravocrata, pelo contrário, o paradoxo próprio da tradição liberal em manter a dualidade liberdade e escavidão fez do liberalismo uma doutrina bastante permeável e adequada à realidade brasileira que precisava passar por mudanças sem alterar as relações de poder internas.

A dualidade liberdade-segurança também é absorvida pelo Brasil Independente que no processo de sua consolidação, afirma direitos individuais, mas cria uma série de discursos e dispositivos de segurança para controlar a população, veiculados, sobretudo, pela polícia.

O liberalismo, como discurso dotado de materialidade, acabou consolidando práticas de poder e de controle, sobretudo com relação aos sujeitos excluídos de uma ordem artificialmente criada e do espaço sacro de liberdade. Cria-se uma liberdade e uma igualdade artificiais. Este viés do liberalismo ligado a tais práticas de poder e controle, agentes em nome da segurança (que se contrapõe à liberdade, como pontuou Foucault) também é absorvido no Brasil, emergindo de maneira mais discreta nos códigos e de modo mais evidente nas legislações especiais, nas Posturas Municipais, na ação da polícia e nos discursos de juristas e médicos, que impregnados pelas teorias evolucionistas, darwinistas e naturalistas do século XIX, vão mesclá-las aos princípios liberais para garantir o processo de modernização do país, embelezamento das cidades e higienização da nação (população).

O discurso criminológico oferece neste sentido uma base teórica e supostamente científica bastante apropriada. Chegando no Brasil em meados da

década de 80 do século XIX, no poente do Império e nos albores da República, sua recepção será gradativa e tende a se intensificar sobretudo na segunda década republicana, em que o perfil mais autoritário do governo começa a tornar-se mais nítido e evidente.

3.2 REPÚBLICA: CONTEXTO CULTURAL, SOCIAL, POLÍTICO E NORMATIVO DA RECEPÇÃO DO PENSAMENTO CRIMINOLÓGICO E ALGUMAS INSTITUIÇÕES QUE A ELE SE AMOLDARAM

Na verdade, a República, em termos culturais, políticos e sociais, foi um momento histórico bastante adequado para a recepção da criminologia positivista.

3.2.1 Contexto Cultural

Pode-se dizer que culturalmente a intelectualidade republicana contava com uma maior maturidade, por conta de um processo que já se iniciou no império, sobretudo a partir da década de 70. Os centros de saber se consolidam ao longo do século XIX e recepcionam, sobretudo, a partir desta década, o evolucionismo, darwinismo, materialismo, naturalismo, monismo, cada instituição ao seu próprio modo como desenvolve Lília Schwarcz: Faculdades de Direito em São Paulo e Recife, Faculdades de Medicina na Bahia e Rio de Janeiro, institutos históricos que começavam a escrever a história oficial do país, museus como o Museu Paulista, Museu Nacional, Museu Paraense de História Natural, os quais desempenharam um importante papel para a pesquisa etnográfica e ao estudo das ciências naturais; Instituto Manguinhos, liderado por Oswaldo Cruz (febre amarela e sanitização das cidades), Escola Politécnica no Rio de Janeiro, de Minas em Ouro Preto; Imprensa e literatura difundiam os ventos das novas ideias no senso comum, para além dos muros das instituições de saber. Pode-se destacar o Jornal “Província de São Paulo”, depois chamado “O Estado de São Paulo” fundado em 1875 assumindo o papel da imprensa que divulgava os mestres europeus (Darwin, Spencer, Comte) e

os romances naturalistas que divulgavam os modelos científicos deterministas (A Carne, O Ateneu, A Esfinge, O Chromo: um estudo de temperamento).³⁶⁵

Em Recife esta recepção é emblemática. O cientificismo tomou conta da mentalidade de importantes juristas da época, como Tobias Barreto, que introduz estas referências (os mais “avançados” pensamentos da época – leituras naturalistas, biologicistas, cientificistas, históricas, sociológicas, com forte tendências evolucionistas e monistas) na cultura brasileira. Este autor rejeitava o jusnaturalismo metafísico tradicional e propunha a compreensão do direito como um fenômeno social, cultural, histórico. Para compreender o Brasil e dotá-lo de instituições deve se conhecer a natureza da sociedade.³⁶⁶

O período entre 1868 e 1878 é visto como de renovação cultural e segundo Silvio Romero era “(...) o mais notável de quantos no século XIX constituíram a nossa vida espiritual”³⁶⁷. O “bando de ideias novas”, como o evolucionismo, darwinismo, materialismo, naturalismo, monismo, como mencionado, era absorvido abalando, segundo Silvio Romero, o catolicismo reinante, a filosofia espiritualista e eclética, o romantismo e seus doces enganos.

A “geração dos 70”, inspirada por uma crença incondicional na ciência, tornou-se a responsável pela modernidade cultural e laicização do pensamento – o direito passava a ser afirmado como prática científica. Este movimento de revolução cultural será, então, identificado como “Escola do Recife”.³⁶⁸

Para a recepção do pensamento criminológico, o estofa preparado pela Escola do Recife foi bastante significativo. Tanto que, como se analisará na sequência, dois de seus integrantes, Tobias Barreto e João Vieira de Araújo, são identificados como os primeiros juristas a divulgarem as ideias da antropologia criminal e da “escola positiva”. Tobias Barreto, bastante crítico e João Vieira, como adepto e propagandista.

³⁶⁵ SCHWARCZ, L. M. **O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil 1870-1930**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993, p. 32.

³⁶⁶ “É mister bater cem vezes, e cem vezes repetir: o direito não é filho do céu, é simplesmente um fenômeno histórico, um produto cultural da humanidade”. (BARRETO, T. **Estudos de direito**. Brasília: Senado Federal/ Conselho Editorial, 2004, p. 443).

³⁶⁷ ROMERO, S. Explicações indispensáveis. Vários Escritos In: BARRETO, T. **Obras Completas**. Rio de Janeiro: Pongetti, 1926, p. XXIII.

³⁶⁸ Antonio Paim identifica que a escola teve 4 momentos: o primeiro de crítica ao ecletismo espiritualista a partir do positivismo e do darwinismo; a segunda de rompimento com o positivismo e quando Tobias Barreto assume a posição central da escola; a terceira marcada pelo cientificismo e adesão ao evolucionismo spenceriano e por fim a quarta com o declínio das discussões de cunho filosófico (a partir de 1906). (PAIM, A. **A Filosofia da Escola do Recife**. Rio de Janeiro: Saga, 1966, p. 83-84).

Uma das críticas mais enfáticas dos criminólogos italianos, como já se analisou, era a referência à metafísica da intitulada por Ferri, “escola clássica” – seu método dedutivo que partia de princípios abstratos, como uma ideia de justiça absoluta e a pedra angular do direito de punir, o livre arbítrio. A questão metafísica, pode-se dizer, era um dos focos da Escola de Recife. É conhecida a defesa de doutorado de Silvio Romero, que anunciava a morte da metafísica. Tobias Barreto não chegava a este extremo. Embora Clóvis Bevilacqua indique não existir uma unidade de princípios entre seus membros, podemos dizer que, tendo em vista o foco de análise do direito, dentre seus integrantes, priorizar a objetividade dos fatos, tendo o direito que ser analisado como os demais fenômenos do universo, a análise jusnaturalista é relegada à periferia do pensamento e com ela a metafísica, quando não é “assassinada”, é recolocada em posição mais tímida, como o faz Tobias Barreto.³⁶⁹

Como pudemos analisar anteriormente, a chamada “Nova Escola” afirmava-se justamente por representar no direito criminal os avanços da ciência, no contexto epistemológico marcado pelo positivismo e os demais *ismos* que com ele se associaram (naturalismo, organicismo, evolucionismo, darwinismo). Este contexto epistemológico europeu foi determinante para o aparecimento de uma perspectiva com novas bases no campo punitivo. Claro, que também respondia a uma nova rearticulação do Estado e da sociedade e dos controles com relação a esta, mas o pensamento não é determinado necessariamente pela base, o saber não é apenas um reflexo do poder. As relações entre ambos são complexas e pressupõem também uma espessura de autonomia em cada um destes campos. Assim, mesmo havendo a rearticulação entre governo e população, as transformações no campo do

³⁶⁹ “Eu não sou um d’aquelles (...) que julgam fazer acto de adiantada cultura scientifica, eludindo e pondo de parte todas as questões, de character másculo e serio, sob o pretexto de serem outras tantas bolhas de sabão theoreticas, outros tantos quadros de fantasmagoria metaphysica. É preciso não confundir a impossibilidade de uma solução com a incapacidade de leva la a efeito.” (BARRETO, T. **Menores e Loucos em Direito Criminal**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. 126). Concordando com Kant, afirma que se a metafísica não é aceitável como ciência, deve ser ao menos uma disposição natural, posto que a razão humana é atormentada por questões que estão além de sua capacidade de resolver, mas que também não pode abrir mão de questionar. E é neste terreno que a metafísica se move e há de sempre se mover. Para Tobias Barreto, portanto, a metafísica não está morta, como muitos em sua época, inclusive outro gênio brasileiro e seu contemporâneo, Silvio Romero, ousavam proclamar. Mas, com cautela ressalva: “Não se julgue entretanto que, assim me exprimindo, eu queira quebrar uma lança em favor dos velhos e novos phantasmas racionaes, que teimam em fazer-nos a geografia do absoluto, com o mesmo grau de segurança, com que por ventura se nos faz a descripção de um paiz da Europa.” (*Ibidem*, p. 127).

saber influíram na delimitação dos termos desta nova forma de se fundamentar o direito de punir, de se compreender o criminoso e as formas de punição.

Como a importância que este contexto epistemológico teve na Europa, as transformações no âmbito do pensamento no Brasil também foram fundamentais para condicionar e moldar a recepção do pensamento criminológico. Assim, a recepção do evolucionismo, do monismo, do organicismo, do darwinismo, é uma das premissas culturais que influem na absorção do positivismo criminológico.³⁷⁰

De fato a Escola do Recife merece destaque por receber estes novos parâmetros do pensamento europeu com certo pioneirismo e ainda contando com a exaltação e envolvimento de alguns dos principais dos seus integrantes em não apenas modernizar o pensamento, mas usá-lo para refletir o próprio Brasil. Estes pensadores buscavam afirmar o pensamento brasileiro, não apenas atualizando-o, mas conferindo a ele uma *coralidade* própria, uma autonomia a partir da preocupação com as questões nacionais. Este pioneirismo com relação a estes novos parâmetros do pensamento podem ser indicados como uma das razões pelo pioneirismo também com relação à absorção do positivismo criminológico em Recife.

Por conta também deste pioneirismo é comum uma dicotomização entre as Faculdades de Recife e São Paulo, como o faz Lilia Schwarcz. A Faculdade de São Paulo, caracterizando-se por um envolvimento político maior; de cunho jornalístico e literário, cenário privilegiado do bacharelismo brasileiro; vinculada à prática do

³⁷⁰ Ainda que o seu caráter de escola lhe possa ser negado, sobretudo, pelo argumento de insuficiente coesão doutrinária, para Nelson Saldanha este movimento existiu como Escola e assim também era visto em seus dias. (SALDANHA, N. **A Escola do Recife**. E ed. São Paulo: Convívio, 1985; PAIM, A. **A Filosofia da Escola do Recife**. Rio de Janeiro: Saga, 1966, p. 137-138). De um modo geral seus integrantes foram republicanos e liberais, defendendo a liberdade e o progresso, o direito, a paz e a razão. Como aponta Antonio Paim, estes pensadores pretendiam dar base científica para se estudar a sociedade brasileira e por isso foi central no processo de constituição de nossa cultura. Segundo Saldanha o monismo e o evolucionismo podem ser tidos como as concepções gerais mais características do grupo (*Ibidem* p. 101-102; 139-140; 144-145). Praticamente todos os integrantes da Escola foram evolucionistas, mas a seu modo. Tobias Barreto era crítico do positivismo de Comte e sua lei dos três estados, concebendo-a como um evolucionismo estanque; cuja evolução já está dada, mas também discordava de Spencer. Assumia o monismo de Noiré e um evolucionismo inspirado em Darwin, sendo bastante presente o conceito de luta, inclusive na análise do direito (a partir, aqui, de Ihering) Silvio Romero era um evolucionista nos moldes spencerianos e também não economizava críticas ao positivismo ortodoxo (representado pelo Apostolado Positivista, de Teixeira Mendes), considerando a religião da humanidade um “credo esdrúxulo” e o perfil profundamente antidemocrático e aristocrático do positivismo; seu monismo vincula-se a Haeckel (monismo mecanicista). Clóvis Bevilacqua desloca-se do positivismo ao monismo evolucionista, considerando-o a expressão mais elevada do pensamento filosófico, mas não era fanático de Spencer, afirmando que este ainda não tinha dito a última palavra a respeito. Entende que a metafísica como a ciência do ser absoluto não pode mais existir, mas acompanhará, todavia, para sempre o espírito humano. (PAIM, Antonio. **A Filosofia da Escola do Recife**. Rio de Janeiro: Saga, 1966, p. 44-50; 117-121; 154-158; 50-57; 159-167; 60-68).

periodismo e da militância política. Esta faculdade tornou-se um dos maiores centros de formação de intelectuais, políticos e burocratas da época, uma vez que São Paulo era um importante centro de poder político e econômico. Já Recife se destacou como um centro de produção de idéias autônomas, das teorias, dos modelos, representando a vanguarda científica brasileira. De lá partiam os gritos de descontentamento, enquanto São Paulo assumia a fala oficial.³⁷¹

Esta dicotomização Lilia Scharwcz ainda estende para a absorção da criminologia, considerando São Paulo mais resistente à antropologia criminal e às teorias deterministas. Assim afirma: “Em nome do livre-arbítrio do indivíduo e da análise social do fenômeno criminal, é com prevenção que os modelos deterministas penetraram nos circuitos acadêmicos paulistas”.³⁷²

Na verdade não queremos adiantar a análise que será minuciosamente feita no decorrer da pesquisa, mas é importante ressaltar que esta leitura de Schwarcz deve ser problematizada, no mínimo matizada.³⁷³ Primeiramente, pela biografia de grande parte dos juristas analisados nesta pesquisa, a qual teve significativa atuação política, tanto em Recife quanto em São Paulo. De fato São Paulo adquire ao longo do século XIX uma centralidade política e econômica maior, mas das cadeiras da faculdade pernambucana não saiam apenas intelectuais descontentes, mas políticos que ocuparam posições importantes na época.

De fato, ainda, Recife foi pioneira tanto na recepção “do bando de ideias novas” quanto na adesão às ideias da antropologia criminal, com João Vieira de Araújo, mas São Paulo acabou também as absorvendo de maneira significativa, inicialmente com Severino Prestes, já em 1896 e decisivamente com Candido Motta, a partir de 1909. Além disso, Recife não foi apenas palco de uma recepção submissa e acrítica das ideias do positivismo criminológico, como provam Tobias Barreto e Clóvis Bevilacqua. Também é importante ressaltar que a questão da raça, presente como elemento influente na criminalidade e elaborada a partir das premissas da desigualdade, não é um discurso muito mais central, como a autora

³⁷¹ SCHWARCZ, L. M. **O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil 1870-1930**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993, p. 150-151.

³⁷² *Ibidem*, p. 179.

³⁷³ Sobre a necessidade de problematizar algumas ponderações de Lilia Schwarcz, em entendimento semelhante ao desenvolvido nesta pesquisa, ver também SONTAG, Ricardo. A escola positiva italiana no Brasil entre o final do século XIX e início do século XX: a problemática questão da “influência” In: **Derecho en movimiento: personas, derechos y derecho en la dinámica global**. Madrid. Editorial Dykinson, 2015, p. 08-12.

supõe, entre os juristas de Recife. Em Severino Prestes e Candido Motta, professores da faculdade paulista, a raça aparece e neste último tem um destaque relativamente maior do que em João Vieira, por exemplo. Ainda, Pedro Lessa, professor de filosofia desta faculdade, embora apontado como crítico à antropologia criminal por Lilia Schwarcz, não deixa de fazer elogios à Sociologia Criminal de Ferri.³⁷⁴

Pedro Lessa inclusive é objeto de análise desta pesquisa pois, muito embora não tenha sido professor de direito criminal, foi um dos juristas que trouxe o evolucionismo de Spencer em face do comtismo em São Paulo – como se verificou, o evolucionismo e o monismo tiveram sua porta de entrada, sobretudo, por Recife (Escola do Recife), mas este personagem foi importante, juntamente com Paulo Egídio e João Monteiro, no processo de recepção não só de Spencer, mas também de autores como Haeckel, Littré e Ardigó.³⁷⁵ A recepção destes autores e suas doutrinas podem ser vistas como facilitadoras para a absorção das ideias da nova escola penal, uma vez que muito de suas bases estão absolutamente a elas vinculadas, como já se analisou na primeira parte desta pesquisa. Pode-se dizer que a recepção destas teorias (evolucionismo, materialismo, monismo, darwinismo) prepararam o “terreno” para a permeabilidade das concepções da escola penal positiva – talvez mesmo por esta razão as novas tendências penais criminológicas tiveram adeptos primeiramente em Recife com João Vieira, e não em São Paulo,

³⁷⁴ Mesmo Lilia Schwarcz faz uma espécie de matização com relação a esta concepção de que em São Paulo havia maior resistência às leituras raciais deterministas, quando analisa os debates na Câmara dos Deputados a respeito da imigração asiática e africana. A Sociedade Central de Imigração, com apoio de políticas, por várias vezes afirmou o caráter “atrofiado, corrupto, bastardado e depravado e em uma palavra detestável da raça chinesa”. (SCHWARCZ, L. M. **O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil 1870-1930**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993, p. 184). O Decreto 528 de 1890 abria a entrada de imigrantes para o trabalho, desde que não fossem asiáticos e africanos. São Paulo, a sede do discurso liberal no país, escorregou quando se tratou de falar da entrada de africanos e asiáticos. Argumentos próprios do discurso republicano foram utilizados para justificar a aversão à entrada de tais grupos étnicos. Para a autora, então, São Paulo demonstrou na prática a simpatia com relação às conclusões teóricas racistas dos darwinistas sociais, restringindo a entrada de uma série de etnias, inclusive europeias (provenientes da Europa Central, por exemplo). Nem todos eram bem vindos. Artigos em jornais mostram o engajamento de juristas paulistas no sentido de proibir a entrada de chineses, como no Jornal Correio Paulistano, de 19 de julho de 1892, que aos chineses se referia como “gente lasciva ao ultimo grao, escoria acumulada de países de relachadíssimos costumes”. (*Ibidem*, p. 185). Embora no discurso parecessem cautelosos, a resistência à entrada dos chineses mostra a aderência destes intelectuais paulistas às teorias racistas abertamente defendidas pela intelectualidade de Recife. “(...) em São Paulo um liberalismo de fachada, cartão de visita para questões de cunho oficial, convivía com um discurso racial, prontamente acionado quando se tratava de defender hierarquias, explicar desigualdades”. (*Ibidem*, p. 186).

³⁷⁵ REALE, M. **Filosofia em São Paulo**. São Paulo: Conselho Estadual de Cultura. Comissão de Literatura, 1959, p. 100-139.

onde se percebe uma recepção um pouco mais tardia. Como receptor destas influências em São Paulo, Pedro Lessa pode ser visto como elemento chave para a recepção da criminologia nesta faculdade.

A República condensa, assim, o desenvolvimento do conhecimento no século XIX e corresponde a um momento de maior circulação de ideias, como afirma José Murilo de Carvalho. “Porre ideológico” ou “maxixe do republicano doido” traduzem a mistura das ideias no período: liberalismo conservador de Spencer (Alberto Sales), federalismo norte-americano, radicalismo nos moldes rousseauianos (Silva Jardim), combinado com o positivismo de Comte (Ditadura Republicana), socialismo,³⁷⁶ anarquismo:³⁷⁷ “Liberalismo, positivismo, socialismo, anarquismo misturavam-se e combinavam-se das maneiras mais esdrúxulas na boca e na pena das pessoas mais inesperadas.”³⁷⁸ Ecletismo e mistura que não ocorriam de modo arbitrário ou por simples desorientação, como bem aponta também o autor.

Circulação de ideias que se intensifica ainda por conta das reformas no ensino, encabeçadas por Benjamin Constant,³⁷⁹ que permitem a sua desoficialização e disseminação de outras faculdades pelo país, como no Rio de Janeiro (onde aparecem duas, a Faculdade Livre de Direito e a Faculdade Livre de Ciências Sociais e Jurídicas, esta iniciada já em 1882 mas que começou a funcionar em 1891), Bahia (1891) – as quais serão neste trabalho analisadas – e, Minas Gerais (1892), todas estas, portanto, já no final do século XIX. São Paulo e Recife deixam de ser os únicos centros de saber, passando a partilhá-lo com outras regiões no

³⁷⁶ 1890 – criação do Centro do Partido Operário (pelo tenente José Augusto Vinhaes; 1893 – criação do Partido Operário Brasileiro (defendia a universalização do sufrágio para as mulheres e analfabetos); 1906 – I Congresso Operário Brasileiro. (MATTOS, H. A Vida Política. In: SCHWARCZ, L. **História do Brasil Nação: 1808-2010. Abertura para o mundo (1889-1930)**, v. 3. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p.119). Ainda: 1895 – fundação de um Partido Socialista Operário (participação de Evaristo de Moraes); 1899 – Centro Socialista; 1902 – Partido Socialista Coletivista (criado por Gustavo de Lacerda e Vicente de Souza). (CARVALHO, J. M. **Os bestializados: O Rio de Janeiro e a República que não foi**. São Paulo: Companhia das Letras, 1987, p. 55).

³⁷⁷ 1898 – criação do primeiro jornal anarquista, “O despertar”; seguido pelo “O Protesto”, em 1899, “O Golpe”, 1900, as revistas “Asgarda”, em 1902, “O trabalhador”, “A Greve”, em 1903, “Kultur”, em 1904, “O Libertário”, em 1904. Em 1903, cria-se a Federação das Associações de Classe; em 1906 ocorre o Congresso Operário e em seguida cria-se a Federação Operária do Rio de Janeiro. Constitui-se duas correntes de anarquistas: anarquistas comunistas e anarquistas individualistas. (*Ibidem*, p. 56-57).

³⁷⁸ *Ibidem*, p. 46.

³⁷⁹ Destaque ao Decreto n. 1232-H de 2 de janeiro de 1891, que possibilita a fundação de faculdades superiores por parte dos os Estados federados (artigo 309) ou particulares, descentralizando assim o ensino. Estas faculdades fundadas por particulares seriam chamadas Faculdades Livres. Sujeitas ao Conselho de Instrução Superior, gozariam dos mesmos privilégios das federais.

Brasil. Nem por isso deixam de ter influência sobre essas novas instituições, pois muitos de seus professores haviam sido formados nas Academias tradicionais, como será o caso do Rio de Janeiro, onde lecionará direito criminal Viveiros de Castro e filosofia Silvio Romero. A influência de Recife também é sentida na Bahia, pois como afirma Paim: “sob a égide dessa tendência (as idéias de Tobias Barreto) é que se organizaram mais tarde as Faculdades de Direito da Bahia (1892) e Ceará (1898) (...)”.³⁸⁰

Além da desoficialização, esta reforma modifica o quadro das matérias a serem estudadas, eliminando, por exemplo, Direito Eclesiástico, consolidando, assim, a separação Igreja e Estado. Ainda, criam-se a cadeira de História do Direito, juntamente com Filosofia. Segundo Clóvis Bevilacqua esta reforma;

(...) operou grandes transformações no ensino público do país. Não somente se criaram cadeiras novas nas Faculdades de Direito como se imprimiu caráter mais consentâneo com as ideias do tempo, à concepção geral de ensino jurídico. Pela primeira vez se teve, no mundo oficial, a compreensão da real importância da história e da legislação comparada, com o elemento elucidativo da função social do Direito. E tanto a História geral do Direito como a do Direito Nacional formaram disciplinas de curso, a primeira ao lado da Filosofia, a segunda constituindo uma cadeira independente, embora limitada ao Direito Privado.³⁸¹

Em 1895, a Lei 314, de 30 de outubro, reorganiza o ensino nas faculdades de Direito, criando mais uma cadeira de direito criminal: Direito Criminal Militar e Regime Penitenciário. Tal lei, segundo Venâncio Filho representava maior rigor se comparada ao caráter liberal das reformas de Benjamin Constant, reestabelecendo, por exemplo, a frequência e prevendo um fiscal nomeado pelo governo nas faculdades livres para acompanhar seu andamento.³⁸²

Na República intensifica-se o movimento já desde a Escola do Recife de reivindicação de um saber mais técnico, científico e prático, fundado na observação, que superasse o modelo de ensino bacharelesco e literário, afinal era necessário superar problemas e organizar o social. Assim, “gradativamente, foi sendo eclipsada

³⁸⁰ PAIM, A. **A Filosofia da Escola do Recife**. 2 ed. São Paulo: Convívio, 1981, p. 62.

³⁸¹ BEVILACQUA, C. **História da Faculdade de Direito do Recife**. 2. ed. Brasília: INL; Conselho Federal de Cultura, 1977 *Apud* VENANCIO FILHO, A. **Das arcadas ao bacharelismo: 150 anos de ensino jurídico no Brasil**. São Paulo: Perspectiva, 2004, p. 184.

³⁸² VENANCIO FILHO, A. **Das arcadas ao bacharelismo: 150 anos de ensino jurídico no Brasil**. São Paulo: Perspectiva, 2004, p. 191.

a hegemonia “bacharelesca” do período do Império. No lugar deste observador literário, do ‘artista da retórica’, surge o cientista, o ‘artista do operatório (...)’.³⁸³

3.2.2 Contexto Social

Ainda, a República corresponde a um período em que tanto o Estado Nacional estava adquirindo novos moldes, definindo qual a República a adotar (a militar de Deodoro, a sociocrática de Benjamin Constant ou a liberal de Quintino Bocaiúva),³⁸⁴ como seu direito (nova Constituição e legislação) e a própria sociedade, a qual passava por intensas transformações, em face do fim da escravidão, a inserção do trabalho assalariado, o aparecimento de uma população marginal constituída por ex-escravos e imigrantes que acabavam ocupando as áreas periféricas das cidades, o processo de urbanização e o aparecimento de grandes centros urbanos, com destaque ao Rio de Janeiro e São Paulo.

A industrialização toma fôlego nesta época, embora economicamente a primeira República se caracterize ainda pela economia agroexportadora e a organização da terra continue com base no latifúndio. De qualquer forma, a sociedade se diversificava e a produção gradativamente se modernizava, com a construção de ferrovias e portos. São Paulo esteve à frente com relação a um desenvolvimento capitalista, graças à sua diversificação agrícola, urbanização e investimento na indústria, estando o café na base inicial deste processo.

A população era ainda majoritariamente rural, mas as cidades cresciam graças ao afluxo de imigrantes e outros que deixavam as atividades agrícolas (como os escravos libertos). Na cidade desenvolviam-se diversas atividades como o artesanato, comércio, fabriquetas de fundo de quintal. Pouca mão-de-obra especializada, mas muitos operários de baixa qualificação, recrutados entre as

³⁸³ HERSCHMANN, M. M. A arte do operatório: Medicina, naturalismo, positivismo (1900-1937). In: HERSCHMANN, M. M.; PEREIRA, C. A. M. **A Invenção do Brasil Moderno: medicina, educação e engenharia nos anos 20-30**. Rocco, 1994, p. 45.

³⁸⁴ CARVALHO, J. M. **A formação das almas: imaginário da República no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1990, p. 38-54.

pessoas pobres e imigrantes, que lotavam cada vez mais as regiões urbanas marginais e que passavam a exercer trabalhos também marginais.³⁸⁵

Segundo Marcos César Alvarez, toda esta nova conjuntura política, social e econômica obrigou a criação de novas formas de coerção e violência que obrigassem ao trabalho assalariado. Ainda, a nova formação social devia absorver as concepções de ordem e disciplina próprias de uma ordem burguesa. Em face da formação de uma nova lógica de poder e estrutura social, no Brasil a questão penal também adquire centralidade e um dos sintomas disso é justamente o fato de que o Código Penal é o primeiro documento legislativo redigido no Brasil republicano, antes mesmo da Constituição.

Os escravos, que sempre representaram uma ameaça no governo imperial, continuaram sendo vistos com receio, pois libertos se dirigiam do campo para as cidades, unindo-se aos imigrantes, também vistos com desconfiança, pois associados aos movimentos operários e ao anarquismo, pregadores de ideias subversivas à ordem, e implicando um inchaço populacional cujas consequências eram as péssimas condições de habitação e higiene e um excesso de mão-de-obra barata. Este contingente populacional acaba sendo rotulado pela elite como “classes perigosas”.

Prostitutas, cáftens, desempregados, mendigos, vadios, capoeiras, malandros foram alvo de constante controle. Em 1888, ano da abolição, cria-se a lei da vadiagem – lei muito pertinente em um momento em que emergem grupos de libertos que vagueiam pelo campo, sem ocupação e levados muitas vezes à prática de infrações.

A preocupação com a vadiagem já pode ser verificada no Império, quando da proposta da Casa de Correção, para onde também eram recolhidos mendigos, vadios e menores para serem corrigidos, ensinados e treinados pelo e para o trabalho. A ação policial e a prisão já eram instrumentos usados para conter a ociosidade e a mendicância no Império e tornam-se ainda mais incisivas na República. Cerca de um terço dos presos da cadeia do Rio de Janeiro, em 1912, estavam lá por conta da vadiagem.

Em uma sociedade que acabava de se libertar da escravidão e em que a ideia de “indivíduo” (ligado a ele as ideias de autonomia, livre iniciativa, mérito

³⁸⁵ FAUSTO, B. **História do Brasil**. 13 ed. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2009, p. 285-290.

peçoal) ainda não estava propriamente desenvolvida e interiorizada, disseminar pelo discurso a ideia de trabalho e disciplina como símbolos de dignidade e honra era uma missão ideológica complexa, que combina-se com práticas repressivas, autoritárias e violentas, sobretudo, com relação a esta camada da população vista como resistência à ordem e ao processo de formação do proletariado e como incivilizáveis, inaptos à liberdade e à livre iniciativa.

Constitui-se, então, além de uma circularidade cultural específica, uma nova conjuntura econômica, política e social e a reorganização do Estado em uma República provoca a defesa por reformas extensas e significativas, ligadas à ideia de modernização, progresso, novo. Como afirma José Murilo de Carvalho, a modernidade significava neste momento muitas coisas: o progresso tecnológico com o telégrafo, estradas de ferro, telefone, avião; as novas ideias como o evolucionismo, darwinismo, materialismo, positivismo, republicanismo, secularismo; a indústria e o processo de imigração ligado aos projetos de branqueamento da população; a moda francesa feminina e inglesa masculina; o louvor aos Estados Unidos e seu pragmatismo. No seu oposto, como antigo e atrasado estavam em termos sociais o português, o índio, o negro, em termos políticos a Monarquia e o parlamentarismo, em termos culturais o bacharel, o padre, o espiritualismo.³⁸⁶

Como bem aponta Marcos César Alvarez, tudo isso desperta a percepção dos juristas reformadores de que as transformações sociais e políticas, pelas quais passou o Brasil da segunda metade do século XIX, colocavam a necessidade de novas formas de exercício do poder de punir

(...), uma vez que a reorganização do Estado e da sociedade passavam pela necessidade de disciplinar os setores sociais subalternos, as classes perigosas, o que perdurará durante toda a Primeira República (intensificando-se inclusive nas primeiras décadas do século XX com a diversificação crescente da sociedade, os movimentos operários e greves).³⁸⁷

Uma nova ordem e estrutura social, que parecem se desenhar no período republicano, clamavam por uma legalidade própria e práticas de controle específicas, bem como por discursos sofisticados que os justificassem e

³⁸⁶ CARVALHO, J. M. **Pontos e bordados**: escritos de história e política. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1998, p. 120.

³⁸⁷ ALVAREZ, M. C. **Bacharéis, criminologistas e juristas**: saber jurídico e nova escola penal no Brasil. São Paulo: Método, 2003, p. 53.

legitimassem, pois como afirma Antônio Candido: “(...) A polícia de um soberano absoluto é ostensiva e brutal, porque o soberano absoluto não se preocupa em justificar demais os seus atos. Mas de um Estado constitucional tem de ser mais hermética e requintada.”³⁸⁸ O alarde quanto ao aumento da criminalidade é um dos argumentos discursivos, por exemplo, para justificar a reestruturação e intensificação de práticas de controle social.

A República é um momento de rupturas e continuidades com relação ao sistema punitivo anterior. Não é nela que aparece a necessidade de correção e regeneração dos condenados como vinculada à punição. Isto já faz parte do discurso dos juristas desde o Império. Mas o que se percebe é que na República este discurso toma mais força, adquire uma legitimidade mais científica, porque sustentada pela criminologia, sociologia, psiquiatria e, como afirma Motta, se generaliza. Como se pode ver no relatório do Ministro da Justiça Esmeraldino Bandeira: “a orientação a atender no assunto é a seguinte – substituir quanto possível a penitenciária por outras medidas de repressão e correção e transformar a prisão numa casa de trabalho obrigatório”.³⁸⁹

À disciplina do trabalho, que pretendia tornar a penitenciária em um laboratório da virtude, transformando criminosos em trabalhadores honestos e respeitadores das leis - discurso usado desde meados do século XIX e intensificado na República, sobretudo, para fazer frente ao movimento operário e ao anarquismo em ascensão, sempre associados a agitações que “prejudicavam” a realização dos direitos individuais, ou seja, uso do discurso liberal para reprimir este tipo de manifestação social - acopla-se, ainda mais intensamente, o discurso médico, uma vez que neste período a medicina social³⁹⁰ adquire maior centralidade e intensifica

³⁸⁸ CANDIDO, A. **A verdade sobre a repressão**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1980, p 113. *Apud* NEDER, G. **Discurso Jurídico e Ordem Burguesa no Brasil**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995, p. 20.

³⁸⁹ BRASIL. **Relatório do Ministro da Justiça**. Imprensa Nacional, 1910, p. XXXIX *Apud* NEDER, G. **Discurso Jurídico e Ordem Burguesa no Brasil**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995, p. 52.

³⁹⁰ Não obstante a medicina social adquira mais evidência a partir da República, segundo Roberto Machado a sua emergência no Brasil se dá já no início do século XIX e é dotada de uma peculiaridade. Embora, via de regra, associe-se o surgimento da medicina social com o processo da industrialização e a preocupação em cuidar da saúde dos trabalhadores para torná-los mais produtivos e corpos mais eficazes, no Brasil, segundo Machado, não foi esta a trajetória da medicina social. Seu objeto principal não é o trabalhador em si, mas a cidade, até porque o trabalhador na maior parte do cenário brasileiro do século XIX era o escravo e este era tematizado pela medicina social mais por um aspecto moral, como presença perigosa no interior da família, do que como corpo que deveria ter sua produtividade otimizada. A consolidação da medicina social vem com a atuação bastante ativa da Sociedade de Medicina e Cirurgia do Rio de Janeiro, fundada em 1829, a qual “se diz possuidora dos meios para alcançar uma sociedade ordenada, disciplinada, oferecendo luz para a

saída do caos e se justificando como medicina social”. (MACHADO, R. **Danação da norma: medicina social e construção da psiquiatria no Brasil**. Rio de Janeiro: Edição Graal, 1978, p. 186). Ela tentará se inserir cada vez mais nos órgãos governamentais e influenciar a administração das cidades (tornando o Estado dependente do seu conhecimento) por meio de um discurso que defende a elaboração das leis com base no conhecimento da medicina – científico e neutro, conhecedor da natureza humana e que pode conduzir para a construção de uma sociedade “sem paixões”. Seus dois objetivos fundamentais eram a saúde pública (normalização da sociedade) e a defesa da ciência médica (normalização e uniformização do saber médico, pela normatização do ensino e do exercício da medicina), ambos próprios do projeto da medicina social. A Sociedade oferece ajuda ao Estado com base no seu saber científico e neutro para orientá-lo, como uma espécie de assessoria, no estabelecimento de uma sociedade saudável e da ordem – tática da Sociedade para se inserir na administração da cidade e influir em tudo que diz respeito à saúde. A sua atuação no âmbito da Medicina Social fica evidente na constituição da Comissão de Salubridade Geral. Um relatório de 1830 expressa a preocupação desta comissão com relação ao tratamento dos loucos, a educação física das crianças, problemas de higiene e medicina legal, problemas relativos aos casamentos precoces, carência de hospitais, falta de registros civis, necessidade de atestados de óbitos, estreiteza das ruas, falta de esgotos, abastecimento de água. Nele se propõe maneiras de controlar e disciplinar tudo o que impede o funcionamento ordenado da sociedade. (JOBIM, J. M. C. **Relatório da Comissão de Salubridade Geral da Sociedade de Medicina do Rio de Janeiro**. Semanário de Saúde Pública, n. 15, p. 77-80, 1831. *Apud* MACHADO, R. **Danação da norma: medicina social e construção da psiquiatria no Brasil**. Rio de Janeiro: Edição Graal, 1978, p. 88). Sob sua influência, por exemplo, será elaborado pela Câmara Municipal, o Código de Posturas de 1832, da cidade do Rio de Janeiro, tendo já em sua primeira parte uma legislação sanitária chamada Saúde Pública. Agora sim a higiene pública orienta-se pelos parâmetros do saber médico. Nasce uma tríade fundamental para a ordem e segurança social – nas palavras de Roberto Machado: “Lei, medicina, civilização: o necessário para tornar doces os costumes de um povo” (*Ibidem*, p. 195). No mesmo ano de 1832, sob influência da Sociedade de Medicina são criadas as primeiras faculdades de medicina no Rio de Janeiro e na Bahia. O processo de consolidação da medicina social é acompanhado por um forte controle da profissão e denúncia de qualquer tipo de charlatanismo – a partir da criação das faculdades, sem a sua aprovação não era permitido exercer a atividade de cura. Outra vertente de atuação da Sociedade será a defesa da medicina legal, a qual aparece no discurso destes médicos associada à modernização e civilização da sociedade, como um instrumento de garantia dos direitos do homem, orientando o poder de punir, regulando a época de casamento, a legitimidade dos filhos, habilidade para suceder, validade de testemunhos... A partir de 1835 a relação entre medicina e Estado se consolida, com a transformação da Sociedade em Academia Imperial de Medicina – a partir deste momento a medicina se impõe como discurso da ordem. Como aponta Roberto Machado, “A medicina se oferece ao Estado como instrumento de paz, luz, tranquilidade”. (*Ibidem*, p. 221), arquitetando uma sociedade de ordem, de indivíduos normais, controlados e equilibrados e neste sentido busca moldar a ação do Estado, a partir de uma nova racionalidade administrativa, para torná-lo mais eficiente como promotor do bem-estar social. Não é à toa que qualquer resistência que pudesse haver ao seu discurso cedesse em face do medo disseminado a partir da década de 30 do século XIX, período de intensas instabilidades, como já pudemos expor. O discurso do medo é um forte instrumento para fazer pender o peso da segurança em detrimento da liberdade. Junto ao Estado emergem outras instituições, como a Sociedade Auxiliadora da Indústria Nacional (1827), a qual cria a Sociedade Estatística do Brasil (1854), e o Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro (1838), afinal, para promover mudanças era necessário conhecer a população e os seus problemas e construir um saber nacional. Em 1850 é criada a Junta de Higiene Pública, ligada às medidas de contenção da epidemia de febre amarela no Rio de Janeiro e, com ela constitui-se a orientação da higiene pública no Brasil que perdurará por todo século XIX. O médico deve conhecer a sociedade e, portanto, torna-se também um cientista social e planejador urbano e passa a integrar ao seu saber a geografia, a estatística, a topografia, a demografia. Conhecer a sociedade e o homem passa a significar neste momento conhecer a população – as estatísticas, instrumentos para direcionar as políticas de intervenção, levam em consideração a população (morbidade, mortalidade, de acordo com as raças, classes, regiões). Trata-se de um “Esquadramento paciente e total do físico e do moral que começa a despertar o continente da apatia e da ignorância e situa a medicina como modelo de saber adequado a um novo tipo de sociedade (...) A medicina social, portanto representa um novo tipo de conhecimento sobre o homem. Saber polivalente na medida em que o tematiza do ponto de vista físico e moral (...) prolongando-se, através de sua relação com o meio, na análise da natureza e da sociedade” (*Ibidem*, p. 251). A medicina social é a nova medicina que faz parte de um

sua simbiose com a prática policial, a qual por sua vez também se torna mais sofisticada (cria-se a Escola de Polícia no início do século XX, com grande influência da criminologia positivista) e com uma vigilância mais contínua.

O higienismo é um dos meios de se legitimar a intervenção estatal sobre a população sem necessariamente contrariar o liberalismo, pois sustentado em um discurso neutro e científico. Uma sociedade civilizada e um governo em que impera a liberdade têm a medicina como um dos seus instrumentos de ordem e controle da vida social e isto se dá por meio de um duplo projeto de normalização: da sociedade, pela definição médica dos requisitos para uma sociedade perfeita, viabilizada, sobretudo, por meio da higiene pública e o da prática e saber médicos, restringindo

novo tipo de Estado: “Quando o Estado se propõe a assumir a organização positiva dos habitantes produzindo suas condições de vida, quando estabelece a possibilidade de um controle político individual ou coletivo que se exerça de forma contínua, a medicina nele está presente como condição de possibilidade de uma normalização da sociedade no que diz respeito à saúde, que não é uma questão isolada, um aspecto restrito, mas implica em uma consideração global do social” (MACHADO, R. **Danação da norma:** medicina social e construção da psiquiatria no Brasil. Rio de Janeiro: Edição Graal, 1978, p. 158). A saúde torna-se uma questão de Estado (garantia da sua segurança – afinal indivíduos corrompidos física e moralmente são para ele uma ameaça - e meio para assegurar o bem estar da população) e ao mesmo tempo a sociedade passa a ser regulamentável pelo saber médico e neste processo a medicina adquire uma conotação e força políticas, pois afirma-se como o saber necessário ao estabelecimento da nova ordem. A normalização do indivíduo e da população, garantia do exercício racional da esfera jurídica (leia-se o cidadão livre e trabalhador), está apoiada no conhecimento científico do aspecto físico e moral do homem. (*Ibidem*, p. 353-354). A sociedade formatada pela medicina social é aquela formada por cidadãos saudáveis física e moralmente – um dos núcleos segundo Machado para se pensar a sociedade civilizada no Brasil foi a medicina social. O controle da saúde do corpo está sempre associado, neste período, ao equilíbrio da alma e das paixões – os bons hábitos combinados com os bons costumes. Físico e moral estão imbricadas nesta época de modo que o conhecimento médico naturaliza a moral. Mas este discurso normalizador encontrava um entrave – o negro e a escravidão. Desde o início os negros foram alvo do discurso médico voltado a proteger a saúde da população. Tomar conta da cidade era eliminar dela a livre circulação, por exemplo, de corpos que potencialmente eram doentes, como os negros. Como se pôde perceber, o negro sempre foi visto como um perigo – seja pelo medo de insurreições e levantes populares (quebra da ordem e da segurança), seja como fonte de doenças (distúrbio da saúde e do bem-estar), seja como símbolo de imoralidade, em razão de seus corpos nus e de uma suposta sexualidade selvagem excessivamente aflorada. Havia algumas teses, segundo Machado, ligadas a um discurso de higienização tendo como foco o próprio escravo e a melhoria das suas condições de vida para neutralizar o perigo que o negro representava (seja com a possibilidade de revolta, seja com a possibilidade de doença) e otimizar sua força produtiva - recomendava-se a moderação dos castigos, a educação cristã para eliminar a superstição, melhorar suas condições de habitação (as senzalas devem ser higienizadas e vigiadas), alimentação, condições de trabalho. Geralmente era uma perspectiva muito semelhante ao discurso europeu voltado às classes operárias. Não obstante, segundo Machado, o número de teses neste sentido era insignificante e assumiam um aspecto secundário na reflexão. Assim, conclui o autor que “a medicina social nunca fez da realidade específica da escravidão – a principal força de trabalho da época – a sua questão mais fundamental, nem prática nem teoricamente. Tem sob sua mira a transformação da cidade - e principalmente da Corte – promovendo seus habitantes livres a indivíduos saudáveis e patriotas, perfeitos cidadãos. O que é mais um testemunho de que no momento de sua constituição a medicina social brasileira não é uma medicina do trabalho ou do proletário, mas uma medicina urbana”. (MACHADO, R. **Danação da norma:** medicina social e construção da psiquiatria no Brasil. Rio de Janeiro: Edição Graal, 1978, p. 371-372). Ainda que visasse imediatamente o meio, a medicina social contribuía para indiretamente formar sujeitos e neste processo reafirma a exclusão dos negros, mas sob o argumento da ciência e da saúde.

ao médico o poder sobre a saúde (viabilizada pela institucionalização do saber médico nas faculdades e repressão do charlatanismo).³⁹¹ Por meio do higienismo os direitos individuais podem e eram desconsiderados, mas esta desconsideração era “legítima”, pois em nome da saúde da população. A pertinência da inserção do higienismo nas práticas de governo coadunava-se então com um Estado que, embora se afirmasse liberal, tinha que dar conta de uma série de questões como o processo de urbanização³⁹² e reconfiguração social (processo de civilização nos moldes europeus). Há o campo da lei, dos direitos individuais e o campo da norma, onde atua a medicina social e o saber médico, que em nome da segurança e da saúde públicas, sobrepõe-se às garantias individuais. Segundo Airton Seelaender

³⁹¹ MACHADO, R. **Danação da norma**: medicina social e construção da psiquiatria no Brasil. Rio de Janeiro: Edição Graal, 1978, p. 257.

³⁹² Com a constituição da ordem social burguesa, os integrantes das classes perigosas, os *anormais*, foram gradativamente sendo eliminados, expurgados, excluídos, marginalizados da sociedade. E isto fica bastante claro quando se analisa as mudanças ocorridas na organização e distribuição da cidade do Rio de Janeiro, justamente porque estes desclassificados, marginalizados simbolicamente nos estratos sociais, o são fisicamente no espaço urbano da cidade - a cidade civilizada, organizada e segura (leia-se, a cidade burguesa), é a cidade branca, pura, limpa e bela. Maurício de Abreu em seu estudo sobre a evolução urbana do Rio de Janeiro explica que até o século XIX a diferença social era visualizada pela forma das construções e não pela localização. Em uma cidade onde a maioria da população era escrava e não havia meio de transportes, todos moravam relativamente perto. Todavia, ao longo do referido século, a cidade passa por intensas transformações (ABREU, M. A. **Evolução urbana do Rio de Janeiro**. 4 ed. Rio de Janeiro: IPP, 2011, p. 36). O autor lucidamente destaca as contradições decorrentes da convivência entre a lógica escravista com a capitalista, própria do século XIX, e verifica que estas contradições vão ter reflexo e materializar-se-ão na organização do espaço urbano (contradições que segundo o autor só serão resolvidas no início do século XX). Mas no próprio século XIX já começam a se desenvolver estratégias para a separação das classes sociais. Por conta da falta de transporte coletivo a população pobre vivia próxima de onde trabalhava. Estas classes mais pobres, então, constituídas de modo significativo por negros, ocupavam áreas bastante centrais da cidade, vivendo em condições nada higiênicas e insalubres; eram habitações coletivas, “palco preferencial das epidemias de febre amarela”, bastante precárias, chamadas “cortiços” (*Ibidem*, p. 42). Os cortiços aumentaram significativamente no final do século com o grande influxo de imigrantes que chegavam ao Brasil para substituir a mão-de-obra escrava e ajudar no branqueamento da população. Neste mesmo final de século, todavia, a cidade do Rio de Janeiro sofreria as mais intensas transformações até então realizadas, sob a liderança do prefeito Francisco Pereira Passos. Tratou-se de uma verdadeira reforma urbana, que visava sobretudo eliminar as contradições tão evidentes no desenho da cidade. Afinal, “Era preciso acabar com a noção de que o Rio era sinônimo de febre amarela e de condições anti-higiênicas, e transformá-lo num verdadeiro símbolo do ‘novo Brasil’” (*Ibidem*, p. 60). A propaganda de uma cidade higiênica e esteticamente bela (aos moldes europeus, certamente), no discurso das elites preconizado pelo sanitarismo, chocava-se drasticamente com a presença destes cortiços, vistos como foco de doenças, onde as pessoas viviam de modo promíscuo e sujo (no sentido físico e moral). Associado às medidas de prefeitos moldados no discurso sanitarista, que legitimava a gradativa destruição dos cortiços, a chegada dos meios de transportes coletivos, como o trem e o bonde, contribuíram para a expulsão das classes pobres para fora do centro, propiciando a ocupação da periferia da cidade e dos morros, onde se constituirão, no início do século XX, as famosas favelas do Rio de Janeiro. Pereira Passos demoliu casas que eram ocupadas pelas populações pobres nas freguesias de Espírito Santo e Santo Antônio para abrir ruas (para a construção da Avenida Central, foram demolidas cerca de 3 mil casas, ocupadas por famílias numerosas); determinou o uso do calçamento asfáltico em ruas do centro e outras regiões; ordenou a construção da Avenida Beira Mar e comandou tantas outras obras de embelezamento da cidade, como o famoso Teatro Municipal (*Ibidem*, p. 63).

havia uma esquizofrenia no discurso, pois há a consciência da incompatibilidade dos campos e, portanto, os discursos vão se adaptar conforme os seus destinatários: prevalece a defesa da intervenção da norma sobre determinados indivíduos (sobretudo aqueles que se enquadravam nas “classes perigosas”) e a proteção da lei sobre outros). Como bem salienta Lilia Schwarcz:

As patologias do Brasil pareciam atingir a todos, mas os grandes alvos (...) eram os ex-escravos, os habitantes pobres das cidades, os moradores dos cortiços e favelas, os imigrantes, as mulheres e as crianças, os trabalhadores informais e os camponeses. Eugenia, higienismo e certa exclusão social pareciam alicerçados, no intuito de combater a subcidadania do homem brasileiro, provocada, segundo tais teorias, pela falta de saúde reinante, sobretudo, entre as populações rurais e pobres.³⁹³

Mas na verdade não se trata tanto de uma esquizofrenia, mas sim uma descontinuidade no nível do discurso. Este se rearticula para definição dos critérios de exclusão-inclusão. Como afirma Nilo Batista, a inferioridade do negro antes de caráter jurídico e sustentado por uma decisão de poder, e muito bem definida pela escravidão instituída, transmuta-se em inferioridade biológica³⁹⁴, legitimada por uma série de discursos de saber (“científicos”).

Segundo Lilia Schwarcz, as teorias deterministas raciais foram recepcionadas no Brasil e aqui se combinou o darwinismo social com a perspectiva evolucionista e monogenista. Será nas diferentes instituições de conhecimento que estas ideias vão se disseminar entre os homens de ciência. Destaca-se a importância do papel que as revistas científicas vinculadas a estas instituições tiveram – museus, institutos históricos, escolas de direito e medicina.³⁹⁵

A ciência que chega ao Brasil, segundo Lilia Schwarcz, não é a do tipo experimental. O que aqui se consome são modelos evolucionistas e social-darwinistas popularizados como justificativas teóricas de práticas imperialistas de dominação.³⁹⁶

Assim, mesmo com o fim da escravidão que torna, no texto da lei, os negros sujeitos de direito, a manutenção do *status quo*, a despeito da lei, vai se amparar em

³⁹³ SCHWARCZ, L. M. População e Sociedade. In: _____ **História do Brasil Nação: 1808-2010: Abertura para o mundo (1889-1930)**, v. 3. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 53.

³⁹⁴ ZAFFARONI, R. *et al.* **Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal**. 4 ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2003, p. 442.

³⁹⁵ SCHWARCZ, L. M. **O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil 1870-1930**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993, p. 32.

³⁹⁶ *Ibidem*, p. 30.

um discurso que afirma-se científico, fundado no evolucionismo e no darwinismo social em voga na época, e sustentava a inferioridade dos negros por uma condição natural e biológica, e não como fruto de um processo histórico, social e econômico de exploração e exclusão. No mesmo sentido afirma Marisa Correa:

O momento em que o negro se tornou 'livre' no Brasil coincidiu não só com a emergência de uma elite profissional que já incorporara os princípios liberais à sua retórica, como também com o surgimento de um discurso científico, etnológico, que tentava instituir para ele uma nova forma de inferioridade, retomando os ensinamentos de nossa história escravista recente (...) A suposição de igualdade política, explicitamente declarada na nossa primeira constituição republicana, começava a ser contestada pela ciência no momento mesmo em que tinha sido formalizada juridicamente: a composição étnica de nossa população, a análise de nossa 'economia étnica', foi o ponto crucial desta contestação no primeiro momento.³⁹⁷

Ainda,

A garantia das liberdades individuais, no momento mesmo de sua cristalização na forma constitucional, deixava de contar com o apoio da ciência, que passava a enfatizar a necessidade de demonstrar a adequação, ou inadequação, de indivíduos aos cânones de normalidade coletivos, decididos então em termos médicos, ou jurídicos, ou ambos.³⁹⁸

A igualdade da lei era desmentida pela ciência, que empiricamente detectava a evidente desigualdade entre os homens e, os intelectuais da época no Brasil parecem absorvê-la para naturalizar e perpetuar as desigualdades historicamente consolidadas.

Segundo Lilia Schwarcz não se tratava apenas da necessidade de substituir a mão de obra e conservar uma estrutura social hierárquica bastante rígida. As teorias raciais deterministas vão ser funcionais em estabelecer "critérios diferenciados de cidadania".³⁹⁹ Todavia, ressalva que sua absorção não podia ser imediata, pois a interpretação pessimista da mestiçagem inviabilizava a possibilidade de um projeto nacional.⁴⁰⁰ Para a autora:

³⁹⁷ CORREA, M. **Ilusões da liberdade**: a Escola Nina Rodrigues e a antropologia no Brasil. 2 ed.rev. Bragança Paulista: Editora da Universidade São Francisco, 2001, p. 49-50; 253.

³⁹⁸ *Ibidem*, p. 255.

³⁹⁹ SCHWARCZ, L. M. **O espetáculo das raças**: cientistas, instituições e questão racial no Brasil 1870-1930. São Paulo: Companhia das Letras, 1993, p. 18.

⁴⁰⁰ A originalidade brasileira está na brecha de um paradoxo, ou seja, a aceitação da existência de diferenças humanas inatas e o elogio do cruzamento: "Do darwinismo social adotou-se o suporte 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 ideia de que a humanidade era uma. Buscavam-se, portanto, em teorias

O mesmo contexto que encontra em um projeto liberal a solução para a sua nova configuração política procura nas teorias deterministas e antropológicas subsídios para transformar diferenças sociais em barreiras biológicas fundamentais.⁴⁰¹

A igualdade, fruto de conquistas políticas, era negada pela ciência em nome da natureza. Na opinião de Scharwcz, no Brasil ocorre:

A emergência de dois debates contemporâneos: de um lado, o enraizamento de um modelo liberal jurídico na concepção do Estado; de outro, porém, a retomada do debate sobre a questão da igualdade (tendo como base as conclusões deterministas raciais) e o paralelo enfraquecimento de uma discussão sobre a cidadania. Teorias formalmente excludentes, racismo e liberalismo conviveram no país em finais do século, merecendo locais distintos de atuação (...) Em uma sociedade onde a falta do indivíduo, das instituições e do formalismo do Estado (...) era fato, as teorias raciais pareciam 'estar no lugar', na medida em que o problema da nacionalidade como que escapava do plano da cultura para se transformar em uma questão da natureza.⁴⁰²

Se como afirma Losurdo, liberalismo e racismo são como gêmeos siameses, as colocações de Schwarcz podem ser um pouco problematizadas. Teorias que via de regra são vistas como excludentes, no processo histórico se tornaram retroalimentares. Como já se afirmou anteriormente, o liberalismo não era uma doutrina “fora de lugar”, mas bastante adequada no Brasil Imperial, mesmo com a presença da escravidão. Quando esta é abolida o racismo penetra no discurso para manter a exclusão e, neste aspecto, Schwarcz é bastante precisa em seu argumento – de fato as teorias raciais pareciam estar no lugar em um contexto em que se pretendia não apenas manter exclusões, mas justificá-las cientificamente, para inclusive reforçá-las. Todavia racismo e liberalismo muitas vezes tiveram locais comuns de atuação e combinaram-se em discursos de muitos juristas, como se analisará na sequência, pois o liberalismo permanece permeável na República e se redimensiona por meio do próprio discurso racial.

O liberalismo no Império, conservador, conivente com a escravidão e que por muitos esta coexistência é lida como contradição, na verdade, afirmava-se com

formalmente excludentes, usos e decorrências inusitados e paralelos, transformando modelos de difícil aceitação local em teorias de sucesso”.(SCHWARCZ, L. M. **O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil 1870-1930**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993, p. 18).

⁴⁰¹ *Ibidem*, p. 241.

⁴⁰² *Ibidem*, p. 244-245.

relação a uma camada muito específica da população – os não escravos. Estes estavam excluídos do campo de sujeitos do liberalismo – há os princípios liberais para alguns, que compunham o espaço sacro da liberdade, há a escravidão para outros. Esta combinação que parece contraditória (mas apenas na medida em que não se verifica a contrahistória do liberalismo) não é própria apenas no Brasil, mas dos países europeus que mantinham a escravidão em suas colônias e também dos Estados Unidos da América, o país da democracia. Na República, em que os escravos são incluídos pelo texto da lei no campo de sujeitos do liberalismo, o discurso deve se adequar para que a inclusão legal não obste a exclusão real. O liberalismo burguês não se torna “uma ideia no lugar” simplesmente porque a escravidão deixa de existir e o capitalismo se implanta na sociedade brasileira, mas é inegável que sofre um redimensionamento. Associado a esta redefinição do discurso liberal, que se apropria das concepções de Spencer e do darwinismo social, a criminologia positivista (sobretudo italiana) e o racismo são absorvidos pelos interesses das elites para quem a manutenção desta exclusão interessava. Ambos discursos combinam-se para estabelecer uma “criminalização direcionada à configuração e preservação de lugares sociais cujas bem delimitadas fronteiras não poderiam ser ultrapassadas, funcional ou mesmo territorialmente”⁴⁰³, afinal liberalismo e autoritarismo estiveram vinculados historicamente no Brasil. Como afirma José Murilo de Carvalho:

No Brasil (...) apesar do fim da escravidão, a sociedade caracterizava-se por desigualdades profundas e pela concentração de poder. Nessas circunstâncias o liberalismo adquiria um caráter de consagração da desigualdade, de sanção da lei do mais forte. Acoplado ao presidencialismo, o darwinismo republicano tinha em mãos os instrumentos ideológicos e políticos para estabelecer um regime profundamente autoritário.⁴⁰⁴

O discurso criminológico nos moldes positivistas é absorvido por parte significativa da doutrina penal (como também será analisado nos capítulos subsequentes da presente pesquisa) no decorrer da República, não obstante as resistências iniciais e as que permaneceram.

⁴⁰³ ZAFFARONI, R., *et al.* **Direito Penal Brasileiro**: Teoria Geral do Direito Penal. 4 ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2003, p. 457.

⁴⁰⁴ CARVALHO, J. M. **A formação das almas**: imaginário da República no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1990, p. 25.

Ainda, no que se refere ao âmbito do direito penal, liberalismo e racismo não eram, mesmo na visão dos juristas, excludentes, não se podendo dividir espaços onde de um lado circulavam ideias mais de caráter liberal, de outro mais de caráter positivo-racial (outro aspecto que se demonstrará na terceira parte).

Suprida a primeira “contradição liberal” com o fim da escravidão, no Brasil a tendência será eliminar a outra contradição liberdade/ordem-segurança, mas reforçando o segundo aspecto, ou seja, com a absolutização da segurança sobre a liberdade. As contradições existem sustentando uma a outra. Quando esta balança é rompida com a eliminação de uma, a outra deve se remanejar.

Havia no Brasil um equilíbrio funcional entre estas duas contradições liberalismo-escravidão, liberalismo-segurança. Enquanto determinados sujeitos continuam sendo negados como indivíduos (sujeitos de direitos) e se permite um poder absoluto de homens com relação a outros homens no âmbito privado, o universo público, o Estado, do qual pertence a lei que afirma a liberdade, pode dar conta destes indivíduos em um nível de legalidade “menor”, como as posturas municipais. Há ainda a possibilidade do uso da força indiscriminada sem necessariamente um discurso de legitimação. Lei e força convivem paralelamente. Quando estes sujeitos ingressam no espaço sacro da liberdade nos termos da lei, a lei deve internalizar a força. Mas como internalizar a força e manter-se como um Estado de Direito? Neste momento instala-se o discurso criminológico – ele permite que a força penetre na lei, mascarada de norma (normalização), sob o argumento da segurança/ordem e legitima a eliminação destes sujeitos, antes negados como sujeitos pela escravidão, agora negados como sujeitos pela ciência, pois definidos como anormais, tipos humanos distintos, determinados ou com tendência para o “mal”.

A autora Marisa Correa em sua obra “Ilusões da Liberdade” (na qual faz um estudo das obras daqueles que se diziam pertencer à Escola Nina Rodrigues, central por sua luta pela autonomia da Medicina-legal, bem como por seus estudos antropológicos das relações raciais) aponta que a análise da medicina legal e seu processo de institucionalização⁴⁰⁵ podem ser um dos meios de se compreender como norma e lei no Brasil vão se combinar. Assim expõe:

⁴⁰⁵ Nina Rodrigues foi o personagem mais importante neste processo. Ele defendia a extensão deste saber, incluindo nele questões cada vez mais amplas da vida social, tornando-as objeto de interesse do perito, ampliando assim também a importância deste sujeito. Nina Rodrigues foi professor de

A 'normalização' dos comportamentos sociais, lenta e sutilmente encaminhada por táticas disciplinares na Europa ou nos Estados Unidos, não precisou aqui, como lá, competir a princípio com os poderes da lei; ao contrário, as 'disciplinas' se constituíram dentro de um quadro jurídico cujos termos de definição eram equivalentes aos seus. Certamente ocorreram conflitos entre alguns agentes da lei e certos arautos da disciplina, mas acredito que eles tenham tido mais a ver com a distribuição local de poder do que com a heterogeneidade entre o modelo legal e o modelo disciplinar de regência das relações sociais. Se as utilizações sociais da medicina têm podido ser vistas como exemplos desse modelo disciplina (a psiquiatria, a saúde pública), permitindo falar numa 'medicalização' geral da sociedade, talvez a análise da constituição de um campo médico intimamente ligado ao jurídico, como é o caso da medicina legal, contribua para a discussão no

Medicina Legal na Faculdade de Medicina da Bahia e lutou pela autonomia deste saber, sua institucionalização e pela definição dos quadros formais de atuação do perito: criar no processo judiciário a organização da perícia médica com peritos especialistas; organizar institutos médico-legais de ensino prático e experimental para formação de peritos; dirigir o ensino da medicina legal nas faculdades médicas para criar um padrão aos institutos médico-legais da polícia (até então a formação e atuação do perito dava-se nos serviços médico-legais da polícia e não nas faculdades). Nina Rodrigues propunha a absorção do serviço médico-legal da polícia pela faculdade. Em 1905 consegue um acordo entre a Secretaria de Polícia e de Segurança Pública e a Faculdade de Medicina, sendo estabelecido que o Pavilhão Médico-legal da faculdade – mais tarde Instituto Nina Rodrigues – seria dirigido pelo professor de Medicina Legal, que seria também reconhecido como perito oficial pelo Estado e ali seriam feitas as autópsias e outros exames policiais. Esse médico pretendia promover a solução de problemas médico-legais peculiares ao Brasil, pelo clima, raça, instituições políticas e judiciárias. Embora buscasse ampliar o âmbito de interferência e influência da medicina-legal, deixava claro os limites entre determinados saberes. Ele estava ciente da disputa de poder entre a psiquiatria e o poder judiciário, que ocorria sobretudo na França, na época: “Bem sabeis quanto tem sido longa e penosa a luta sustentada pela psiquiatria, em prol dos alienados, já com as prevenções da magistratura e dos tribunais que não pretendiam descobrir nos juízos dela mais do que preocupações e exageros de especialistas, já com a incidência da opinião pública vulgar que outro metro e critério de loucura não sabe admitir além da incoerência e das violências da mania, já finalmente com as pretenciosas aspirações de simples metafísicos que chegaram a disputar-lhe a competência privativa sua do exame dos loucos que mais não são do que doentes do cérebro. Todavia, se nessa luta teve ela muitas vezes de registrar insucessos que se tornaram memoráveis pela tenacidade com que, na defesa dos irresponsáveis, combateu o erro até o fim; se conta sentenças iníquas lavradas e executadas em pobres loucos com menosprezo completo do seu veredictum científico, já pode no entanto celebrar o triunfo completo da propaganda das suas doutrinas, acatada sem restrições como está hoje a sua competência, imposto ao respeito dos tribunais o seu juízo, ditando leis aos códigos os seus ensinamentos. Dir-se-ia, porém, que no Brasil os termos dessa luta gloriosa se invertem e é a magistratura e são os tribunais que pleiteiam contra os psiquiatras a irresponsabilidade dos alienados” (RODRIGUES, N. O caso médico-legal Custódio Serrão. **Revista Médico-Legal**, julho e dezembro, *Apud* CORREA, M. **Ilusões da liberdade: a Escola Nina Rodrigues e a antropologia no Brasil**. 2 ed. rev. Bragança Paulista: Editora da Universidade São Francisco, 2001, p. 61-62). Nina Rodrigues identifica no Brasil a inversão na disputa – não buscava-se mais poder com relação ao sujeito, mas buscava-se sim, no Brasil, livrar-se deste sujeito – o poder judiciário, ao contrário da França, via com bons olhos a criação de novos espaços para enviar parte da população que lhe cabia gerir (*Ibidem*, p. 132). Os juízes empurravam os criminosos-loucos para os psiquiatras. De toda forma, a institucionalização da medicina legal encabeçada por Nina Rodrigues foi continuada por seus seguidores, como Afrânio Peixoto e Arthur Ramos. Segundo Marisa Correa, se não fosse a insistência de Afrânio Peixoto e Arthur Ramos em estabelecer uma genealogia à produção intelectual de Nina Rodrigues, seria difícil identificá-los como continuadores de sua obra. Segundo a autora, o que seus discípulos fazem é retomar temas tratados por Nina Rodrigues e redefini-los em seus próprios termos e contexto histórico. Tiveram uma atuação social forte, não apenas como homens de partido, mas ocupando cargos administrativos em instituições públicas ligadas à Educação e à Saúde, com destaque aos institutos médico-legais, que passam a ser cada vez mais centrais a partir do século XX (*Ibidem*, p. 168-171).

sentido de ampliar a compreensão do modo específico pelo qual se tem tentado 'disciplinar' a sociedade brasileira. Nossa sociedade se constituiu historicamente como um espaço onde as desigualdades se expressam tanto nas leis como nas normas sociais em vigência desde o período colonial. A tentativa de compreender a acumulação de um conhecimento empírico a respeito da população brasileira, que começa a se definir no século 19, e do qual a Escola Nina Rodrigues é apenas um ponto numa constelação mais ampla, terá que manter essa história como seu referencial e só se tornará inteligível se observarmos a atuação da medicina como um dos campos do saber onde esse conhecimento vai se cristalizar.⁴⁰⁶

A autora parte de um pressuposto de que norma e lei agem de formas diversas como pontuou Foucault e que no Brasil a norma penetrou na lei, sendo o campo de cruzamento entre medicina (controle dos corpos e da população) e direito, como a medicina legal, um campo de grande potencial de análise para esta relação norma/lei no Brasil como forma de disciplinamento e controle social. Esta institucionalização da medicina permite o refinamento das técnicas de controle das populações, mas para a autora, no Brasil apenas mais tarde se comparado a outros países se instalam modos sutis de disciplina em algumas áreas, prevalecendo em nossa história os meios mais autoritários e diretos. Para ela:

A substituição da repressão pela prevenção ou correção, típica do discurso disciplinar segundo Foucault, não passará em muitos casos de uma retórica afinada aos reclamos da ciência contemporânea, dificilmente posta em prática numa sociedade tão 'indisciplinada'.⁴⁰⁷

Ela aponta a coincidência entre a repressão das primeiras manifestações operárias com a produção intelectual a respeito das categorias perigosas (prostitutas, crianças, homossexuais, loucos, prisioneiros), cujos resultados foram ultrapassados pelas medidas de segurança menos sutis presentes no Código Penal de 1940. De qualquer forma isto não quer dizer que aqui não se aplicou técnicas mais brandas para correção de comportamento, como a atuação do médico Arthur Ramos com escolares no Rio de Janeiro e tais medidas não introduziam diferença na suposta igualdade, mas reforçavam esta diferença que partia de uma suposta desigualdade. A diferenciação que a disciplina inscreve na igualdade suposta da lei,

⁴⁰⁶ CORREA, M. **Ilusões da liberdade:** a Escola Nina Rodrigues e a antropologia no Brasil. 2 ed.rev. Bragança Paulista: Editora da Universidade São Francisco, 2001, p. 55-56.

⁴⁰⁷ *Ibidem*, p. 57.

mas segundo uma incompatibilidade (laço contratual X laço disciplinar), como supõe Foucault, no Brasil, segundo a autora, ocorreu de forma complementar.⁴⁰⁸

Assim a medicina social, nos termos do higienismo e da institucionalização da medicina legal, fortalecida na República e associada ao racismo, são ingredientes que combinados tornam o discurso criminológico cada vez mais permeável na cultura jurídica penal brasileira.

3.2.3 Contexto Político e Normativo

No âmbito político, o Brasil consolidava-se como uma República com um executivo forte e intervencionista. Todavia, o fortalecimento do Estado não combinou-se com o desenvolvimento de um sentimento de bem comum, bloqueado no país infectado pela especulação financeira que instigava o espírito de enriquecimento individual e desprezo pelo interesse público⁴⁰⁹, bem como pela ausência de uma identidade nacional.

No país, houve a dificuldade de assimilar tanto uma ideia de república antiga, quanto uma ideia de república moderna, por inexistir aqui o que, segundo José Murilo de Carvalho, pode ser considerado uma premissa em ambas: o sentimento de identidade coletiva e de comunidade. No Império a questão nacional ficou em segundo plano, tendo em vista a necessidade de tornar o Estado governável.⁴¹⁰ Com a República esta questão vem à tona com o fim da abolição, mas ao invés de recorrer a elementos de integração, se associa a discursos que priorizam marcadores sociais e constroem uma ideia de nação completamente cindida e baseada na diferença e não na identidade.

A ausência de uma identidade nacional, seja de espírito individualista e empreendedor aos moldes anglo-saxão, como defendiam Silvio Romero e Alberto Sales, seja de caráter comunitário e solidário, acarreta um fortalecimento da figura do Estado. Em vez de cidadania, tem-se a estadania – a incorporação no sistema

⁴⁰⁸ CORREA, M. **Ilusões da liberdade:** a Escola Nina Rodrigues e a antropologia no Brasil. 2 ed.rev. Bragança Paulista: Editora da Universidade São Francisco, 2001, p. 57-58.

⁴⁰⁹ CARVALHO, J. M. **A formação das almas:** imaginário da República no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1990, p. 30.

⁴¹⁰ *Ibidem*, p. 25.

político pela burocracia estatal, como afirma José Murilo de Carvalho.⁴¹¹ Ainda, o Estado na República é extremamente interventor, busca regulamentar a vida das pessoas, mas sem em contrapartida assegurar a ampliação dos direitos políticos, o que gerava uma aversão popular com relação ao Estado e ao próprio regime republicano, causa de uma série de revoltas populares⁴¹². A presença destas revoltas, seja no campo como Canudos, seja na cidade como a Revolta da Vacina⁴¹³, são evidências de que a sociedade não era tão fragilizada e bestializada como se poderia supor. Havia diferentes identidades e muitas delas resistiam a assumir ou reproduzir a identidade que o governo buscava impor, construída nos moldes europeus de civilização, anulando as expressões regionais e populares, vistas como resistência ao progresso. Além de demonstrarem que a população não era uma massa amorfa passível de ser manobrada pelas medidas repressivas de controle,

⁴¹¹ “Levava isto em parte, a longa tradição estatista do país, herança portuguesa reforçada pela elite imperial. A sociedade escravocrata abria também poucos espaços ocupacionais, fazendo com que os deslocados acabassem por recorrer diretamente ao emprego público ou à intervenção do Estado para abrir novas perspectivas de carreira (...) todos acabavam olhando para o Estado como poço de salvação. A inserção de todos eles na política se dava mais pela porta do Estado do que pela afirmação de um direito de cidadão”. (CARVALHO, J. M. **A formação das almas**: imaginário da República no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1990, p. 29).

⁴¹² CARVALHO, J. M. **Pontos e bordados**: escritos de história e política. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 1998, p. 118.

⁴¹³ A revolta eclodiu por conta de uma exigência legal quanto à obrigatoriedade da vacina contra a varíola. Houve resistência dentro do próprio Congresso Nacional, representada nas figuras de Lauro Sodré no Senado, Barbosa Lima e Alfredo Varela, na Câmara, bem como na imprensa como registra José Murilo de Carvalho, com destaque aos jornais “Correio da Manhã” e “Commercio do Brazil”. Formou-se a Liga contra a Vacina Obrigatória, liderada por Lauro Sodré, Jansen Tavares e Vicente de Souza. A revolta tomou as ruas e se materializou no grito de protesto “Morra a polícia! Abaixo a vacina” (CARVALHO, J. M. **Os bestializados**: O Rio de Janeiro e a República que não foi. São Paulo: Companhia das Letras, 1987, p. 101). A polícia reagiu violentamente e nos dias mais agitados da revolta até o exército foi acionado: várias pessoas foram presas, espancadas, houve troca de tiros, formaram-se barricadas, combustores de gás quebrados e fios elétricos cortados, colunas de lampiões de gás quebradas, casas e estabelecimentos públicos e privados depredados. A revolta se espalhou pela cidade do Rio de Janeiro, alardeando fogo literalmente. Embora se deva ter a devida cautela para se definir o perfil dos revoltosos, pela imprecisão das fontes, José Murilo de Carvalho indica que ela se caracterizou por sua fragmentação, variando a constituição da multidão de acordo com a fase da Revolta. Mas pode-se dizer que ela foi composta por operários, comerciantes, estudantes, militares, pivetes, integrantes das classes perigosas. A revolta foi usada por políticos descontentes com a República dos fazendeiros, corrupta e aristocrática, mas o que de fato despertou os ânimos da população foi a vinculação da obrigatoriedade da vacina com uma conotação de caráter moral – a invasão viabilizada pelo discurso da saúde não se dava apenas no sentido objetivo, mas muito mais no sentido subjetivo – colocava-se à prova a honra do chefe de família, quando obrigavam-se as filhas e esposas a se despirem para a aplicação da vacina (que era feita no braço, mas estrategicamente começou-se a divulgar a possibilidade de ser realizada na coxa). Fazia-se uma verdadeira propaganda contra a vacina destacando-se “os perigos” desta, cujo teor apelava, sobretudo, para este viés sexual-moralista. Como constata José Murilo de Carvalho, esta revolta assumiu ares de catarse. Na verdade, os alvos de agressão da multidão representavam de alguma forma o governo, o Estado, pois este não era apenas o inimigo da vez, mas um constante adversário do povo, que apenas tomava conhecimento deste em termos de repressão e em nome da proteção de uma camada pequena da população – a elite. (*Ibidem*, p. 133-136).

justificadas por discursos científicos, estas revoltas demonstram a relação conflitiva entre sociedade e Estado, população e governo.

Uma República que se impõe por meio de um movimento militar, sem a construção de uma identidade nacional e do bem comum, sem a valorização do indivíduo como cidadão participativo (república dos antigos, aos moldes franceses rousseauianos), ligada à ideia de um Estado forte e interventor; uma República de viés autoritário, oligárquica e não democrática, que se articula em nome de interesses particulares mas, não em defesa dos direitos individuais, que afirma a ordem em sua bandeira e não a liberdade, constitui o terreno político adequado para a recepção das ideias da criminologia positivista e permite a rearticulação da dualidade liberal liberdade/segurança com realce do segundo aspecto.

Mas esta recepção é gradual. Começa a ser sentida na década de 80, mas como bem pondera João Vieira (como se analisará) era muito tímida ainda a disseminação das ideias criminológicas quando da aprovação do Código Penal Republicano. Todo o contexto de sua elaboração será tratado na sequência, a partir, sobretudo, de dois personagens centrais que foram o seu relator, João Baptista Pereira e João Vieira, o primeiro divulgador do positivismo criminológico.

De qualquer forma, neste momento cabe colocar que o Código Penal Republicano (1890) mantém os fundamentos criminais “tradicionais”, como a responsabilidade fundada no livre arbítrio e o crime como entidade jurídica, na medida em que corresponde a uma infração à lei. Segundo Nilo Batista, o Código teve influências do próprio código imperial de 1830, do projeto português de 1861, reformado em 1886, do código bávaro e duvidosa a influência italiana do código de Zanardelli⁴¹⁴, embora afirmada por Baptista Pereira em sua exposição de motivos. Como se constatará posteriormente, esta análise de Nilo Batista não procede. A influência italiana no código republicano é apontada não apenas pelo próprio relator, mas pela maior parte dos juristas na época.

O código foi alvo de críticas desde a sua promulgação. Entre elas, para os juristas adeptos ou mais simpatizantes do positivismo criminológico, o fato de não ter

⁴¹⁴ ZAFFARONI, R., *et al.* **Direito Penal Brasileiro**: Teoria Geral do Direito Penal. 4 ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2003, p. 451. Todavia, a pesquisa ainda em andamento tende a questionar esta afirmação de Nilo Batista. O que se tem percebido da leitura dos autores penalistas da época é um contato muito próximo com as fontes italianas. Esta questão diacrônica não tem muito fundamento, uma vez que as discussões parlamentares para a aprovação do Código Italiano circulavam e de maneira significativa no país, o que certamente teria influenciado a elaboração do Código republicano, até por conta da visão quase laudatória que os autores brasileiros tinham com relação à doutrina italiana.

se adequado às “novas ideias” do direito penal. Mas esta é apenas uma das linhas de críticas pois, mesmo por parte dos juristas resistentes e críticos à “nova escola”, o código foi alvo de constantes juízos negativos, depreciativos, chegando a ser referido como o “pior dos códigos”, por João Monteiro, professor da Academia de São Paulo e censor de Lombroso e seus seguidores.

Na Itália a promulgação de um código liberal a despeito da disseminação das ideias da criminologia positivista justifica-se (além de outras razões apontadas por Sbriccoli) pela força que a doutrina da penalística civil, encabeçada por Carrara e Lucchini, teve neste país. De fato, nesse país houve um verdadeiro debate entre diferentes doutrinas e correntes. No Brasil, a aprovação de um código ainda nos termos “clássicos” deu-se mais pela prematuridade das discussões criminológicas, pela rapidez em que se aprovou a legislação republicana e mesmo pela influência que a vitória da penalística civil, ou da escola clássica, como será referida pelos juristas brasileiros (embora termo atribuído por Ferri para a corrente representada de Beccaria a Carrara, que mesmo os juristas críticos à antropologia e sociologia criminal irão adotá-lo) teve com a aprovação do código italiano.

Vitória que todavia não deve ser superestimada, pois como vimos com Sbriccoli, na Itália articulou-se um duplo nível de legalidade – o das garantias, no código e o da suspeição e perigo no âmbito das leis extravagantes. Conjuntamente ao código, inclusive, promulga-se a Lei de Segurança Pública, com um perfil bastante autoritário.

No Brasil, ao longo da República também ocorreu uma produção legislativa em matéria criminal bastante intensa. Dentre as legislações extravagantes pode se mencionar os decretos relativos: *à punição mais grave para os crimes de furto de gado, o qual se tornou frequente após a abolição* (121 de 11 de novembro de 1892); *à vadiagem*, complementando o Código Penal (145, 11 de junho de 1893, lei 947 de 29 de dezembro de 1902, 4753 de 28 de janeiro 1903, 145 de 12 de julho de 1903, 1872 de 29 de maio de 1908 e 6994 de 19 de junho de 1908 – este último importante, pois reorganizou a Colônia Correccional de Dois Rios (criada em 1903 pelo Decreto 4753 de 28 de novembro, subordinada ao Chefe de Polícia), na Ilha Grande, e redefiniu vadios, mendigos válidos, capoeiras e desordeiros e as penas a estes aplicáveis. Em 1903, o decreto 1132 de 21 de novembro, cria os manicômios judiciais para os “alienados delinquentes” (o Código os encaminhava aos seus domicílios ou hospitais para alienados); *à criação de instituições para mendigos,*

menores e loucos: em 1902 cria-se em São Paulo o Instituto Disciplinar para a infância pobre e desamparada (projeto de Candido Motta) e a Colônia Correccional, para menores entre 14 e 21 anos julgados e condenados principalmente pelo crime de vadiagem; o Decreto 4780 de 2 de março de 1903 cria no Rio de Janeiro a Escola Correccional 15 de novembro, para menores (subordinada ao Chefe de Polícia); e à *criação de instituições que buscavam sofisticar a atuação policial*, como a Escola da Polícia (com a disciplina História Natural dos Malfeitores), criada em 1912; em 1907, por meio do Decreto 6440 reorganiza-se os serviços policiais no Distrito Federal, com destaque aos exames periciais (a parte que trata sobre o Serviço Médico legal é bastante extensa no texto normativo); ainda institui-se a identificação criminal pelo método Vucetich e cria-se o Boletim Policial, a inspetoria de polícia marítima, de veículos, o depósito de presos e às custas policiais; ao *controle de imigrantes* - o Decreto 1565 de 13 de outubro de 1893, proibia a entrada de mendigos, vagabundos e suspeitos, seguidos pelos 1641 de 7 de janeiro de 1907 (Lei Adolpho Gordo, que incrementa as questões relativas à expulsão de estrangeiros), Decreto 2741 de 8 de janeiro de 1913 e o 4247 de 6 de janeiro de 1921 o qual proibia o ingresso de cegos e aleijados. Há ainda legislação sobre *embriaguez* (decreto 4294 de 6 de julho de 1921). E legislações que buscavam “modernizar” o direito, encabeçadas por alguns dos divulgadores das ideias positivas, como Esmeraldino Bandeira – o Decreto 16665, de 6 de novembro de 1924, judicializa o *livramento condicional* (até então nas mãos do Executivo) e determina que a polícia poderia revistar hospedarias, estalagens e tavernas – tartava-se também de uma espécie de extensão do controle sobre o indivíduo, o que se coadunava com os postulados de fundo do positivismo penal, para o qual não importava tanto o tempo da prisão, mas sim o da regeneração do criminoso, o qual permanecia sob vigilância e controle; o Decreto 16588, de 6 de setembro de 1924, estabelece a *suspensão condicional da execução da pena* – este sistema não era apresentado como um benefício, mas sim como uma forma de evitar a reincidência e a sua concessão dependia de uma análise muito detida sobre os aspectos pessoais do réu, pois tal medida apenas poderia ser concedida para os “bons”, os primários, de boa índole, homens “moralizados e normais”.⁴¹⁵ Ainda uma reforma constitucional

⁴¹⁵ Sobre o *Sursis* e o Livramento condicional como medidas modernizadoras de caráter conservador no sistema penal brasileiro ver: QUEIROZ, R. M. R. **A modernização do Direito Penal Brasileiro:**

em 1926 limita o habeas corpus à liberdade de locomoção.⁴¹⁶ Também merecem destaque os decretos relativos à *greve*, crime cuja pena foi agravada e ainda tornou-se inafiançável e ao *anarquismo*, ligado às manifestações operárias em vias de organização - decretos 1162 de 12 dezembro de 1890, 4269 de 17 de janeiro de 1921, 5221 de 12 de agosto de 1927 – o decreto de 1921 tinha como alvo a repressão do anarquismo e criminalizava a incitação ao dano, depredação e incêndio, posse ilícita de dinamite, apologia e elogio aos anarquistas. Em combate ao anarquismo ainda o decreto 5221 de 12 de agosto de 1927, permitia a interdição de sindicatos, agremiações etc.⁴¹⁷

No Brasil, portanto, houve também a produção de um arsenal normativo de caráter mais autoritário e voltado ao controle, sobretudo, de determinadas camadas da população – geralmente aquelas associadas à expressão “classes perigosas”: mendigos, vagabundos, ociosos – e, com a crise do Estado Liberal, os anarquistas, grevistas.

Na verdade, a classe pobre constituída por vagabundos e mendigos (e no Brasil grande parte destes na república eram os ex-escravos, portanto, os negros e mulatos) é alvo de controle na lógica punitiva liberal – como pontuamos, a dualidade liberal liberdade/segurança articulou-se com a dualidade de sujeitos, que coincidia com a dualidade proprietários/não proprietários, refletindo nestes últimos uma virtual e constante possibilidade de transgressão da lei.⁴¹⁸ Com o positivismo criminológico e um discurso que busca um fundamento científico para esta dualidade a partir de parâmetros biológicos e organicistas normal/anormal, os dispositivos de controle e normalização tendem a se intensificar e se sofisticar por vincularem-se a argumentos “científicos”, pois ligados aos saberes médicos.

A Casa de Detenção anexa à Casa de Correção atende à necessidade crescente de deter os indivíduos recolhidos pela ação policial para limpar as ruas das classes perigosas, dos “indesejáveis” – em 1890 60% dos detidos eram por

Sursis, Livramento Condicional e outras reformas do sistema de penas clássico no Brasil, 1924-1940. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

⁴¹⁶ ZAFFARONI, R., *et al.*. **Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal**. 4 ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2003, p. 451-455.

⁴¹⁷ Vide ainda outras legislações em anexo 1.

⁴¹⁸ Domenico Romagnosi, penalista “clássico”, por exemplo, referia-se aos vagabundos como pessoas em constante estado de guerra contra os possuidores de bens e considerava-os como constantes potenciais violadores de normas. (MARCHETTI, P. Le “Sentinelle del Male”: L’investione ottocentesca del criminale nemico dela società tra naturalismo giuridico e mormativismo psichiatrico. **Quaderni Fiorentini**, v. XXVIII, p. 1021-1022, 2009).

vadiagem, embriaguez e comportamento desordeiro. Ao entrarem na Casa de Detenção eram registrados seus nomes, filiação, cor da pele, endereço, ocupação, escolaridade, se possuía cicatrizes ou tatuagens, mas muitas vezes neste registro constava a sua detenção sem motivo declarado. Descrevia-se o indivíduo, mas não seu crime, o que conduz à conclusão de que não eram presos por seus atos, mas pelo que eram ou pelo que representavam para a sociedade. Como constava nos registros: “por ser gatuno”; “por ser vagabundo”; “por ser jogador”; “por ser desordeiro incorrigível” etc.⁴¹⁹

Segundo Amy Chazkel, a Casa de Detenção do Rio de Janeiro simbolizava um espaço de exclusão cuja existência permitia um abuso da parte dos policiais para deter certos indivíduos no limbo entre o “socialmente permissível e o inaceitável”, como um jogador que apostava em uma lotérica não licenciada ou um desempregado por vadiagem. Segundo a autora, “A Casa de Detenção tornou possível a existência de uma categoria de criminalidade menos grave e judicialmente ambígua.”⁴²⁰ Ela torna-se, assim, “monumento vivo dessa imprecisão jurídica em relação aos pequenos crimes.”⁴²¹

Esta criminalidade “menor” aparece no Código como contravenções (substituindo os crimes policiais do Código do Império). A lei brasileira adotou o critério da divisão bipartida – crimes e contravenções. Segundo Chazkel, as contravenções tornaram-se instrumentos importantes na prática policial, pois por meio delas classificavam-se tipos de comportamento tidos como nocivos pela sociedade, mas que por sua ambiguidade e vagueza abriam uma margem imensa para a manipulação arbitrária de suas definições legais. Quem passa a suprir a vagueza da lei é a polícia. Muitos eram ali detidos sem sequer haver motivo declarado.

A Casa de Detenção assume uma função de zona cinzenta nas políticas sociais brasileiras; a concretização de que no país a questão social era caso de polícia (como inclusive pontuava Campos Salles).

⁴¹⁹ CHAZKEL, A. Uma perigosíssima lição: a Casa de Detenção do Rio de Janeiro na Primeira República. In: MAIA, C. N., et al. **História das prisões no Brasil**, v. II, Rio de Janeiro: Rocco, 2009, p. 28. Embora a jurisprudência arquivasse uma série destes casos, exigindo a consumação de ato, a presença da intenção ou negligência, pela impossibilidade de pagar fiança, muitos permaneciam encarcerados por um certo período de tempo.

⁴²⁰ *Ibidem*, p. 14.

⁴²¹ *Ibidem*, p. 15.

Para dar conta desta crescente repressão policial com relação a estes pequenos crimes procura-se constituir um arsenal carcerário, como as colônias penais. É neste contexto que se dá a criação da Colônia Correccional de Dois Rios, por exemplo.

A ordem social que deveria ser construída, ecoando na bandeira republicana, era a constituída por trabalhadores disciplinados e produtivos, pois o país precisava se modernizar e se civilizar. Tudo o que desta lógica se desvia é visto como perigo para a sociedade e alvo de suspeição e controle, seja este jurídico-penal, médico-sanitário ou policial:

Ao lado da penitenciária que pretende avocar-se a tarefa de adestrar para o trabalho, os asilos da mendicidade inválida, as colônias correccionais para “vadios, mendigos válidos, capoeiras e desordeiros”, os abrigos de “menores”, os manicômios judiciários, tudo isso como que refletindo a “classificação” dos criminosos então em voga, ensinada aos policiais, na sua escola, numa disciplina intitulada “História Natural dos Malfeitores”.⁴²²

Pode-se, assim, afirmar que no Brasil verificou-se, como na Itália, um duplo nível de legalidade – a das garantias, no código e a da suspeição e perigo no âmbito das leis extravagantes e das contravenções.

A penetração da criminologia na legislação pode ainda ser apontada na aprovação do Código de Menores, em 1927, durante a presidência de Washington Luiz. Lemos Britto,⁴²³ um jurista baiano, professor de direito constitucional, adepto da criminologia positivista, considera este código como uma das maiores conquistas deste movimento⁴²⁴ e um avanço que nos colocava em pé de igualdade com as nações mais avançadas no assunto.⁴²⁵ Na verdade, este autor era mais favorável ao termo Consolidação das Leis de Menores, pois na verdade além de abarcar dispositivos do código civil e penal, abrangia as leis e decretos principais relativos a menores: Lei n. 4.242, de 5 de janeiro de 1921, que fixou a Despesa Geral da República e no artigo terceiro autorizou o governo a organizar a assistência à

⁴²² ZAFFARONI, R., *et al.* **Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal.** 4 edição. Rio de Janeiro: Renavan, 2003, p. 458.

⁴²³ “Não é que consideremos todos os menores delinquentes anormais; mas é certo e indiscutível hoje que as influências ancestrais pesam sobre o destino dos descendentes. (BRITTO, L. **Obras Completas: Assistência a menores – Direito Penal – Ciência e Prática Penitenciárias.** v. I. Ministério da Justiça e Negócios Interiores, Serviço de Documentação, 1959, p. 272).

⁴²⁴ “Que mundo de argumentos serôdios se pôs em face da escola positiva do direito penal, nascida na Itália, ao influxo de Cesare Lombroso, e espalhada pelo mundo ao influxo dos Garofalo e dos Ferri! E, todavia, essa escola venceu”. (*Ibidem*, p. 466).

⁴²⁵ *Ibidem*, p.175.

infância abandonada e delinquente, sancionada por Eptácio da Silva Pessoa e renovada pelo Decreto 4547 de 22 de maio, com algumas alterações; o Decreto 16272, de 20 de setembro, de 1923, que aprovou o Regulamento de assistência e proteção aos menores e a Resolução Legislativa sancionada em 1 de dezembro de 1926, com o Decreto 5083.⁴²⁶ No texto que apresenta o “Código”, Lemos Britto afirma que a assistência pública é um papel do Estado e resultante da lógica da solidariedade social. Munindo-se contra eventuais críticas liberais a um Estado excessivamente interventor, cita inclusive Spencer, liberal, para quem a assistência, ou beneficência exagerada pode produzir catástrofes, gerando nas massas a convicção de um direito à ajuda e à proteção que em desespero podem levar à Revolução. Mas o jurista brasileiro entende que esta beneficência, vista modernamente como assistência, oferece “um aspecto extremamente simpático quando se dirige à infância e à juventude verdadeiramente desamparadas”.⁴²⁷ A proteção aos jovens dá-se por um instinto de conservação, presente tanto nos homens quanto nos Estados. Assim, para Lemos Britto,

Hoje, com a transformação do conceito de Estado, este faz verdadeiros sacrifícios para proteger os fracos, ajudar os indigentes, curar os leprosos, educar os cegos e os surdos-mudos, assistir aos anormais e aos psicopatas. Os menores, sobretudo, recebem de todos os governos uma assistência e proteção especiais.⁴²⁸

Assistência e proteção necessárias, pois os menores abandonados e delinquentes, embora sempre tenham existido, haviam se tornado, na opinião de Britto e de boa parte de médicos e juristas do período, a “chaga social moderna”.⁴²⁹

⁴²⁶ BRITTO, L. **Obras Completas:** Assistência a menores – Direito Penal – Ciência e Prática Penitenciárias. v. I. Ministério da Justiça e Negócios Interiores, Serviço de Documentação, 1959, p.167-168.

⁴²⁷ *Ibidem*, p.178-179.

⁴²⁸ *Ibidem*, p. 179.

⁴²⁹ Detaca-se o artigo 71 desta lei: em caso de crime que revelasse alto grau de temibilidade (conceito da Criminologia) do agente, aplicar-se-ia a este o artigo 65 do Código Penal, encaminhando-o a estabelecimentos para menores criminosos e na falta deste em prisão com separação dos condenados adultos, lá permanecendo até a sua regeneração, sem que se excedesse ao máximo legal. Ainda, o artigo 80 prevê a sentença relativamente indeterminada (determinava-se que os menores entre 14 e 18 setenciados à internação em casas de reforma poderiam ser delisgados antecipadamente ou após o estabelecido até o máximo legal, de acordo com a personalidade moral do menor, a natureza da infração e as circunstâncias que o rodearam e no que pudesse servir para apreciar essa personalidade). Embora faça uso deste mecanismo sendo a lei, como aponta Lemos Britto, declaradamente favorável à pena indeterminada e à individualização da pena, em seu texto não há o uso explícito deste termo, para que não se estimulasse, em desproveito da própria lei, “susceptibilidades doutrinárias”. O Código ainda eliminou a questão do discernimento, o que é visto como um grande avanço pelo jurista, e o substituiu pelo parecer de um especialista que

Ainda, o Decreto 17943-A de 12 de outubro de 1927 estabelece um Juízo Privativo dos Menores Abandonados e Delinquentes, cuja importância se justifica na medida em que “(...) não cabe na função do juiz ordinário a elasticidade do novo processo clínico-pedagógico em que repousa a nova doutrina relativa ao julgamento de menores.”⁴³⁰ – argumento característico da criminologia positivista. Em outro texto aponta que as medidas de amparo à infância são dentre as mais eficientes relativas aos substitutivos penais, pois em que pese uma minoria irrecuperável pelo efeito de fatores atávicos ou morbígenos, a maior parte dos criminosos adultos encontra a origem da sua conduta faltosa em uma falha da educação na infância e na juventude.⁴³¹

No âmbito das legislações influenciadas pela criminologia positivista, podemos ainda destacar a figura de Afrânio Peixoto, médico, professor substituto de Medicina Pública na Faculdade de Direito da Bahia, onde redigiu o Manual de Tanatoscopia Judiciária, base do Serviço Médico-legal de Autópsias, proposta de regulamento que seria transformado em lei no Distrito Federal, marco do início no Rio de Janeiro de uma disputa institucional entre médicos funcionários da faculdade e os médicos funcionários da Secretaria de Segurança, que desejavam manter autonomia com relação à faculdade. Este regulamento foi alvo de crítica por Nina Rodrigues por não prever o ensino da perícia pela Faculdade no Serviço Médico-Legal da polícia, ponto principal na Bahia. Em 1926, Afrânio Peixoto como deputado federal, aprova uma lei que buscava reorganizar a assistência aos alienados no Brasil e inclusive altera o nome – estes passam a se chamar psicopatas. Em 1932 toma posse da cadeira de Medicina Legal (para a qual já havia sido nomeado desde 1913) na Faculdade de Direito do Rio de Janeiro e a inaugura com o curso de Criminologia. Em suas lições destaca a importância da prevenção e em se considerar os criminosos doentes sociais, tendo em vista a sua perigosidade e a defesa social.⁴³²

deverá definir se se trata de um menor normal ou anormal e assim orientar o juiz sobre o destino a ser dado ao menor processado – necessidade e importância do perito, mais um passo no sentido da criminologia positivista, portanto.

⁴³⁰ BRITTO, L. **Obras Completas:** Assistência a menores – Direito Penal – Ciência e Prática Penitenciárias. v. I. Ministério da Justiça e Negócios Interiores, Serviço de Documentação, 1959, p. 400.

⁴³¹ BRITTO, L. *Ibidem*, p. 344.

⁴³² CORREA, M. **Ilusões da liberdade:** a Escola Nina Rodrigues e a antropologia no Brasil. 2 ed.rev. Bragança Paulista: Editora da Universidade São Francisco, 2001.

3.2.4 Contexto Institucional

Além da penetração da criminologia positivista na legislação, ainda que extravagante, a sua influência também se fez valer, no período da primeira república, no âmbito de algumas instituições. Embora de caráter excepcional, há instituições no Brasil que, com a inserção do discurso criminológico, tornaram-se verdadeiros laboratórios de estudo de criminosos. Com a absorção da criminologia positivista e seu forte apelo científico, dissemina-se um otimismo com relação à reforma das prisões e dos presos, intensificando-se a intervenção do Estado na vida destes.

Neste período há também uma integração e colaboração maior entre polícia, judiciário e prisões, com a elaboração de fichas biográficas dos criminosos, operários, empregados domésticos, catálogos de fotografia dos delinquentes.⁴³³ A intervenção da medicina legal e da psiquiatria no âmbito da punição assume fortemente este viés criminológico ligado ao positivismo de Lombroso, ainda que esteja mais vinculada às novas teorias desenvolvidas a partir do século XX, que por partirem de premissas muito semelhantes (organicismo, por exemplo) podem ser chamadas de neolombrosianas. Esta intervenção se realiza com a criação de determinadas instituições que pretendem conferir um ar de cientificidade na administração do poder de punir, cientificidade que só poderia ser dada, de acordo com os médicos, a partir da própria ciência (discurso) médica. A criminologia, assim, produziu alguns impactos no sistema carcerário e na criação de outras instituições destinadas aos “desviados”.

Cria-se no Brasil, já no final do século XIX, centros, institutos de identificação dos criminosos, primeiramente utilizando o método de Bertillon (medidas antropométricas) e, posteriormente, o sistema da impressão digital, ou dactiloscopia, desenvolvido na Argentina por Juan Vucetich.

No Rio de Janeiro, por iniciativa da associação de Antropologia e Assistência Criminal, fundada em 1892 por médicos legistas e juristas, como Souza Lima, Candido Mendes de Almeida, José de Souza Gomes e Antônio Maria Teixeira, o

⁴³³ AGUIRRE, C. Cárcere e sociedade na América Latina, 1800-1940. In: MAIA, C. N., *et al.* **História das prisões no Brasil**, v. I, Rio de Janeiro: Rocco, 2009, p. 58.

coronel Valadão, chefe de polícia da capital federal, abre um gabinete antropométrico (método de Bertillon), inaugurado em 12 de outubro de 1894. Foi instalado no laboratório de medicina legal, ficando a cargo do médico da polícia, Thomas Coelho. Sob acusações de que o serviço havia sido montado mais pelo interesse dos membros da associação nos estudos de antropologia criminal, apontado por alguns juristas de tendência liberal como um vexame aplicado aos indivíduos antes da condenação, do que na identificação dos reincidentes, o serviço ficou suspenso de 1895-1899. Neste meio tempo, Juan Vucetich divulgava no Brasil o seu sistema de identificação baseado nas impressões digitais – dactiloscopia. Em 1896 um gabinete antropométrico começa a funcionar também em São Paulo.

Como se pode perceber, a instalação destes centros de identificação antropométrica não se realizou sem protestos. Resistências a eles se impuseram, inclusive por parte de políticos influentes na época como Rui Barbosa e Barata Ribeiro. Os argumentos eram no sentido de que tais práticas ofendiam a honra pessoal. Barata Ribeiro apresenta um projeto de lei para regular as identificações na Casa de Detenção, determinando, por exemplo, que apenas os réus condenados pudessem se submeter aos processos de identificação. O projeto não foi aprovado – o parecer da Comissão de Justiça opinou de modo contrário, afirmando que a identificação antropométrica não era uma pena, nem um atentado à liberdade que agravasse a coação física de estar preso e, ainda, acusou Barata Ribeiro de sentimentalismo, vinculando a revolta do senador ao fato de um político amigo seu ter sido submetido às medições antropométricas. Finaliza o parecer ainda afirmando que

Só permitir a identificação dos réus definitivamente condenados é excluir dessa medida uma porção da população adventícia, tão frequente nas grandes cidades (...) que afluem às prisões e delas saem por motivos de segurança, mas sem que na maior parte das vezes haja meios de processá-los.⁴³⁴

Na justificativa da Comissão fica patente o argumento da “segurança” em face de um direito individual da honra, bem como a frequência de envio de pessoas às prisões sem qualquer tipo de processo legal. Ainda, talvez a tese do “sentimentalismo”, apontado pelo parecer, procedesse, pois quando da demolição

⁴³⁴ GALEANO, D. Identidade cifrada no corpo: o bertillonage e o gabinete antropométrico na polícia do Rio de Janeiro, 1894-1903. **Boletim do Museu Paraense Emílio Goeldi**. v. 7, n. 3, p. 10, 2012.

do Cortiço do Porco, comandado por Barata Ribeiro, este não pareceu preocupar-se tanto com as garantias e direitos individuais das pessoas que foram desalojadas, em face da segurança, higiene da cidade e saúde da população.⁴³⁵ Todavia, podemos interpretar esta diferença de posição não apenas como sentimentalismo mas, como pontuou Seelander, como uma mudança/adaptação de discurso conforme o destinatário, ou à dualidade liberal liberdade/segurança que se articula a partir da dualidade de sujeitos.

De qualquer forma, a partir de 1903 o método de Bertillon será substituído pelas impressões digitais (método de Vucetich).

Em São Paulo, em 1914, junto a um projeto de remodelação do sistema penitenciário (que se conclui em 1920, com a inauguração do Penitenciária do Estado), é fundado o Instituto de Regeneração, no qual se realizavam investigações científicas tendo os presos como objeto de pesquisa. Em 1935, nesta mesma penitenciária cria-se um Anexo Biotipológico. Estas instituições, mais do que depósitos de presos, tornavam-se verdadeiros laboratórios de investigação sobre a criminalidade, partindo especificamente do criminoso.

⁴³⁵ Um enorme aparato repressivo foi montado para realizar sua destruição e várias autoridades (muitas das quais se referiam ao cortiço como “valhacouto de desordeiros”) importantes da época se fizeram presentes para o feito (o próprio prefeito, o chefe de polícia, o engenheiro municipal, o secretário da Inspetoria Geral de Higiene, entre outros); a imprensa em sua maioria louvou a decisão do prefeito. Como aponta Chalhoub, o destino dos moradores é incerto, mas se supõe que muitos tenham, a partir das madeiras que puderam ser aproveitadas da destruição do cortiço (uso autorizado pelo generoso prefeito), construído novas “casas” no morro logo atrás de onde moravam. Nestes morros instala-se uma pobreza logo associada à infração e alvo de constante suspeição. O autor se questiona como tal ato pode ter sido realizado de forma tão abrupta e violenta sem que providências tenham sido tomadas quanto à relocação dos moradores em questão (que não eram 50 nem 100, mas milhares). A resposta está na construção de um discurso que se baseia em duas ideias centrais: a primeira que associa a noção de classes pobres a classes perigosas – ambas são uma única e mesma coisa e descrevem a mesma realidade, como pontua o autor; a segunda corresponde à concepção de que a administração da cidade deve ser feita de forma técnica, científica. Como expõe o autor, “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”. (CHALHOUB, S. **Cidade Febril: cortiços e epidemias na Corte Imperial**. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 20). A partir da análise feita com relação aos debates parlamentares da época, Chalhoub constata uma tendência: a de que o cidadão ideal é identificado ao bom trabalhador, aquele que consegue acumular; sendo assim, a ociosidade se torna um dos piores vícios de um indivíduo, e aquele que vive na pobreza é porque não é apto ao trabalho, portanto, carregado de vícios e, conseqüentemente, um perigo para a sociedade trabalhadora e de bem. A cadeia fecha-se num círculo: pobre – vício – malfeitor – perigo: logo, os pobres são perigosos. A truculência com relação aos cortiços então se explica pelo fato de serem vistos como o celeiro das classes perigosas e sua destruição é percebida como uma forma de estabelecimento da ordem, da segurança e da saúde da cidade, uma vez que eram vistos como “focos permanentes de infecções deletérias da saúde pública” – por certo que o discurso higienista não ficaria de fora, até porque concedia um fundamento técnico, neutro e científico para a destruição dos cortiços. (*Ibidem*, p. 15-24).

Oscar Freire, professor de medicina legal na Faculdade de Medicina da Bahia (sucessor de Nina Rodrigues) cria, em 1921, juntamente com Alcantara Machado, professor de Medicina Legal da Faculdade de Direito de São Paulo, a Sociedade de Medicina Legal e Criminologia, em São Paulo, tendo este último ocupado sua presidência até 1937. Machado, como senador estadual, ainda aprova uma lei, em 1927, para a criação de um manicômico judiciário do Estado, anexo ao Hospital do Juqueri.

Em 1921 é inaugurado no Rio de Janeiro o primeiro Manicômio Judiciário do país e da América Latina, cabendo sua direção ao médico Heitor Pereira Carrilho (o qual chefiava a seção Lombroso no Hospício Nacional), grande símbolo da psiquiatria forense e que defendia a importância e necessidade da intervenção do saber médico no poder de punir. Em suas palavras:

Não é possível, na época atual, fazer direito penal sem o concurso dos médicos e dos psiquiatras que, com seus conhecimentos de bioantropologia e de psicologia, podem penetrar toda a personalidade dos delinquentes, exumando-lhes as diferentes taras, definindo-lhes o feitiço mental, mostrando a fatalidade biológica que os levou à prática de reações antisociais, desvendando-lhes a constituição, o temperamento e o caráter, para a obra admirável da regeneração, de que eles carecem, em benefício próprio e ao da coletividade.⁴³⁶

Leonídio Ribeiro, médico e adepto das ideias da criminologia positivista lombrosiana e da teoria constitucionalista desenvolvida nas primeiras décadas do século XX, chamada a partir de 1930 de biotipologia, assume a direção do Gabinete de Identificação da Polícia do Rio de Janeiro em 1932. Em 1933 o Gabinete torna-se o Instituto de Identificação e Leonídio cria o Laboratório de Antropologia Criminal onde, com seus assistentes, realiza uma série de pesquisas em criminosos negros e homossexuais. À polícia cabia, na formação dos inquiridos, a função de fornecer os dados científicos relativos ao quadro morfo-fisio-psicológico dos criminosos para o julgamento. Propõe a criação da “Cidade de Menores” no Rio de Janeiro – os menores abandonados eram alvo privilegiado, pois correspondiam à parte da população que fugia ao controle do Estado, assim como todos aqueles excluídos de uma forma institucionalizada de trabalho e educação. Em 1936 inaugura o

⁴³⁶ CARRILHO, H. **Archivos do Manicômio Judiciário do Rio de Janeiro**. Ano – 1930, n. 2. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, p. 163. *Apud* MIRANDA, C. A. C. A fatalidade biológica: a medição dos corpos, de Lombroso aos biotipologistas. In: MAIA, C. N., *et al.* **História das prisões no Brasil**, v. II, Rio de Janeiro: Rocco, 2009, p. 308.

Laboratório de Biologia Infantil, no Rio de Janeiro, onde realizava exames completos em crianças enviadas pelo Juizado de Menores e pretendia preparar a organização de uma Escola de Serviços Sociais da Infância. Para isso foram realizados dois cursos, um de propaganda constituído por conferências doutrinárias no salão da Academia Nacional de Medicina e outro, prático e intensivo, com três meses de duração e 46 alunos, em sua maioria mulheres. O resultado dos primeiros exames realizados neste laboratório constataram não problemas de psicopatia, mas físicos, como verminoses, tuberculose e doenças de garganta.

Estes discípulos de Nina Rodrigues (Afrânio Peixoto, Leonídio Ribeiro, Oscar Freire, Alcantara Machado) citam muito Lombroso e seus sucessores, como Mario Carrara, Benigno di Tulio e Edmond Locard (seguidos de Lacassagne). Mas há neles a convicção de caminhar além destes mestres, de criar algo novo:

(...) tanto no âmbito brasileiro como no latino americano, havia uma convicção, várias vezes explicitada, de que se criava algo novo que seria a contribuição original da América Latina ao Velho Mundo. O orgulho que transparecia na reiterada afirmação de primazia em várias iniciativas – o Brasil foi o primeiro país a decretar o uso da dactiloscopia pelo sistema Vucetich, em 1902; o Chile foi o primeiro a tornar a identificação civil obrigatória, em 1931, etc. – demonstra bem isto. E o nível de refinamento de velhos conceitos, criados por Lombroso e seu grupo, bem como a extensão das relações internacionais dos participantes, em cada país, de um projeto semelhante ao que descrevo para o Brasil, pareciam tornar quase ingênuas as propostas dos velhos mestres.⁴³⁷

Característica dos médicos que integravam a escola baiana e de juristas influenciados pelo discurso criminológico era a tônica na prevenção e ligada a esta a preocupação com as crianças (como se viu a partir do discurso de Lemos Britto e se analisará na sequência no discurso de outros juristas brasileiros), que uma vez excluídas do mercado de trabalho pela proibição do trabalho infantil, inclusive por determinações internacionais, passam a ser foco de tutela do Estado fundamentada por discursos de médicos, pedagogos e psicólogos ligados à lógica da defesa social e que tem como consequência a criação de instituições voltadas a transformar estas crianças abandonadas, delinquentes em potencial, anormais ou com sinais degenerativos, em bons cidadãos. Esta problemática já se desenrolava desde o Império, mas se intensifica na República. A prática, embora sucessivamente

⁴³⁷ CORREA, M. **Ilusões da liberdade**: a Escola Nina Rodrigues e a antropologia no Brasil. 2 ed.rev. Bragança Paulista: Editora da Universidade São Francisco, 2001, p. 192.

criticada, era o envio para as penitenciárias, misturando-as com toda sorte de criminosos adultos.

Mas na República esta situação começa a mudar. São criadas algumas instituições especificamente para menores, Casas de Correção, Colônias agrícolas e industriais, nas quais imperava o princípio da disciplina e buscava-se recuperar estes indivíduos, sobretudo por meio do trabalho, para que se tornassem cidadãos honestos e úteis à sociedade – na verdade, o discurso é o mesmo das penitenciárias, apenas aqui há mais esperança de recuperação sob o argumento, médico e criminológico, de que o caráter das crianças ainda não está plenamente formado.

A criação destas instituições está profundamente vinculada ao discurso criminológico da escola positiva. A palestra de Fernando Sá, na ocasião da exposição dos trabalhos dos detentos da Casa de Detenção de Pernambuco, bem como da Escola Correccional de menores deixa isto bastante evidente:

Apesar de não pertencermos ao número daqueles que pensam ter a alma da criança a plasticidade de cera, de forma a ser amoldada à vontade do educador, não deixamos de reconhecer que na meninice se torne indispensável uma educação sadia e feita conforme os ensinamentos científicos modernos (...) Está provado pela observação dos criminalistas da nova escola a precocidade do crime (...) Assim a Escola Correccional da Detenção pode, uma vez orientada pela ciência, tornar-se um meio profilático contra a criminalidade (...) O crime tomou seu verdadeiro caráter de fenômeno natural sujeito as leis naturais. Encarada sob este ponto de vista, a pena passou a ser um bem, tornou-se um remédio jurídico para assegurar a ordem pública; já corrigindo o criminoso, transformando-o de uma forma regressiva em um elemento de progresso, já aproveitando a sua atividade malfazeja em benefício social.⁴³⁸

A título de exemplo, no início do século XX, são criadas a Escola 15 de Novembro no Rio de Janeiro, o Instituto Disciplinar em São Paulo (destaque às figuras de Candido Motta e Paulo Egydio), bem como uma Colônia Correccional. No Recife, em 1909, funcionava no interior da Casa de Detenção uma Escola Correccional para crianças e adolescentes, seguida pelo projeto de 1917-1920 que atenderia crianças desassistidas e, por fim, uma terceira experiência em 1924, com o título Colônia Correccional, que duraria até meados de 1929. Neste mesmo ano, por conta das críticas que apontavam a ineficácia de se internar menores em um

⁴³⁸ SÁ, F. **Palestra de 18 de dezembro de 1918**. Exposição dos trabalhos dos menores da Escola Correccional. Recife. Oficinas da Imprensa Oficial, 1919, p. 11 *Apud* MENEZES, M. V. Escola Correccional do Recife (1909-1929) In: MAIA, C. N., *et al.* **História das prisões no Brasil**, v. II. Rio de Janeiro: Rocco, 2009, p. 245-255).

estabelecimento junto à Casa de Detenção, os menores da Colônia Correccional foram transferidos para o prédio da Escola Correccional de Garanhuns.⁴³⁹ Em 1926 é inaugurada a escola de reforma “João Luiz Alves” para menores delinquentes, no Rio de Janeiro, já prevista pelo Decreto 16272 de 20 de dezembro de 1923, que em seu artigo 74 previa sua instalação anexa à Escola 15 de Novembro, passando esta a ser dividida em duas seções: de preservação, para menores abandonados e de reforma, para menores criminosos e contraventores.

Mas esses exemplos, todavia, não retratam a realidade brasileira. No processo de modernização das práticas punitivas no Brasil houve uma adequação e sofisticação do discurso e muitos juristas como Candido Motta, Paulo Egydio, Lemos Britto, Esmeraldino Bandeira, juntamente com médicos, como observado, tomaram frente na tentativa de aplicação e efetivação das “melhores propostas” da ciência na prática. A despeito de algumas realizações, na realidade, as continuidades foram mais significativas,⁴⁴⁰ seja por falta de recursos, seja por uma desorganização

⁴³⁹ É interessante destacar que até 1923 não existia em Pernambuco uma lei que regulasse a assistência à infância abandonada e delinquente. Até então estas crianças eram remetidas às instituições sobretudo por meio da ação da polícia. A partir deste momento, salienta Mozart Menezes, é possível identificar na correspondência entre juizes e chefes de polícia pedidos de exame médico legal, a exigência do cumprimento da lei voltada à proteção do menor e que não permitia que os policiais enviassem os menores delinquentes em prisões comuns. A partir de 1924 a escola correccional passa a chamar-se Colônia Correccional e a receber as crianças condenadas pela justiça e não apenas apreendidas pela polícia. (MENEZES, M. V. *Escola Correccional do Recife (1909-1929)* In: MAIA, C. N., *et al. História das prisões no Brasil*. v. II, Rio de Janeiro: Rocco, 2009, p 249-273).

⁴⁴⁰ Lemos Britto faz um levantamento de como era a situação dos menores no Brasil em termos institucionais, em uma excursão realizada nos estados brasileiros em 1923: Amazonas, Ceará, Maranhão, Rio Grande do Norte, Piauí, Paraíba, Alagoas, Bahia, Espírito Santo, Goiás, Mato Grosso não tinham qualquer instituição; o Pará, um “arremedo de colônia” com número diminuto de asilados; Sergipe ensaiava uma Colônia no Centro Agrícola Epitácio Pessoa. Minas possuía o Instituto João Pinheiro, bastante insignificante tendo em vista sua população. Rio de Janeiro, Paraná, Santa Catarina e Rio Grande estavam no domínio das boas intenções. (BRITTO, L. **Obras Completas: Assistência a menores – Direito Penal – Ciência e Prática Penitenciárias**, v. I. Ministério da Justiça e Negócios Interiores, Serviço de Documentação, 1959, p. 530). Ele também faz um estudo sobre a Casa de Correção no Rio de Janeiro e seu diagnóstico não podia ser pior – a considera como o avesso de qualquer disciplina: “A indisciplina na Casa de Correção do Rio de Janeiro sempre foi anormal e, ainda este ano ali se deram várias cenas de desordem, sendo até assassinado um presidiário por um de seus companheiros (...) Inúmeras evasões têm sido realizadas ou tentadas ali. A última, felizmente frustrada, foi a do célere facinora Carletto”. (BRITTO, J. G. L. **Os sistemas penitenciários do Brasil**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1924. p. 179). Para Lemos Britto a Casa de Correção devia parar de funcionar, pois qualquer adaptação seria um desperdício com relação a uma construção que padecia de erros desde a escolha do terreno: “Quem penetra na área das edificações do presídio federal tem imediatamente a impressão de que aquilo é a resultante de obras dispersas, sem unidade arquitetônica, sem obediência a qualquer sistema penitenciário. É monumental a entrada, mas logo o feitiço das dependências que deitam para a rua destona daquela arquitetura”. (*Ibidem*, p. 181-182). As celas são cubículos escuros, baixos, sem água e esgotos, as oficinas são rudimentares e sem maquinaria; não há espaço para exercício físico dos presos, há apenas um médico; não há refeitório; em seu interior, embora proibido pelo regulamento, realiza-se o comércio de bebidas alcólicas; não há segregação noturna, nem para refeição; não há trabalho para todos; há apenas um professor, gago, como destaca Lemos Britto, e não existem livros, mapas ou

política e administrativa, seja pela presença e influência das oligarquias que não pretendiam abrir mão dos seus poderes e de suas práticas de controle, seja pela força que uma série de preconceitos raciais imprimiu na sociedade, acarretando resistências em se implantar políticas criminais que investissem em indivíduos rotulados como inferiores, bárbaros, selvagens, muitas vezes incorrigíveis e entraves para o desenvolvimento da nação brasileira.

De qualquer forma, esta breve explanação não é suficiente para delimitar o impacto na legislação e nas instituições do pensamento criminológico. Em que pese algumas instituições e legislações terem sido apontadas, neste texto e em anexo, este não foi o foco da análise da presente pesquisa, que pretendeu especificar como campo de estudo o impacto, recepção e absorção do pensamento criminológico especialmente no âmbito do ensino do direito, a partir da disciplina do direito criminal. E, por esta razão, passa-se a analisar especificamente como na cultura jurídica penal brasileira o positivismo criminológico irá circular a partir do discurso dos juristas, professores criminalistas de importantes centros de ensino no país: Recife, São Paulo, Rio de Janeiro, Salvador e Curitiba.

4 PARTE III: A CULTURA JURÍDICA PENAL BRASILEIRA: A RECEPÇÃO DO PENSAMENTO CRIMINOLÓGICO NO ENSINO DO DIREITO CRIMINAL

4.1 OS PRECURSORES

4.1.1 Tobias Barreto: uma recepção resistente

Clóvis Bevilacqua afirma em um texto escrito, em 1887, que “No Brazil ainda não é vasta a literatura da criminologia”⁴⁴¹, mas que a obra de Tobias Barreto, *Menores e Loucos em Direito Criminal* teria certamente contribuído para o advento da criminologia entre nós, mesmo sendo um texto em que o sergipano escreve com base apenas nas leituras de Lombroso e não de outras novas doutrinas e em que, como se analisará na sequência, refuta em grande parte as ideias do psiquiatra italiano, intitulado a ele e seus seguidores, da maneira irônica que lhe é peculiar, de patólogos do crime. Segundo as pistas das nossas fontes, decidimos começar justamente pela análise deste texto de Tobias Barreto, que sem dúvida pode ser tido como um marco para a absorção do pensamento criminológico entre nós.

Sergipano, nascido em 1838, Tobias Barreto foi poeta, filósofo, crítico e jurista. Formou-se na Faculdade pernambucana e fez parte da Escola do Recife, movimento do qual não apenas participou, mas encabeçou e tornou-se uma das principais referências, por sua autonomia de pensamento, riqueza de ideias e ousadia acadêmica. Nas palavras de Graça Aranha: “A lição de Tobias Barreto foi a de pensar desassombradamente, a de pensar com audácia, a de pesar por si mesmo, emancipado das autoridades e dos cânones”.⁴⁴²

Tobias Barreto deixou suas marcas na Faculdade de Direito pernambucana, onde lecionou Filosofia do Direito de 1882-1887, faculdade que se caracterizava por um viés erudito e ilustrado, de cunho teórico-científico, responsável por trazer a vanguarda do pensamento no universo intelectual brasileiro.

⁴⁴¹ BEVILÁQUA, C. **Criminologia e direito**. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1896, p. 17.

⁴⁴² BARRETO, T. **Menores e Loucos em Direito Criminal**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. VII.

No início da faculdade percebe-se uma forte tradição portuguesa, ainda nos moldes escolásticos de um jusnaturalismo teológico. Mas, principalmente a partir da segunda metade do século XIX, o cientificismo tomou conta da mentalidade de importantes juristas da época. Teorias deterministas e modelos evolucionistas e social-darwinistas tiveram neste meio acadêmico uma forte presença. Buscava-se afastar o direito das outras ciências humanas e aproximá-lo às ciências das “certezas”.

A “geração dos 70”, à qual integra Tobias Barreto, inspirada por uma crença incondicional na ciência, tornou-se a responsável pela modernidade cultural e laicização do pensamento - o direito passava a ser afirmado como prática científica.

Este autor introduz na cultura jurídica brasileira os mais avançados pensamentos da época – leituras naturalistas, biologicistas, cientificistas, históricas, sociológicas, com fortes tendências evolucionistas (do darwinismo) e monistas. Rejeitava de maneira veemente o jusnaturalismo metafísico tradicional e propunha a compreensão do direito como um fenômeno social, cultural, histórico, cujo estudo deveria ser inserido nas novas tendências científicas da época. Em suas palavras:

O que importa principalmente é fazer o direito entrar na corrente da ciência moderna, resumindo debaixo desta rubrica, os achados mais plausíveis da antropologia darwinica (...) Eis por que se torna preciso animar o direito, que já tem ares de ciência morta, como a teologia ou a metafísica de antigo estilo, pelo contato com a ciência viva, com a ciência do tempo, com a última intuição de espíritos superiores. Mas é possível que se objete: a que propósito elucidar aqui a posição do homem na natureza, se o direito nada tem que ver com o homem natural, mas somente com o homem social, tal como êle se mostra aos olhos do historiador e do filósofo?⁴⁴³

Para compreender o Brasil e dotá-lo de instituições, deve se conhecer a natureza da sociedade, mas partindo do pressuposto de que natureza e sociedade são coisas distintas.⁴⁴⁴ Segundo Miguel Reale, uma das teses que merece destaque em Tobias Barreto é justamente a que se refere à antítese entre Natureza e Cultura e o destaque pelo autor da cultura na apreciação dos fenômenos jurídicos.⁴⁴⁵

Segundo Reale, o autor que mais marca influência sobre o gênio brasileiro será Ludwig Noiré, o qual teria tentado superar o monismo mecanicista de Haeckel

⁴⁴³ BARRETO, T. **Estudos de direito e política**. São Paulo: Instituto Nacional do Livro, 1962, p. 11.

⁴⁴⁴ “É mister bater cem vezes, e cem vezes repetir: o direito não é filho do céu, é simplesmente um fenômeno histórico, um produto cultural da humanidade.” (BARRETO, T. **Estudos de direito**. Brasília: Senado Federal/ Conselho Editorial, 2004, p. 443).

⁴⁴⁵ MERCADANTE, P.; PAIM, A. **Tobias Barreto na cultura brasileira: uma reavaliação**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1972, p. 16.

em uma visão tanto causal quanto finalística do cosmos. Para Tobias Barreto, entre a causalidade mecânica e a finalística existia apenas uma questão de grau.⁴⁴⁶

O jurista tenta salvar a teoria monista, concebendo o universo físico e psíquico constituído de átomos e estes constituídos por duas propriedades: o sentimento e o movimento. A unidade estaria no fato de que haveria uma interação entre as duas formas: quanto mais sentimento, menos movimento.⁴⁴⁷ No mundo inorgânico, por exemplo, prevalece o movimento. O processo de emancipação dos seres está justamente neste processo de crescente preponderância do que lhes é íntimo, o que Tobias Barreto denomina de sentimento. Assim, a sociedade, o Estado e o Direito são fenômenos mecanicamente inexplicáveis, que extrapolam as causas eficientes e se vinculam às causas finais, que traduzem, portanto, o triunfo do sentimento, em detrimento do movimento.⁴⁴⁸

Para Tobias Barreto nem o homem, nem a sociedade e muito menos o direito caíram do céu. Uma das doutrinas por ele mais criticadas e refutadas é a doutrina do direito natural. Nada mais certo e óbvio, para o autor, do que o fato do direito ser um produto da cultura humana, e esta assumpção implica negá-lo como entidade metafísica, anterior e superior ao homem: “ela opõe à velha teoria, fantástica e palavrosa, do chamado direito natural, a moderna doutrina positiva do direito oriundo da fonte comum de todas as conquistas e progressos da humanidade, em seu desenvolvimento histórico”.⁴⁴⁹

Para Tobias Barreto, a cultura aparece com a substituição da selvageria do homem natural pela nobreza do homem social e, sendo o direito um produto cultural, importa afirmá-lo como efeito do processo de desenvolvimento e melhoramento da humanidade.⁴⁵⁰

O direito é um instrumento que concerta o homem natural em proveito da sociedade; é, pois, antes de tudo, uma disciplina social, isto é, uma disciplina que a sociedade impõe a si mesma na pessoa de seus membros, como meio de atingir o fim supremo - a convivência harmônica de todos os associados,⁴⁵¹ “a disciplina das

⁴⁴⁶ MERCADANTE, P.; PAIM, A. **Tobias Barreto na cultura brasileira: uma reavaliação**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1972, p. 17.

⁴⁴⁷ *Ibidem*, p. 19.

⁴⁴⁸ *Ibidem*, p. 20.

⁴⁴⁹ *Ibidem*, p. 33.

⁴⁵⁰ *Ibidem*, p. 34.

⁴⁵¹ *Ibidem*, p. 36.

forças sociais, o princípio da seleção legal na luta pela existência”.⁴⁵² O direito é, pois, “resultado da cultura humana; espécie de política da força que se restringe e modifica, em nome somente da sua própria vantagem; não um presente divino, mas um invento, um artefato, um produto do esforço do homem mesmo.”⁴⁵³

Percebe-se, então, nestas breves conceituações de direito, de maneira bastante evidente, as influências de Tobias Barreto: evolucionismo (mas não o naturalista de Spencer) – o direito como um elemento do processo de melhoramento da humanidade; darwinismo – o direito como princípio de seleção legal na luta pela existência; o monismo de Noiré, pois este processo de melhoramento se dá da passagem do natural (movimento, mecanicismo) para o cultural (sentimento, finalidade); o organicismo, posto que o homem e a sociedade, como organismos complexos, decorrem da evolução de organismos inorgânicos, num processo em que as causas finais vão predominando sobre as causas eficientes e, por fim, Ihering e sua concepção teleológica do direito, bem como a associação fundamental dada por este autor entre direito e força.⁴⁵⁴

O autor não ignora as novas tendências do direito criminal, que muito tinham absorvido destas correntes acima mencionadas. Em sua obra *Menores e Loucos em Direito Criminal*,⁴⁵⁵ fez menção a Lombroso e sua obra *O Homem delinqüente*, demonstrando uma postura crítica com relação aos patólogos do crime e seu determinismo. Assumindo seu perfil acadêmico, sempre inovador e crítico de um cientista empírico, segundo o qual não se pode aceitar hipóteses gratuitas que buscam convencer pelo efeito de suas frases retumbantes, repele a obra de Lombroso carregada de afirmações pseudo-científicas que embora beirassem o absurdo, comungava de um certo senso comum da época. Crítica na obra de

⁴⁵² BARRETO, T. **Menores e Loucos em Direito Criminal**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. 11.

⁴⁵³ BARRETO, T. **Estudos de direito e política**. São Paulo: Instituto Nacional do Livro, 1962, p. 36.

⁴⁵⁴ “A paz é o fim que o direito tem em vista, a luta é o meio de que se serve para consegui-lo. Por muito tempo perdurará ainda, enquanto o mundo for mundo – nunca poderá subtrair-se à violência da luta. A vida do direito é uma luta (...) O direito não é pura teoria, mas uma força viva. Por isso a justiça sustenta numa das mãos a balança em que pesa o direito, e na outra a espada de que se serve para defendê-lo. A espada sem a balança é a força brutal; a balança sem a espada é a impotência do direito. Uma não pode avançar sem a outra, nem haverá ordem jurídica perfeita sem que a energia com que a justiça aplica a espada seja igual à habilidade com que manejar a balança”. (IHERING, R. V. **A luta pelo direito**. São Paulo: Centauro, 2003, p. 21).

⁴⁵⁵ Esta obra, escrita por Tobias Barreto em 1884, procura discorrer sobre algumas questões referentes ao Código Penal do Império, de 1830, mais especificamente sobre o artigo 10, em que estão previstas as hipóteses daqueles que não serão julgados criminosos, ou seja, as dirimentes de responsabilidade penal, dentre os quais, os menores e os loucos, como o próprio título da obra destaca.

Lombroso o excesso de detalhes que, ao invés de esclarecer apenas obscurece. Aponta que, se perante a lógica existe o argumento vicioso de provar demais, na ciência o problema está em observar demais, “em acumular observações, aparentemente profícuas, mas no fundo estéreis, incapazes de generalização e irreduzíveis a uma lei”.⁴⁵⁶

Quanto à crítica ao determinismo este trecho é emblemático:

Eu considero o crime uma das mais claras manifestações do princípio naturalístico da hereditariedade, e como tal, quando mesmo ele fosse (...), um fenômeno mórbido, um resultado de doença, nada prohibia que, também neste domínio, como em todos os outros da natureza, a adaptação procurasse eliminar as irregularidades da herança. Se por força da seleção natural ou artística, até as aves mudam de cor das plumas, e as flores a cor das pétalas, por que razão em virtude do mesmo processo, não poderia o homem mudar a direção de sua índole (...) Enquanto pois, os defensores da pathologia criminal (...) não descobrirem o meio nosocrático suficiente para oppôr barreira ao delicto, a pena será sempre uma necessidade. Mais tarde ver-se-há nella, em nome de Darwin e de Haeckel, alguma cousa de semelhante à seleção espartana, ou uma espécie de seleção jurídica, pela qual os membros corruptos vão sendo postos à parte do organismo social comum.⁴⁵⁷

O autor faz uso das teorias de Darwin, sua relação com o homem, a cultura e o direito, sem romper com as ideias de imputação e necessidade da pena. Embora considere o crime um dos mais significativos sinais ou manifestações da hereditariedade, faz objeções ao determinismo dos naturalistas, pois para ele, mesmo admitindo-se tal verdade, nada impediria admitir-se também que, como todos os seres da natureza, irregularidades da herança fossem eliminadas pelo processo de adaptação e seleção, afinal, “Se por força da seleção natural ou artística, até as aves mudam a cor das plumas e as flores a cor das pétalas, porque razão, em virtude do mesmo processo, não poderia o homem mudar a direção da sua índole?”⁴⁵⁸

A sagacidade de Tobias Barreto é evidente, pois utiliza os mesmos pressupostos em que se baseiam os criminólogos positivistas, mas justamente para desfazer suas ideias e quase num processo socrático desestruturar, deslegitimar sua teoria. Não compactuava com o determinismo de Lombroso e o argumento da seleção natural é justamente usado para justificar a necessidade da pena como

⁴⁵⁶ BARRETO, T. **Menores e Loucos em Direito Criminal**. Brasília: Senado federal, Conselho Editorial, 2003, p. 69.

⁴⁵⁷ *Ibidem*, p. 11-12.

⁴⁵⁸ *Ibidem*, p. 11.

meio de melhoramento do organismo social – o naturalismo, instrumento para fundamentar o determinismo, o qual por sua vez desconstrói a utilidade da pena, aqui é transviado e usado justamente como legitimador da pena.

Ao mesmo tempo, apresenta crítica ao que considera princípio da imputabilidade absoluta, baseado na filosofia kantiana da autonomia moral racional. Ele defende a manutenção da ideia de imputação, mas uma imputabilidade relativa, em que a liberdade é um postulado da ordem social, e que o homem normal pode sim adquirir a maturidade e capacidade para conhecer o valor jurídico de seus atos e determinar-se livremente, defendendo, portanto, como condições da imputação o conhecimento da ilegalidade e o poder do agente de deliberar em praticar o ato.⁴⁵⁹

Pode-se perceber aqui tanto uma crítica ao racionalismo abstrato de Kant (aos metafísicos do espírito), que concebe uma autonomia utópica ao homem racional, quanto uma crítica ao determinismo biologicista dos quais chama patólogos do crime. Nem tanto ao céu, nem tanto à Terra - Tobias Barreto tinha os pés no chão, mas não olhava apenas para ele, via para além dele, todavia, não se deixava divagar nas nebulosas nuvens de um idealismo para lá de otimista, no que se refere à natureza humana. Nem plenamente autônomo, nem absolutamente determinado – afinal, há mais mistérios entre o céu e a Terra do que sonha a vã filosofia espiritualista ou observa o errôneo determinismo naturalista.

Segundo o autor, as diversas teorias que tentam compreender o crime, sejam as tributárias do que o autor chama do velho indeterminismo filosófico para o qual o crime e a virtude são o efeito de uma causa livre, sejam as teorias de cunho mais naturalista (que reduzem o crime a um fenômeno natural, como Lombroso), ou socialista (as quais querem identificar no crime apenas a causa da má organização social, e que tornam, segundo Tobias Barreto, a sociedade uma co-ré de todos os réus, compadecendo-se mais do criminosos do que de sua vítima) são parciais e incompletas.

Para Tobias Barreto, o naturalista e o filósofo social são desculpáveis de suas parcialidades, mas isto não desculpa também o criminalista, que não deve deixar-se iludir por tais teorias, querendo “prender a sua sciencia ao carro triumphal

⁴⁵⁹ BARRETO, T. **Menores e Loucos em Direito Criminal**. Brasília: Senado federal, Conselho Editorial, 2003, p. 11.

das sciencias naturaes, quando não atal-a ás azas de uma van philosophia romanescas”.⁴⁶⁰

Defende que Lombroso só teve êxito contra os criminalistas metafísicos da imputabilidade absoluta, os quais, para Barreto, na verdade, já estavam fora de questão. Para ele “a lucta das opiniões só é possível dentro dos limites da imputabilidade relativa (...)”⁴⁶¹ Refuta Lombroso e seu determinismo, afirmando:

Se é certo que o delicto, como facto natural, está sujeito a outras leis da liberdade, isto não quer dizer que o direito deve deixar de interpôr-se como meio de corrigir a natureza. O que há de mais natural e como que fatalmente determinado do que o curso dos rios? E todavia pode-se desvial-o. Também o direito, máxime o direito penal, é uma arte de mudar o rumo das índoles e o curso dos caracteres, que a educação não pôde amoldar; não no sentido da velha teoria da emenda, no intuito de fazer penitentes e preparar almas para o ceu, mas no sentido da moderna seleção darwinica, no sentido de adaptar o homem á sociedade, de reformar o homem pelo homem mesmo, que á final é o alvo de toda política humana.⁴⁶²

Refuta, com jogo de ideias, o argumento da reincidência usado por Lombroso para comprovar sua tese do crime como algo natural. Alega Tobias Barreto que a reincidência não é uma especificidade do crime, mas de todo o vício, e, portanto, da própria natureza humana:

Se pois os recidivos no crime só servem para dar testemunho da inutilidade das leis penaes, os recidivos no vicio atestam igualmente a insufficiencia da lei moral, donde quer que ella provenha, e não deixam de arrastar as mesmas consequências praticas, que Lombroso põe somente á conta dos primeiros.⁴⁶³

Segundo Tobias Barreto, quando a filosofia de Kant e Hegel dominava o mundo, os criminalistas filósofos existiam aos montes; com o apogeu das ciências naturais, em que a medicina assume o topo, aparecem penalistas adaptando seus discursos – são os penalistas patólogos e psiquiatras, os quais, como afirma o autor, tornam, com suas ideias, livros e revistas completamente ilegíveis.⁴⁶⁴ Insurge-se contra o psiquiatra italiano em sua tentativa, segundo o autor, de destronar o jurista, tornando dispensável o direito penal. Como bom advogado do próprio direito

⁴⁶⁰ BARRETO, T. **Menores e Loucos no Direito Criminal**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p.65.

⁴⁶¹ *Ibidem*, p. 73.

⁴⁶² *Ibidem*, p. 73.

⁴⁶³ *Ibidem*, p. 70.

⁴⁶⁴ BARRETO, T. **Estudos de direito**. Brasília: Senado Federal, 2004, p. 57-58.

constata: “É assim que vê-se médicos quererem de repente reformar a filosofia, juristas endireitar a igreja, e todo mundo emfim melhorar a todo mundo (...)”⁴⁶⁵ Para o jurista, mesmo a ciência do crime tendo relação com as ciências naturais e sua natureza indutiva, isto não tira do direito penal a sua posição autônoma e o caráter jurídico da pena.

Nas palavras do autor abaixo citadas, pode-se constatar a impressão nitidamente crítica com relação às ideias da doutrina lombrosiana, que em sua opinião em nada contribuíam para a ciência jurídica criminal, muito pelo contrário, tornavam-na supérflua e desnecessária em face da psiquiatria e, por conta disto, essa nova escola estaria, para Barreto, condenada ao desaparecimento pela mesma tendência científica que a fez nascer:

Alli (na Itália) surgiu nos últimos tempos uma nova escola, que agrupada em torno do professor Lombroso e outros médicos, somente médicos, exagerando por demais a pequena somma de verdades, que a psiquiatria pode fornecer á teoria do crime, tem chegado quase ao ponto de fazer do direito criminal um anachronismo, e do criminalista um órgão sem função, um organismo rudimentar da sciencia jurídica (...) esta jovem escola, dizemos, posto que esteja condemnada a desaparecer com o espirito do tempo que a produziu, já não tem a contar outro resultado senão o de haver mais complicado as dificuldades da sciencia, sem comtudo resolver nenhuma das suas graves questões.⁴⁶⁶

Tobias Barreto parece atento à “disputa” entre médicos e juristas. Quando ironiza a importância que o direito romano compilado por Justiniano ainda tinha em sua época, levanta esta questão:

Se em muitos domínios do direito, continuamos a nutrir-nos dos ossos sahidos da mesa imperial de Bysancio, não vejo razão plausível pela qual não obedecêssemos á lei do déspota, que por ventura ainda hoje mandasse sujeitar à exame a puberdade mulheril. Eu sei que nesta hypothese, seria infallível e renhida uma grave questão preliminar: saber quem tinha mais competência para a inspeção, se os médicos, ou os juristas. Havia de ser sem duvida um dos mais bellos combates, uma das mais bonitas formas da lucta pela existência.⁴⁶⁷

Apresenta Tobias Barreto uma perspicaz crítica ao saber médico por tentar reduzir todas as anomalias sociais à causa da loucura – diagnostica: tratam-se dos excessos do “especialismo” e ironiza com a seguinte comparação: se uma ocupação

⁴⁶⁵ BARRETO, T. **Menores e Loucos em Direito Criminal**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. 70.

⁴⁶⁶ BARRETO, T. **Estudos de direito**. Brasília: Senado Federal, 2004, p. 58.

⁴⁶⁷ BARRETO, T. *Op. cit.*, p. 23-24.

exclusiva com cetáceos pode fazer um fisiólogo associar a forma humana à morfologia de um peixe, não é menos provável que a ocupação exclusiva com a loucura leve médicos e diretores de hospícios de alienados a identificarem as anomalias sociais a fenômenos de loucura. Para o autor, Lombroso e seus discípulos teriam sofrido do mesmo mal, ou melhor, da mesma ilusão.⁴⁶⁸ Adverte e ironiza a proposta de Lombroso, que sugere a substituição da cadeia pelo manicômio criminal, apontando que se levados em conta seus princípios, meter-se-ia a humanidade inteira no hospital.

Para o jurista brasileiro, esta interferência entre direito e medicina, principalmente no âmbito do direito penal, decorre justamente do fato de não haver limites assinalados tanto ao direito criminal, quanto aos outros ramos do saber como a psicologia, a psiquiatria: “Que prazer que sente o jurisconsulto em se mostrar também conhecedor dos segredos da medicina!... Igual só experimenta o medico em fazer também valer a sua autoridade nos domínios do direito”.⁴⁶⁹

Não cede ao discurso medicalizante do direito da época; não associa crime e doença e por isso restaura ao crime sua ligação com a pena, ou melhor, com a punição e, portanto, com o direito de punir, espoliado dos juristas pelos médicos. Assim afirma:

É inegável a existência de fatos anômalos opostos ao modo de viver comum que perturbam a ordem de direito (...) A teoria romântica do crime-doença, que quer fazer da cadeia simples appendice do hospital, e reclama para o delinquente, em vez da pena, o remédio, não pode crear raízes no terreno das soluções accetitaveis. Porquanto, admitindo mesmo que o crime seja sempre um fenômeno pshycopathico, e o criminoso simplesmente um infeliz, substituída a indignação contra o delicto pela compaixão da doença, o poder publico não ficaria por isso tolhido em seu direito de fazer applicação do salus Populi suprema lexesto e segregar o doente do seio da communhão.⁴⁷⁰

Darwinista e monista mas, acima de tudo, jurista e defensor implacável da necessidade do direito e da pena. Adequa as teorias mais modernas e atuais daquele momento histórico para se analisar o homem, a sociedade e o direito, mas levanta seu gênio contra os reducionismos de um paradigma biologicista e

⁴⁶⁸ BARRETO, T. **Estudos de direito**. Brasília: Senado Federal, 2004, p. 59.

⁴⁶⁹ *Ibidem*, p. 58.

⁴⁷⁰ BARRETO, T. **Menores e Loucos em Direito Criminal**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003, p. 129.

naturalista que invadia um universo eminentemente histórico e cultural como o jurídico.

Não se entregou aos metafísicos do direito, aos espiritualistas desprendidos da realidade, viciados numa transcendência que, aos olhos do sergipano, impedia-os de enxergar o óbvio, idealizadores de uma justiça inexistente e uma liberdade humana utópica; mas não se deixou dominar pelo positivismo rasteiro, que de tanto fincar os pés na terra, deixou de olhar o próprio homem e suas vicissitudes, reduzindo suas idiossincrasias a leis causais e mecânicas da natureza e da hereditariedade.

Tobias Barreto é um homem de seu tempo, mas não se deixou levar por modismos e exageros decorrentes de um euforismo acadêmico, “comprometedor de um sistema de ideias”.

4.1.2 João Vieira de Araújo: um teórico propagandista e um moderado reformador

Nasceu em 28 de fevereiro de 1844, em Pernambuco, doutor em direito pela Faculdade de Recife e lente de direito criminal. Ingressou, nesta instituição, como professor substituto em 1877, tornando-se catedrático em 1884. Exerceu magistratura, presidiu a província de Alagoas de 1874-1875, foi eleito deputado federal depois de proclamada a República. Segundo Clóvis Bevilacqua, João Vieira integrava o rol dos juristas célebres da Escola do Recife, pertencendo a ela em sua fase jurídica. Como criminalista é um personagem importante desta pesquisa, pois um dos primeiros a absorver o pensamento criminológico europeu, divulgador de suas ideias em meio acadêmico, como se analisará em suas obras e programas de disciplina e em meio político por meio de seus projetos de revisão do código republicano. No âmbito desta revisão, também foi protagonista juntamente com Baptista Pereira, relator do Código Penal Republicano.

Com fins de esclarecer o leitor, metodologicamente, tendo em vista a vasta produção deste jurista, que se complica ainda em razão de parte desta produção dialogar com outros textos (pareceres) que levam em conta as revisões dos códigos imperial e republicano, optou-se por uma análise genealógica destes textos, justamente para seguir o processo de absorção, adesão e maturação gradativa do

autor às ideias positivas, bem como seu diálogo com outros juristas sobre as novas propostas legislativas.

Pretende-se na análise dos textos de João Vieira identificar a absorção das ideias do positivismo penal – quais pontos, em que medida e os argumentos que utiliza. Nas obras em que o autor comenta os códigos da época, seja do Império ou da República, ou mesmo do projeto de substituição deste último, o foco de análise não foi o exame que João Vieira fez da legislação e de seus dispositivos especificamente, mas a explanação filosófica que o autor utiliza, com foco, sobretudo, na utilização das ideias do positivismo penal criminológico. O próprio João Vieira ressalta (como se verá em uma citação em seguida) a importância deste enfoque que realiza na análise dos códigos.

Como bem pondera Ricardo Sontag, estas obras de comentário de códigos não se limitavam a um simples comentário técnico-aplicativo. Inserindo João Vieira na tradição, própria da penalística civil, que buscava exercer um “controle racional do direito vigente”,⁴⁷¹ a abundância de teorias e de legislação comparada, não aparece simplesmente para demonstrar a erudição do autor, mas decorrem da própria percepção de ciência jurídica que o autor expressa como “(...) superior mesmo aos modestos estudos que comumente constituem o patrimônio do juiz, do advogado e do administrador no exercício de sua missão que por mais que se engrandeça não passa de uma arte”.⁴⁷² Assim, como pontua Ricardo Sontag, “(...) as ideias positivistas empurram João Vieira para além da exegese e compõem o plano metapositivo do direito criminal filosófico (-científico) ao qual a ciência jurídica deveria chegar para exercer o ‘controle racional do direito vigente’”.⁴⁷³

Começamos então analisando uma das obras tidas como marco temporal da presente pesquisa, “Ensaio de Direito Penal ou repetições escritas sobre o Código Criminal do Império do Brasil.” João Vieira de Araújo justifica a elaboração desta obra no sentido de, uma vez tendo assumido a cadeira de direito criminal, ser necessário “imprimir uma feição mais moderna às explicações que exige a parte philosophica do nosso Codigo.”⁴⁷⁴ Segundo o autor brasileiro, a filosofia científica de

⁴⁷¹ SONTAG, R. **Código Criminológico?** Ciência Jurídica e codificação penal no Brasil (1888-1899). Rio de Janeiro: Revan, 2014, 92.

⁴⁷² ARAÚJO, J. V. **Ensaio de Direito Penal ou repetições escritas sobre o Código Criminal do Império.** Pernambuco: Typografia do jornal do Recife, 1884, p. VII.

⁴⁷³ SONTAG, R. *Op. cit.*, p. 93.

⁴⁷⁴ ARAÚJO, J. V. *Op. cit.*, p. V.

então alcançava inúmeras conquistas que teriam consequências significativas para as ciências morais e políticas e, dentre estas, o próprio direito - o direito criminal é um dos ramos que mais se afeta com estas novidades e indica, então, o autor, a obra “do grande professor italiano”, Cesare Lombroso, *L'uomo delinquente*, como um exemplo de onde se poderia inferir as consequências destes novos estudos para o futuro das instituições criminais.

Nestas notas introdutórias intituladas mesmo “A razão deste livro”, João Vieira indica explicitamente as suas fontes: as italianas. Embora indique serem os alemães, juntamente com os italianos, também responsáveis pelo adiantamento nos estudos criminais, confessa a impossibilidade pessoal de acessar suas fontes. Aponta, ainda, que as obras francesas e belgas teriam sido pouco utilizadas por estarem “na retaguarda do movimento científico moderno nesta parte”.⁴⁷⁵ Assume ter reproduzido o melhor que pode das obras consultadas. Todavia, em outras obras a citação de autores franceses é bem frequente, sobretudo, René Garraud.

Sua intenção com o livro não é a mera leitura da legislação seguida de sua justificação, mas uma exposição do “direito penal philosophico positivo” que para o autor representa “uma synthese, uma base de estudos de todos esses gêneros, para o legista, para o jurisconsulto e o legislador (...)”⁴⁷⁶. Esclarece ainda que a exposição segue o programa de ensino adotado por ele na segunda cadeira de direito criminal do terceiro ano (vide anexo 2).

Em sua primeira lição, demonstrando sua filiação à Escola do Recife, já desconsidera o direito natural, tido por ele como “simplesmente absurdo”⁴⁷⁷. Nas linhas de um positivismo evolucionista indica que o homem, colocado na evolução superorgânica, e os fenômenos sociais devem ser estudados por princípios científicos. Os fatores externos (o meio em que evolui o agregado humano) e internos (caráter físico, intelectual e emocional do homem) modificam-se na medida em que a sociedade evolui. O direito como instituição social e decorrente de sua evolução diversifica seus critérios de justo e injusto, não havendo mais razão em se sustentar um direito imutável e atemporal. Apenas em grupos mais avançados as noções de justiça tendem a se tornar permanentes. As leis penais, por exemplo, evoluíram de um estágio rude e violento para um sentido em que a pena deixa de

⁴⁷⁵ ARAÚJO, J. V. **Ensaio de Direito Penal ou repetições escritas sobre o Código Criminal do Império**. Pernambuco: Typografia do jornal do Recife, 1884, p. VI.

⁴⁷⁶ *Ibidem*, p. VII.

⁴⁷⁷ *Ibidem*, p. 10.

ser um mal/sofrimento para ser um meio de correção e transformação de indivíduos em cidadãos úteis; a pena, então, para o autor, “se absterá das cóleras legaes, quebrará sua espada; para fabricar sua balança e seus pesos, se inspirará unicamente na utilidade social; ella se tornará scientifica e repousará sobre a observação e experiência”.⁴⁷⁸ Na verdade esta é uma citação de Letourneau (*La Sociologie*), da qual faz uso em outra obra que publica anos mais tarde (1897), que será analisada. Nesse texto que agora analisamos, todavia, este trecho não aparece como uma citação, fazendo o leitor deduzir que se trata de uma afirmação sua.

As três primeiras páginas do texto encerradas por este trecho são bastante densas – neles podemos identificar a influência nítida da absorção do evolucionismo de Spencer e a presença de alguns postulados da corrente penal positiva, como a ideia de cientificidade da pena garantida pela observação e experiência. João Vieira de Araújo ao analisar as diferentes teorias que buscam fundamentar o direito de punir critica tanto a teoria da defesa social de Romagnosi, quanto a da emenda de Roeder:

Pois que, se é verdade que a sociedade tem o direito de defender-se de injustas agressões dos malvados; se é verdade que ela pode conseguir um gráo apreciável de segurança com a reforma do réo; é verdade igualmente que outros dados, outros elementos existem, os quaes podem ou para melhor dizer, devem, concorrer para determinar a índole e a forma do seu direito.⁴⁷⁹

Este texto de João Vieira é ainda bastante imaturo no que se refere à absorção da criminologia positivista. O autor ainda parece flutuar entre as correntes que se cruzavam e disputavam espaço naquele período. Mal começa suas preleções renegando o direito natural, mas afirma em páginas seguintes, quando questiona por quais sinais devemos identificar um ato como delito, que “a humanidade é essencialmente justa”.⁴⁸⁰

Afirma que a sociedade humana reprime o delito não apenas porque este ofende seus interesses, mas porque este a fere na sua parte mais íntima que constitui a sua humanidade.⁴⁸¹ O delito é para o autor “a deshumana expressão do

⁴⁷⁸ ARAÚJO, J. V. **Ensaio de Direito Penal ou repetições escritas sobre o Código Criminal do Império**. Pernambuco: Typografia do jornal do Recife, 1884, p. 05.

⁴⁷⁹ *Ibidem*, p. 13.

⁴⁸⁰ Sua resposta: “Por todos aquelles signaes reponderemos, pelos quaes a consciência da humanidade, que é essencialmente justa, se mostra ofendida (...)” (*Ibidem*, p. 28).

⁴⁸¹ *Ibidem*, p. 23.

mal, a synthese de quanto se oppõe á noção do justo e áquella benévola expontaneidade que produzem o equilíbrio, a preservação, o progresso da sociedade e a segurança dos direitos comuns”.⁴⁸² Na sequência, afirma que a justiça social orientada pelos princípios da verdadeira ciência deveria cessar de armar-se de leis desumanas para ferir aqueles que antes vistos como monstros, analisados por estes mesmos princípios, parecem mais infelizes.⁴⁸³ Este trecho nos faz lembrar Ferri, que comparando o criminoso aos loucos, entende que a mesma mudança que se deu com estes, de repúdio à benevolência, tenderia a acontecer com os criminosos, vistos a partir de então como seres anormais.

Para o jurista coexistem no homem todas as grandes leis naturais, as quais advertem que, ao mesmo tempo em que nos homens há as propriedades da ordem, há também as da desordem, os germens da injustiça e do delito, que fecundam por diversas influências (interiores e congênicas, exteriores e sociais).⁴⁸⁴ Esta afirmação não coaduna com a visão dos positivistas da “nova escola”, pois estes tendem a dividir a humanidade, sendo o criminoso um tipo específico de homem, cuja especificidade está justamente por nele estar inscrito o germe da criminalidade.

É curioso notar que o autor oscila entre uma leitura do homem e do delito positivista evolucionista e ao mesmo tempo com rastros de um jusnaturalismo, renegado veementemente de maneira expressa, mas que insiste em emergir em alguns momentos, o que faz deste texto de João Vieira de Araújo um tanto ambíguo e mesmo confuso.

Quando analisa as condições que formam e desenvolvem o caráter (quinta lição) cita Spencer, menciona as influências da hereditariedade, sedimentadas por gerações (processo a priori) e as experiências pessoais, mais recentes, que não constituem o organismo pessoal (processo a posteriori). Não crê que a educação possa formular completamente um caráter, por conta da força do primeiro processo, mas apenas diminuir imperfeições, sem destruí-las (o que confere com a opinião da maioria dos positivistas). A conduta humana, expõe, pode ser analisada pelo aspecto físico (“os princípios moraes devem pois ser conformes às necessidades *physicas*”⁴⁸⁵ demonstrando a relação moral e organismo físico), biológico, psicológico

⁴⁸² ARAÚJO, J. V. **Ensaio de Direito Penal ou repetições escritas sobre o Código Criminal do Império**. Pernambuco: Typografia do jornal do Recife, 1884, p. 30.

⁴⁸³ *Idem*.

⁴⁸⁴ *Idem*.

⁴⁸⁵ *Ibidem*, p. 35.

(as ações são inspiradas pelos sentimentos e guiadas pela inteligência) e sociológico (afetam direta ou indiretamente os outros membros da sociedade). O caráter se forma de modo sucessivo no indivíduo e na espécie. Ele se expressa por duas formas fundamentais: o egoísmo e o altruísmo. Nas raças elevadas prevalecem os sentimentos altruístas e nas raças selvagens o egoísmo. Nas primeiras, ainda, por apresentarem relações mais diversificadas e complexas (Spencer, mais uma vez), mais elementos novos tendem a influir no caráter – nas mais selvagens a uniformidade prevalece. Não chega a citar explicitamente Sergi, mas sua influência é evidente – aponta que nas raças elevadas o caráter tem dois elementos – o fundamental (hereditário e composto de extratos – dos mais primitivos aos mais recentes) e o adquirido. Com o passar das gerações os adquiridos (vindos do ambiente) podem também tornar-se fundamentais, tornando-se parte do organismo e moldando assim o caráter da raça.⁴⁸⁶ Para João Vieira, como em Garofalo, não há apenas diferença de caráter de acordo com a raça, mas com a classe social, uma vez que as influências sociais também influem para moldá-lo:

Nos indivíduos de famílias aristocratas e nas altas classes sociaes, se reconhece de repente o typo de um caracter que pouco ou nada tem em comum com os indivíduos nascidos de classes inferiores e operarias, ainda que uns e outros tenham de qualquer modo desenvolvido o seu caracter com outros elementos no estado social.⁴⁸⁷

A raça aparece neste texto do autor a partir dos parâmetros do discurso racial europeu (Le Bon, por exemplo), mas não será, curiosamente, um tópico frequente em suas análises. Não aparecerá digressões do autor sobre a relação raça e criminalidade, por exemplo, lugar comum para o discurso criminológico da época.

Resgata então a teoria do atavismo, que com Lombroso ganhou notoriedade por sua análise da criminalidade associada à este fenômeno. A forma atávica, como pontuada pelo jurista brasileiro, nos termos lombrosianos, seria a emergência no indivíduo do extrato primitivo do caráter fundamental, selvagem e, portanto, sanguinário e feroz, e que por isso tende a lutar com a sociedade atual.⁴⁸⁸ Os delinquentes seriam os indivíduos em que prevalece a forma atávica do caráter.

⁴⁸⁶ ARAÚJO, J. V. **Ensaio de Direito Penal ou repetições escritas sobre o Código Criminal do Império**. Pernambuco: Typografia do jornal do Recife, 1884, p. 40-41.

⁴⁸⁷ *Ibidem*, p. 42.

⁴⁸⁸ *Ibidem*, p.45.

Explica o criminalista, que o atavismo emerge porque ainda nas sociedades atuais permanecem circunstâncias semelhantes às primitivas e apenas com a evolução da civilização isto poderia cessar. Indica que a antropologia teria chegado à conclusão da existência de um tipo atávico, em que a estrutura atávica corresponderia a uma função do mesmo tipo – o caso dos delinquentes por natureza (natos).⁴⁸⁹

A partir, então, da sexta lição, João Vieira de Araújo começa a analisar questões do direito positivo e, portanto, do Código Criminal. Inicia criticando a definição legal segundo a qual crime ou delito seria “Toda acção ou omissão voluntaria contrarias ás leis penaes.” (artigo segundo, parágrafo primeiro). Para o jurista tal definição pode ter importância prática, mas não tem valor científico por não apresentar a essência do crime. Para ele crime é “um acto contrario ás leis que constituem a economia humana, o produto de um character *atávico* que revela uma estrutura especial do cérebro do delinquente ou o efeito de um estado pathologico (...)”⁴⁹⁰. Segundo Vieira, o termo ideal seria não crime mas malefício, para exprimir o modo de praticar o mal.

A despeito do evolucionismo spenceriano e do atavismo lombrosiano, quando discorre sobre a vontade criminosa a expõe nos moldes da liberdade moral, muito longe do determinismo dos positivistas: “Dada uma acção criminosa, o seu lado subjectivo implica o conhecimento da lei, a precysão dos efeitos, a liberdade de escolha e a vontade de pratical-as.” A inteligência permite a escolha entre os motivos, e esta implica a liberdade da vontade. Afirma ainda: “O direito não é infringido senão por seres racionaes e livres. Só o homem pode ser causa da infração do direito”.⁴⁹¹

Para que haja criminoso, continua o autor, é necessário não apenas a causalidade física, mas moral: “A possibilidade de ser sujeito do crime é inherente á toda individualidade humana. E os homens como seres dotados de liberdade tem a força de determinar-se”.⁴⁹² A liberdade no querer é o que torna os homens imputáveis, afirma o autor.

Reconhece que os estudos da antropologia criminal e da psicologia problematizam estas premissas, pois com ela se percebe uma série de fatores,

⁴⁸⁹ ARAÚJO, J. V. **Ensaio de Direito Penal ou repetições escritas sobre o Código Criminal do Império**. Pernambuco: Typografia do jornal do Recife, 1884, p. 47.

⁴⁹⁰ *Ibidem*, p. 50.

⁴⁹¹ *Ibidem*, p. 65.

⁴⁹² *Ibidem*, p. 77.

internos e externos, que influem no homem; por tais estudos pode-se identificar que o entendimento e o senso moral não são necessariamente recíprocos – muita inteligência pode estar unida à pouca moralidade. Mas, admite “essas questões nos levariam muito longe (...) Devemos aceitar que o homem é livre como um aforismo (...) A liberdade é um postulado. O homem tem consciência de si e do mundo exterior se um estado pathologico especial não actua sobre seu cérebro”.⁴⁹³ Assim, os pressupostos da imputabilidade são: o conhecimento da ilegalidade do ato e a possibilidade de escolher praticá-lo.

Indica a influência da hereditariedade para a formação da responsabilidade penal, mas que a pena, assim como a educação, busca “atenuar e até extinguir senão no tempo, no espaço, os germens das más acções”.⁴⁹⁴ Prossegue, “salvos os casos anormais, descontando-se as influencias rasoaveis da herança, a tyrannia do organismo, as índoles criminosas, resta um extenso domínio para a aplicação da penalidade aplicável ás acções imputáveis ao homem”.⁴⁹⁵ Ou seja, o determinismo orgânico prevalece em alguns casos, mas há um extenso domínio em que a penalidade deve atuar – onde há o determinismo, não há a imputação⁴⁹⁶, por que não há responsabilidade – exatamente nos moldes do “classicismo” que inspirou os códigos modernos. Para os positivistas, só há o determinismo e sempre haverá responsabilidade (social).⁴⁹⁷

João Vieira de Araújo, nesse ponto, deixa bastante evidente o quanto ainda era prematura sua aderência às novas doutrinas penais. Ainda há dificuldades em aplicar suas novas ideias sobre o homem e o criminoso no âmbito do direito positivo. Esta dificuldade, segundo Ricardo Sontag, permanecerá no jurista brasileiro, que como veremos, elaborará uma série de projetos de reforma para o código republicano na década de 90 do século XIX que ainda eram muito tímidos em

⁴⁹³ ARAÚJO, J. V. **Ensaio de Direito Penal ou repetições escritas sobre o Código Criminal do Império**. Pernambuco: Typografia do jornal do Recife, 1884, p. 78.

⁴⁹⁴ *Ibidem*, p. 79.

⁴⁹⁵ *Ibidem*, p. 79 - 80.

⁴⁹⁶ “juízo que se pronuncia que tal acto é atribuível a algum homem e ele é capaz das consequências laeas correspondentes”. (*Ibidem*, p. 111).

⁴⁹⁷ Nesta lição João Vieira analisa o artigo 10 do Código Criminal de 1830, em que estão previstos os inimputáveis, dentre os quais os menores e os loucos (parágrafos primeiro e segundo). A explanação sobre a inimputabilidade dos menores faz-se no sentido do desenvolvimento da inteligência – ou seja, é legítimo não puni-los porque não possuem o pleno desenvolvimento do discernimento entre o bem e o mal. Os loucos que sofrem de defeito, vício ou enfermidade da mente, objeto de estudos da psicologia, que, na definição do autor, busca compreender as faculdades da alma e da medicina, que deve investigar as relações entre o físico e a moral para se conhecer a moléstia do corpo e da mente.

termos criminológicos, em que pese a aderência teórica cada vez mais significativa do autor.⁴⁹⁸

Outro ponto, nesse texto em que esta imaturidade da absorção das ideias positivas penais fica evidente refere-se à questão da pena. O autor expõe que “A pena exprime no sentido mais geral um mal, uma dor; considerada especialmente no domínio do direito exprimi um sofrimento infligido pela sociedade àquele que é convencido de haver praticado uma ação declarada criminosa pela lei”.⁴⁹⁹ Como já mencionado, os positivistas buscam romper com esta noção da pena como um sofrimento, que carrega em si a ideia de retribuição. Discorre sobre a proporcionalidade do crime e da pena (defendendo aqui diferentes tipos de penas conforme a natureza do crime), a personalidade da pena e o princípio *nulla pena sine crimine*. Afirma, ainda, como efeito da pena, a emenda do criminoso, se a ele aplicado um sistema penitenciário voltado à sua regeneração. E, nesse sentido, a pena é não um mal, mas um bem, não só para a sociedade, mas também para o indivíduo.

Em 1889 em um texto que escreve para a revista “O Direito”, sua postura quanto à responsabilidade moral e ao livre arbítrio parece já bastante diferente, considerando-os, exatamente nos termos dos seguidores de Lombroso, “uma pura ilusão fantasmagórica que não pôde penetrar mais na cidadela do pensamento moderno”.⁵⁰⁰ Prossegue em novos termos afirmando que

(...) o livre arbítrio não acharia absolutamente lugar na nova escola criminal que substitue a responsabilidade individual pela social, impondo ao Estado o dever e reconhecendo-lhe o direito de garantir os honestos e os pacíficos contra os malfeitores e deshonestos sejam estes loucos ou sãos.⁵⁰¹

E, já mais contaminado pela doutrina positiva da responsabilidade, defende que a liberdade moral deveria ser substituída pela “temibilidade do delinquente revelado pelo delicto e pelo habito de delinquir, tão bem defendido por Garofalo na sua *Criminologia*”.⁵⁰² Cabe à sociedade defender-se dos indivíduos que justamente por serem impelidos pelo crime são mais perigosos – inverte-se as premissas que

⁴⁹⁸ SONTAG, R. **Código Criminológico?** Ciência Jurídica e codificação penal no Brasil (1888-1899). Rio de Janeiro: Revan, 2014.

⁴⁹⁹ ARAÚJO, J. V. **Ensaio de Direito Penal ou repetições escritas sobre o Código Criminal do Império**. Pernambuco: Typografia do jornal do Recife, 1884, p. 217.

⁵⁰⁰ ARAÚJO, J. V. Antropologia Criminal. **Revista O Direito**, v. 17, n. 49, p. 179, 1889.

⁵⁰¹ *Ibidem*, p. 180.

⁵⁰² *Ibidem*, p. 181.

expôs na obra anterior. Além de Garofalo, expõe a famosa classificação dos criminosos de Ferri, necessária justamente para adequar a repressão conforme o perigo que representam.

Clama por uma necessidade “ineluctável” nas sociedades atuais – a desapareção do antagonismo entre a ciência e as leis. Neste ponto ele se referia aos ardilosos advogados que, fazendo uso das descobertas das novas ciências médicas, conseguiam absolvições de indivíduos perigosos – crítica reproduzida a partir de Ferri.⁵⁰³ O interessante de perceber nesta crítica é que João Vieira foi mesmo vítima de tal antagonismo, mas não nos termos em que o desenvolveu neste texto, mas sim em sua parcimônia em trazer para a legislação ou em adequar a ela as novas ideias da “nova escola”. Todavia, como se pontuará mais para frente, esta cautela não decorreu de uma inabilidade em absorver os princípios da nova escola, mas sim de outros fatores que justificam e explicam sua moderação reformista.

Encerra seu texto defendendo a superioridade da nova escola sobre a velha (clássica) com as palavras de Mancini no parlamento italiano (quando da discussão do novo Código Penal), segundo as quais os novos estudos buscavam compreender o criminoso na vida, no ambiente natural e social em que se determina por lei natural e inevitável, ao contrário das escolas clássicas que o estudavam “como se estivessem sob uma campula de vidro”.⁵⁰⁴

Mas, cabe destacar que João Vieira de Araújo, atento às questões dos limites da ciência criminal, demonstra neste texto a mesma precaução de Tobias Barreto - defende a autonomia das ciências jurídico-sociais, mesmo que estas adotem os métodos da observação e da experiência, próprios das ciências naturais.⁵⁰⁵

Em 1889, ainda, João Vieira escreve “Codigo Criminal Brasileiro: comentário filosófico-científico em relação com a jurisprudência e a legislação comparada.” Neste texto sua adesão à escola se intensifica e suas análises parecem mais maduras e menos ambíguas. Em vários momentos afirma seguir a escola positiva. Sugere, por exemplo, já nas primeiras páginas que numa futura revisão do código do império a palavra “crime” deveria ser substituída pela de “criminoso”, sempre que

⁵⁰³ ARAÚJO, J. V. Antropologia Criminal. **Revista O Direito**, v. 17, n. 49, p. 183, 1889.

⁵⁰⁴ *Ibidem*, p. 184.

⁵⁰⁵ *Ibidem*, p. 180.

possível.⁵⁰⁶ Indica, com Ferri, que o crime é um fenômeno natural e uma das formas anormais de luta pela existência; defende, com esse e Lombroso, que a prevenção é função principalmente criminal e que o direito de punir não se aplica àquele que é moralmente mau, mas apenas socialmente nocivo. Garofalo merece uma atenção especial – é frequentemente citado: traz o seu conceito de delito natural, considerando-o do ponto de vista teórico “uma feliz generalização das idéas evolucionistas”⁵⁰⁷, apresenta a teoria subjetiva da tentativa, defendida pelos positivistas (com destaque Garofalo), em que se prioriza na punição da tentativa a intenção e não os elementos materiais de execução do ato criminoso; a sua teoria de que a premeditação não necessariamente implica maior temibilidade e a ideia de que os criminosos de culpa também são marcados por uma anormalidade, em que pese não haver necessidade de contra eles fazer uso de meios eliminativos (com raras exceções).

Crítica os adeptos do livre arbítrio, como se jamais o tivesse defendido, como fundamento para a imputabilidade. Na linha dos positivistas concebe na liberdade moral fundada no livre arbítrio uma responsabilidade incondicionada, porque decorrente de um querer, uma vontade sem causa – algo inconcebível na lógica do organicismo spenceriano. Assim afirma:

A vontade não sendo uma entidade independente mas uma função cerebral, deve executar a tarefa phenomenica do órgão que a produz. Logo a vontade não é livre e o homem deve agir fatalmente segundo as necessidades da consciência (...).⁵⁰⁸

Entende que a imputabilidade moral tem como consequência punir os normais e deixar impunes os mais anormais e perigosos para a sociedade. Para a escola positiva, a reponsabilidade aplica-se aos homens anormais e daí a necessidade de complementar ao estudo da ciência e da lei penal, os estudos da antropologia, da psiquiatria... pois, mencionando Maudsley e Morselli, todas as anormalidades, loucura, crime, suicídio se substituem.

Quando discorre sobre a codelinquência, analisa os critérios da nova escola, a partir de Puglia. Para este, a responsabilidade dos participantes deve ser medida pelo grau de sua temibilidade, critério que por sua vez deve ser combinado com o da

⁵⁰⁶ ARAÚJO, J. V. **Código Criminal Brasileiro**: Commentario filosófico-científico em relação com a jurisprudência e legislação comparada. Recife: Editor José Nogueira de Souza, 1889, p. 03.

⁵⁰⁷ *Ibidem*, p. 55.

⁵⁰⁸ *Ibidem*, p. 85.

classificação dos delinquentes, uma das bases da escola positiva como sustenta João Vieira. Defende, como Ferri, que a classificação deve levar em conta fatores individuais (somáticas e psíquicas) e sociais. Apresenta a classificação de Ferri, seu debate com Turatti (para quem os fatores individuais são quase desprezíveis) sobre os substitutivos penais, propostos por Ferri, para combater os fatores sociais, vistos como meros paliativos por Turatti, que propunha a reconstrução da sociedade em novas bases; apresenta a adequação de Lombroso frente às ideias de Ferri, com a categoria do louco moral (corrigindo a teoria do atavismo), as classificações de Lacassagne (ideia, sentimento, ato), Liszt (critério educativo ou defensivo) e Garofalo (instintivos e fortuitos).

Sobre a menoridade no Código do Império⁵⁰⁹, apresenta as teorias da escola positiva sobre a imputabilidade de menores, segundo a qual uma idade fixa para se definir o início da responsabilidade contraria o que a ciência teria constatado, de que a maturidade, o desenvolvimento mental, por exemplo, varia de acordo com o meio, assim, melhor que estabelecer uma idade de antemão, seria averiguar, por exame prático, o estágio mental do indivíduo.⁵¹⁰ Menciona, inclusive, o Brasil, onde por sua extensão territorial e diversidade de clima e regiões, tal critério fixo de idade, por exemplo, é ainda mais absurdo. Defende também como muitos positivistas, como Garofalo, que os menores são na verdade os únicos passíveis de emenda. Em suas palavras: “(...) pois que se a emenda satisfactoria do criminoso poderá deixar de ser uma utopia, será somente a respeito dos menores”.⁵¹¹ Mas ressalva, com várias citações de Lombroso, que mesmo entre eles há incorrigíveis e, para estes, o sequestro deve ser indeterminado ou perpétuo. Recomenda aos menores colônias

⁵⁰⁹ De acordo com o código do Império não são criminosos os menores de 14 anos (artigo 10 parágrafo primeiro). Este artigo é complementado pelo 13, segundo o qual “Se se provar que os menores de quatorze annos, que tiverem commettido crimes, obraram com discernimento, deverão ser recolhidos ás casas de correção, pelo tempo que ao Juiz parecer, com tanto que o recolhimento não exceda á idade de dezasete annos”. No Código Republicano a questão da menoridade será redefinida quanto aos menores de 9 anos, para os quais se estabelece inimputabilidade absoluta. Em seu artigo 27, assim, estabelece que não são criminosos os menores de 9 annos (parágrafo primeiro) e aqueles maiores de 9 e menores de 14 que obraram sem discernimento (parágrafo segundo). No artigo 30, definia-se que “Os maiores de 9 annos e menores de 14, que tiverem obrado com discernimento, serão recolhidos a estabelecimentos disciplinares industriaes, pelo tempo que ao juiz parecer, comtanto que o recolhimento não exceda á idade de 17 annos.”

⁵¹⁰ ARAÚJO, J. V. **Código Criminal Brasileiro**: Commentario filosófico-cientifico em relação com a jurisprudência e legislação comparada. Recife: Editor José Nogueira de Souza, 1889, p. 215-217.

⁵¹¹ *Ibidem*, p. 224.

penais agrícolas, porque o trabalho é a melhor forma de regeneração, como pontua Ferri, sendo a pena condicionada à sua emenda, portanto, indeterminada.⁵¹²

Quanto à dirimente da loucura, escusa a falha disposição do código de Império⁵¹³, por ter sido elaborado em tempos remotos. Identifica na fórmula do código italiano, corrigida por Lombroso,⁵¹⁴ a melhor solução.

João Vieira segue os termos da responsabilidade social da escola positiva: “A responsabilidade penal deve atingir também todos quantos pela sua própria constituição orgânica, isto é, por causas congênitas ou adquiridas, sofferem de qualquer alteração da *psyche*.”⁵¹⁵ Analisa a categoria loucura moral, que teria gerado algumas incompreensões. O louco moral, como já mencionado neste trabalho, não é aquele afetado por doenças mentais, mas é simplesmente o gênero do qual o criminoso é a espécie; não é um doente, mas um anormal, por ser desprovido de qualquer senso moral – são os criminosos natos, por tendência, “naturezas mais selvagens do que enfermas e cujas anomalias, antes moraes do que psicologicas, contrastão com a normalidade da media dos typos das raças civilizadas, fazendo lembrar os aborígenes ou os barbaros da atualidade”.⁵¹⁶ Nos termos de Garofalo, os imbecis morais. Para os loucos morais, o cárcere, para os loucos criminosos, o hospício penal ou manicômio criminal, onde permaneceriam encerrados até a cura definitiva.⁵¹⁷ Para João Vieira, esta medida não deixa de ser uma punição e aponta neste aspecto, um ponto de divergência entre as “escolas”. Para a escola, que neste momento chama tradicional, os loucos não são passíveis de punição; para os membros da nova escola devem responder perante à sociedade, como os homens normais, apenas a eles deve ser aplicada uma punição específica à sua condição.

No código do Império, no artigo 12, previa-se que os loucos que tivessem cometido crimes poderiam, conforme decidisse o juiz, ser enviados a “casas para eles destinadas”. João Vieira via neste artigo um avanço para a época, pois estas casas muito bem podiam assumir a feição do manicômio criminal, que aparece como

⁵¹² ARAÚJO, J. V. **Código Criminal Brasileiro**: Commentario filosófico-científico em relação com a jurisprudência e legislação comparada. Recife: Editor José Nogueira de Souza, 1889, p. 222-223.

⁵¹³ Não são criminosos artigo 10 parágrafo segundo: “Os loucos de todo o genero, salvo se tiverem lucidos intervallos, e nelles commetterem o crime”.

⁵¹⁴ “Não é punível aquelle que no momento que cometeu o facto estava em tal estado de enfermidade da mente que lhe tolhia a consciência ou a liberdade dos próprios atos.” Para Lombroso melhor seria substituir a palavra mente por inteligência, afetividade e volição, para evitar equívocos. (ARAÚJO, J. V. *Op. cit.*, p. 227-228).

⁵¹⁵ *Ibidem*, p. 226.

⁵¹⁶ *Ibidem*, p. 228

⁵¹⁷ *Ibidem*, p. 230.

uma instituição específica para os loucos criminosos, defendidas pelos positivistas, anos depois da promulgação do Código. Apenas colocava-se contra o arbítrio do juiz pois, nos termos da lei, a ele cabia a decisão se deveriam ser para lá enviados.⁵¹⁸

No que se refere à dirimente relativa à força irresistível, João Vieira mais uma vez argumenta nos termos dos positivistas de que esta

Só deve e só pode compreender razoavelmente a força physica ou material, que alias nada tem que ver com a questão da imputabilidade, desde que faz do individuo agido e não agente; e porque, quando a moral pathologica, está compreendida nas alterações morbosas da psyche e fora da moléstia é o impulso criminoso da peor espécie, esto é, a cobiça, a ferocidade, a concupiscência e todos os instinctos selvagens que tem sobrevivido pelo atavismo no seio do consorcio civil e caracterisção o louco moral o delinquente-nato, privado do senso moral, dos sentimentos primordiais e fundamentaes indispensáveis a sociabilidade humana, de toda probidade e de toda piedade.⁵¹⁹

Discorre longas páginas sobre a embriaguez, que no Código de 1830 estava prevista entre as atenuantes (artigo 18, parágrafo nono). Em sua opinião, de acordo com os estudos da ciência da época, a embriaguez deveria enquadrar-se na hipótese do artigo 10, parágrafo segundo, pois a embriaguez torna o autor irresponsável.⁵²⁰ Para o autor, seguindo Bruno Bataglia, o álcool é a causa da maior parte dos delitos e produz por via hereditária uma população degenerada, que torna-se cliente de hospícios ou dos cárceres. Sendo uma consequência de más condições econômicas, indica os estudos de Ferri e sua proposta dos substitutivos penais (elevação das taxas e restrições da fabricação e venda do álcool) que justamente são meios de combate às causas sociais da criminalidade.⁵²¹

Assim, percebe-se nesta obra um aprofundamento de João Vieira nos estudos da escola positiva e uma adesão às suas ideias muito mais nítida e consolidada.

É também de 1889 uma publicação do jurista de Recife intitulada “Nova Edição Official do Codigo Criminal Brasileiro de 1830”, na qual ele atualiza o código

⁵¹⁸ “Esta medida será de todo inútil porque nossos juízes desconfiãõ de toda sciencia biológica: estudãõ direito romano, canônico, mas nada de psychologia e por isso não ordenarãõ nunca esse recolhimento. Seria necessário tornar obrigatória esta medida, como na Inglaterra, Russia, Hespanha.” (ARAÚJO, J. V. **Código Criminal Brasileiro: Commentario filosófico-scientifico em relação com a jurisprudência e legislação comparada**. Recife: Editor José Nogueira de Souza, 1889, p. 232).

⁵¹⁹ *Ibidem*, p. 248.

⁵²⁰ *Ibidem*, p. 390.

⁵²¹ *Ibidem*, p. 396.

criminal, tendo em vista o fim da escravidão. Tratava-se da proposta de uma nova edição, em que estariam eliminados os artigos relativos aos escravos, realizada a pedido do então deputado, Joaquim Nabuco. Ele mesmo apresenta o ante-projeto elaborado por João Vieira em sessão de 4 de outubro de 1889, ainda antes da proclamação da república, portanto.⁵²² Mas esta publicação acabou envolvendo uma discussão mais ampla sobre a revisão da legislação criminal (o que se intensificaria ainda mais tendo em vista o advento do regime republicano e a necessidade de reforma das leis). João Vieira defendia apenas uma nova edição, enquanto outros juristas, como João Baptista Pereira (que veio a ser o relator do código penal republicano), defendiam uma revisão efetiva.

O parecer deste Ante-projeto foi elaborado por uma comissão em que fazia parte João Baptista Pereira. Esta comissão se propôs a analisar se os propósitos de tal edição tinham sido atingidos, mas sua conclusão é de que o código carecia "(...) não de uma nova edição e sim de uma revisão, que pôde-se dizer, é hoje uma aspiração geral, que a nova edição projectada em vez de adiantar vem, talvez, retardar".⁵²³

O Código Criminal do Império era visto pela comunidade jurídica brasileira como um patrimônio de prestígio cultural, uma vez que nele se identificavam um grande salto na modernização da legislação penal (em função da presença nele dos princípios liberais) bem como uma certa dose de originalidade (sentimento único e especial, sobretudo, em um Estado que, quando da elaboração do código, recém tornara-se independente e que engatinhava na busca também de uma independência não só legal, mas também cultural). Adquiriu tanto destaque, na época, que inspirou o Código Espanhol e tantos outros da América Latina. Era, portanto, um motivo de orgulho para a cultura jurídica brasileira e por isso resistências em reformá-lo não deixaram de aparecer, mesmo em juristas tidos como adeptos das novas ideias penais, como João Vieira, o que a princípio poderia causar

⁵²² "A lei n. 3353 de 13 de maio de 1888, declarando extinta a escravidão no Brasil, impõe como uma necessidade imperiosa o cancelamento de todos os institutos que puderem fazer lembrar aquelle monstruoso atentado aos direitos da humanidade, até então com existência legal." O autor repele o regime imposto aos escravos pelo Código, que mantinha contra estes penas cruéis e infamantes que atingiam a sua integridade corpórea, embora tais penas tivessem sido abolidas pela Constituição do Império. Indica que além da supressão das disposições relativas aos escravos, deveriam ainda ser incluídas disposições de leis esparsas que tinham aparecido para suprir as necessidades repressivas e melhorado alguns preceitos do Código. (ARAÚJO, J. V. **Nova Edição do Código Criminal Brasileiro de 1830**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1910, p. 1-2).

⁵²³ *Ibidem*, p. 128.

estranheza, uma vez que o Código do Império representava uma legislação fundada nos parâmetros “clássicos”, inclusive porque temporalmente anterior à emergência das “novas ideias”.⁵²⁴

Tendo ciência de que resistências se armariam por conta desta aura que pairava em torno do código imperial, afirma o parecer:

A revisão, sim, recomenda-se como urgente, instante (...) por grande que seja a nossa idolatria pelo passado, não devemos e nem podemos nutrir a crença de que o nosso código é a última palavra da sabedoria humana. Obra perfeita para o seu tempo, monumento glorioso que honra à cultura intelectual dos legisladores que o elaboraram, há 59 anos, e principalmente as largas intuições do privilegiado talento que o arquitetou, deixando na história da legislação e da administração do país um rastro de luz, que ainda não se apagou, não é, entretanto, uma arca sagrada, na qual, sem profanação, não se deva tocar.⁵²⁵

João Baptista Pereira encerra o texto afirmando a urgência em reformar-se o então regime de repressão:

Baseado em um systema de penas, que, apesar do seu aparente rigor, só constrange pela privação da liberdade, executado, como é, desigualmente e sem uniformidade, em casas de prisões improprias, transformadas em escolas de crimes, e que, fechando o coração do condenado á esperança tira-lhe todos os estímulos para regenerar-se, o que atesta a impotência da sociedade para defender-se contra os maus e fazer deles instrumentos de trabalho, uteis e moralizados.⁵²⁶

Advinda a República, a legislação penal será efetivamente reformada. O novo código é elaborado às pressas (circunstância que passa a ser um dos principais argumentos de seu relator, como se verá, para justificar as inúmeras críticas que a ele serão dirigidas) e é promulgado já em 1890. Este sim sofrerá duras críticas de João Vieira, o qual não demora muito para elaborar um projeto de novo código para substituí-lo. O jurista, que era tão resistente à reforma do código imperial, não espera muito para ver ao menos revisado o código republicano.

As resistências anteriores de João Vieira podem ser explicadas por seu receio de que uma reforma, naquele momento, não trouxesse as mudanças

⁵²⁴ Como aponta Ricardo Sontag, “Os juristas positivistas – inclusive João Vieira – procurarão identificar as linhas ‘heterodoxas’ do código de 1830 e qualificá-las como antevisões do positivismo.” Nesta linha pode ser compreendida a resistência com a reforma. (SONTAG, R. **Código Criminológico?** Ciência Jurídica e codificação penal no Brasil (1888-1899). Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 64).

⁵²⁵ ARAÚJO, J. V. **Nova Edição do Código Criminal Brasileiro de 1830**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1910, p. 129.

⁵²⁶ *Ibidem*, p. 129-130.

necessárias que a legislação penal precisava, tendo em vista as novidades trazidas pela “nova escola”. Para Vieira (como também constata Sontag),⁵²⁷ parafraseando Lombroso a respeito do Código Zanardelli, talvez fosse *troppo presto* e havia o risco de no Brasil ocorrer algo semelhante à Itália. Se mesmo em meio a um contexto de intensas discussões e no seio materno da escola positiva, aprovou-se um Código essencialmente “clássico”, a probabilidade deste reforço “clássico” era ainda mais eminente no Brasil, onde as novas ideias ainda não estavam plenamente disseminadas e contavam com uma certa resistência. Em um artigo que publicou na revista italiana “Scuola Positiva” lamenta que no Brasil ainda havia poucos seguidores da nova escola, afirmando-se como “quase l’unico rappresentante e difensore delle nuove idee.”⁵²⁸ Portanto, não achava oportuna uma reforma do direito penal em um momento em que os fundamentos da legislação eram colocados em dúvida, mas pontua que considerava inegável a inspiração que as novas ideias traziam para as reformas dos códigos criminais.⁵²⁹

Ricardo Sontag faz uma análise interessante sobre os projetos de Código de João Vieira (o projeto inicial é de 1893, que terá uma segunda versão em 1896 e será substituído em 1897). Seu estudo demonstra que, a despeito de sua adesão às ideias positivas, a sua proposta legislativa é bastante tímida no que se refere à adequação ao positivismo penal. As inovações seriam essencialmente a restauração do dano por juízo criminal (o que já existia no Código de 1830 e que é apontado por João Vieira um adiantamento de Pereira de Vasconcelos com relação às aspirações de então)⁵³⁰, a previsão dos manicômios criminais (que de alguma sorte já eram visualizados no código anterior a partir da expressão genérica “casas destinadas a eles”), a sentença condicional e a abolição do sistema celular.⁵³¹

Já na sua exposição de motivos, João Vieira aponta as limitadas pretensões da comissão de reforma da qual era o relator:

A comissão teve uma esfera de acção limitada, qual a da revisão do código comum vigente em confronto com o anterior de 1830, para apresentar um

⁵²⁷ SONTAG, R. **Código Criminológico?** Ciência Jurídica e codificação penal no Brasil (1888-1899). Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 94-95.

⁵²⁸ ARAÚJO, J. V. Il nuovo progetto di Codice Penale Brasiliano. **Scuola Positiva**, p. 1050, 1893. *Apud* SONTAG, R. **Código Criminológico?** Ciência Jurídica e codificação penal no Brasil (1888-1899). Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 254.

⁵²⁹ *Ibidem*, p. 255.

⁵³⁰ ARAÚJO, J. V. Projecto deCodigo Penal: Exposição de motivos – Parte Geral. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito de Recife**, p.67, 1893.

⁵³¹ SONTAG, R. *Op. cit.*, p. 256.

projecto no intuito de melhorar aquelle, preenchendo as lacunas deste, aproveitando tudo quanto em ambos pudesse contribuir para a consecução do pratico desideratum do Congresso.⁵³²

Como bem pontua João Vieira, não se tratava de uma reforma drástica. O resgate a alguns elementos do código anterior não é fruto apenas de um suposto apego de João Vieira ao Código de 1830, nem se justifica apenas pelo prestígio generalizado que este contava na cultura jurídica brasileira, mas também pelo fato de que, se comparado ao código italiano, o código criminal do império era considerado “menos clássico”,⁵³³ sendo visto como uma generalização e adequação normativa das concepções de Bentham realizadas pelo gênio de Bernardo Pereira de Vascellos. Se não é possível ainda uma reforma ampla, naquele momento, voltar ao passado já seria um progresso.⁵³⁴

Segundo Sontag, neste texto da exposição de motivos, os positivistas aparecem de maneira esparsa. De fato, se esperássemos linearidade entre o doutrinador João Vieira e o legislador, poderíamos presumir que as reformas por ele propostas seriam bem mais significativas. Por exemplo, nada comenta sobre uma substituição efetiva da responsabilidade moral pelo critério da temibilidade, não propõe disposições com classificações de criminosos, nem substitui o termo crime sempre que possível pelo de criminoso, como sugere no seu livro que acima analisamos. De qualquer maneira, esta parcimônia pode ser explicada pelo momento em que sugeria a reforma – a absorção do discurso criminológico no âmbito criminal brasileiro era ainda superficial. Uma mudança na legislação tão drástica poderia, então, causar mais reação do que aceitação.

Mas as ideias positivas vão gradativamente emergindo no texto de exposição de motivos do projeto. O primeiro momento é quando propõe a correção do Código de 1890 no que diz respeito à alienação mental,⁵³⁵ seguindo as sugestões

⁵³² ARAÚJO, J. V. Projecto de Codigo Penal: Exposição de motivos – Parte Geral. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito de Recife**, p. 49, 1893.

⁵³³ SONTAG, R. **Código Criminológico?** Ciência Jurídica e codificação penal no Brasil (1888-1899). Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 94.

⁵³⁴ Assim se expressa em artigo publicado na Revista “O Direito”, em 1891, quando se refere à não previsão no Código de 1890 da reparação do dano em juízo criminal: “São progressos que equivalem a regressos e mostram que as classes directoras não se devem compor simplesmente de homens políticos, mas de capacidades especiaes e technicas”. (ARAÚJO, J. V. A reforma das leis criminais. **Revista O Direito**, v.55, p. 378-379, 1891).

⁵³⁵ O Código Republicano assim definia em seu artigo. 27: “Não são criminosos: § 3º Os que por imbecilidade nativa, ou enfraquecimento senil, forem absolutamente incapazes de imputação; § 4º Os que se acharem em estado de completa privação de sentidos e de intelligencia no acto de commetter o crime;” e complementava em seu artigo 29: “Os individuos isentos de culpabilidade em resultado de

de Lombroso quanto ao código italiano (já comentadas). Aponta críticas ao sistema celular, apropriando-se da frase ferriana de que este representava “uma das aberrações do século XIX”.⁵³⁶ Em substituição ao regime celular propõe as colônias penais (Ferri) e trabalhos públicos (mesmo em campo aberto). Inspirado nas penas de caráter eliminatório dos positivistas, destinadas aos criminosos incorrigíveis, João Vieira inclui no projeto a pena do ergástulo (inspirado no Código italiano). Afirma: “É intuitivo que é de necessidade indeclinável a existência de uma pena fortemente intimidadora contra os grandes assassinos e, na falta d’aquella (de morte), esta será a capital, o castigo supremo”.⁵³⁷ Limitou a soltura condicional prevista no Código de 1890, que por suas disposições “um criminoso de ocasião póde ser equiparado aos mais vis e hediondos malfetores”.⁵³⁸ Inclui a condenação condicional, uma vez que é “complemento da soltura condicional, como demonstrou o Dr. Semal na memoria discutida no segundo Congresso Internacional de Anthropologia Criminal de 1889, em Pariz (...)”.⁵³⁹

A influência dos positivistas é bastante presente quando comenta a necessidade de mudanças no que se refere à reincidência. Para ele reincidência “é a mesma criminalidade e o problema, por assim dizer único, dos systemas penitenciários: ella revela que há criminosos habituaes, incorrigíveis ou instinctivos para os quaes o crime é uma profissão certa ou uma necessidade insaciável”.⁵⁴⁰ Prossegue apontando a severidade proposta pelos positivistas italianos, “Bastaria citar os trabalhos e discursos de Lombroso, Garofalo, Puglia, Fioretti e Ferri”.⁵⁴¹ Para o autor, a reincidência é o maior indício de temibilidade e por isso “seu critério deveria repousar sobre a verificação dos impulsos criminosos”.⁵⁴² Mas ciente da incompletude deste estudo, que acarreta a preferência pelo critério objetivo do crime ao subjetivo da criminosos, aponta a solução intermediária que teria sido então

afecção mental serão entregues a suas familias, ou recolhidos a hospitaes de alineados, si o seu estado mental assim exigir para segurança do publico”.

⁵³⁶ ARAÚJO, J. V. Projecto de Codigo Penal: Exposição de motivos. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito de Recife**, p.57, 1893.

⁵³⁷ *Ibidem*, p. 58.

⁵³⁸ *Idem*.

⁵³⁹ *Ibidem*, p.62.

⁵⁴⁰ *Ibidem*, p. 64.

⁵⁴¹ *Ibidem*, p. 65.

⁵⁴² *Idem*.

adotada pelo código italiano e que teria inspirado o projeto, embora estivesse ainda longe do desideratum da escola positiva italiana.⁵⁴³

Quanto à aplicação da pena adotou-se o sistema de graus do código de 1830, alterado pelo de 1890, e incluiu regras para limitar o arbítrio do juiz que, apontava João Vieira, “realizarão o *desideratum* de Garafalo aconselhando nos casos que o projeto figura, aplicar a pena em medida equidistante entre o máximo e o médio ou entre este e o mínimo”.⁵⁴⁴ Justifica esta medida, afirmando que “A comissão não podia entregar ao arbítrio do juiz inspirado nas teorias desconstruídas que disputam a primazia no terreno da ciência criminal a apreciação do valor das circunstâncias para o cálculo das penas, receio que se variasse na medida da pena sobre fatos idênticos”.⁵⁴⁵

Esse trecho demonstra a impressão de João Vieira de quanto ainda eram vacilantes as bases da ciência criminal tendo em vista as diferentes correntes da época. Um dos aspectos que podem delimitar uma legislação de perfil mais criminológico é justamente o maior arbítrio do juiz combinado com a bandeira da especialização do juiz criminal, que além da lei deve conhecer as demais ciências que contribuem no estudo do criminoso – antropologia, psiquiatria, psicologia... O seu maior conhecimento é uma forma de dar legitimidade a este espaço mais amplo de atuação. Mas, neste ponto, João Vieira é cauteloso - mesmo não tendo mais seu ânimo reformador contido pela idolatria a um documento legislativo significativo na cultura jurídica brasileira (uma vez que este acabou sendo inevitavelmente reformado), ainda via-se amarrado pelas incertezas da cultura jurídica criminal brasileira da época, constituída por magistrados formados nos parâmetros “clássicos” e tradicionais.

De qualquer maneira, mesmo considerando a parcimônia das propostas de reformas de Vieira, ainda reticentes (ainda mais se comparada ao tom incisivo de adesão e sustentação das ideias da criminologia positivista em sua produção doutrinária), como se viu, não considero, tendo em vista o contexto e o estado da

⁵⁴³ Assim o sistema da reincidência se estabelece da seguinte maneira: veda-se a aplicação do mínimo para o reincidente genérico, agrava-se a primeira reincidência específica e ainda mais a seguinte. A reincidência específica seria aquela em que o criminoso comete crime de mesma natureza, sendo esta compreendida como crime do mesmo capítulo ou título (no código de 1890 de mesma natureza compreendia-se o crime do mesmo artigo); exige-se ainda a condenação. (ARAÚJO, J. V. Projecto de Código Penal: Exposição de motivos. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito de Recife**, p.65, 1893).

⁵⁴⁴ *Ibidem*, p.59.

⁵⁴⁵ *Idem*.

cultura jurídica penal da época, tão tímidas as suas propostas quanto indica Ricardo Sontag.

Uma comissão composta por professores da Faculdade de São Paulo (Dr.s Leite de Moraes, Brasílio dos Santos e João Monteiro, este último o relator) elaborou, em 1894, um parecer sobre este projeto, n. 250 de 1893, feito por João Vieira para substituir o Código de 1890.

Este parecer aponta fortes críticas com relação ao projeto julgando não estar “em termos de ser aprovado pela Camara dos Deputados”.⁵⁴⁶ Considerava nem mesmo poder servir de base para a discussão no Congresso Nacional. Nem por isso defendia o Código Republicano, ao qual intitulou, o “peior de todos os códigos”.⁵⁴⁷

Começa apontando os vícios de forma e, neste quesito, indica inúmeros problemas gramaticais, fundados, sobretudo, no fato de o projeto ter sido elaborado a partir da tradução (mal feita) de vários artigos do código italiano.⁵⁴⁸ Indica, ainda, pouca segurança do projeto na técnica do direito criminal.

O parecer está atento às incoerências de João Vieira quanto à sua adesão teórica à “nova escola penal” e sua atuação legislativa. O artigo 23 do projeto dispunha: “Não são responsáveis os que por alteração mórbida das funções psychicas não tiverem a consciência ou a liberdade de determinação dos próprios actos.” Questiona o parecer: neste artigo estariam incluídos os surdos-mudos? Os hipnotizados? E prossegue:

(...) si o ilustrado autor do Projecto, aliás violentando noções cardinaes da pretensiosamente chamada A nova escola penal, da qual parece, pela sua exposição de motivos, ser fervoroso adepto, inclinou-se para os adversários da denominada escola de Nancy, e contesta que o estado psychico do hypnotizado seja verdadeira alteração mórbida, devia ao menos descer ao casuismo da outra escola para, referindo-se a todas as modalidades deprimentes da integridade psychica do homem como causa voluntaria e intellectiva dos delictos, na frase de Pessina não deixar possível sequer a imputabilidade de algum anormal no quadro da physio-psychologia humana.⁵⁴⁹

⁵⁴⁶ MONTEIRO, J. P.; MORAES, J. A. L.; SANTOS, B. Parecer da Faculdade de Direito de São Paulo sobre o Projecto 250-1883 substitue Codigo Penal publicado pelo decreto 847 de 11 de outubro de 1890. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, v. 2, p. 11, 1894.

⁵⁴⁷ *Ibidem*, p. 10.

⁵⁴⁸ “Constranger uma mulher a ter relação carnal comsigo... Mas então a relação carnal reflexiva já é crime? Tal pergunta está unicamente indicando quanto é necessária a correcção gramatical. E já que o *Projecto* tantas vezes limitou-se a traduzir o ultimo Codigo Penal italiano, porque não traduziu o art. 331?” (*Ibidem*, p. 19).

⁵⁴⁹ *Ibidem*, p. 28-29.

Mas o ponto mais interessante do parecer, sobretudo para a presente pesquisa, é o momento em que, ao direcionar as críticas às questões de classificação, aponta que não pretendia definir qual grande sistema de classificação seguiu o projeto, Bacon, enciclopedistas, Comte ou Spencer e deste ainda acrescenta

(...) cuja synthese, aliás, quiza se prestará, com as suas duas grandes categorias do abstracto e do concreto, a uma boa distribuição das matérias próprias de um código criminal: a) physio – pathologia do delinquente e descripção da penalidade, b) definição dos delictos e sua punição?⁵⁵⁰

E nem tampouco pretendia definir a tendência penal que teria seguido o projeto. Assim explana:

Tão pouco indagará a comissão si o Projecto, no modo de encarar o delicto e o delinquente em sua *anthropologico – biológico – estatístico – psychico – physio – pathologia*, na expressão, humoristicamente gryphada, de Vittorio Valetti, o mais cruel dos adversários de Lombroso, adoptou ou não a escola (mais uma vez diremos) pretenciosamente denominada A Nova Escola Penal, isto é, si viu no delicto apenas uma anomalia anatomo-psychica, ou si, ao contrario, com a chamada escola clássica, viu nelle puro movimento do livre arbitrio, essa imponente verdade que hade sempre confundir aquelles mesmos que a negam, pois que, si a negam, é precisa e exclusicavamente porque teem a liberdade de a negar, aquelles mesmos em cujo espirito, emquanto a palavra está pregando o determinismo, echoa vibrante o profundo conceito de Cousin: '*La question: Sommes-nous libres? me parai tou dessous de la discussion. Elle est resolue par la témoignage de la conscience, attestant que, dans certains cas, nous porriouns faire le contraire de ce que nous faisons.*'⁵⁵¹

O parecer aponta, em nota, que a nova escola, embora se afirmasse como novidade, era na verdade um “novo aspecto do classicismo de Romagnosi, Ortolan ou Carrara”, a qual jamais deixou de atender ao delinquente, característica supostamente concebida como fundamental e inovadora para a nova escola, oposta à clássica,

Pois o velho systema das excusas legaes, justificativas e circumstancias atenuantes, a que principio da sociologia criminal obedecia senão a esse

⁵⁵⁰ MONTEIRO, J. P.; MORAES, J. A. L.; SANTOS, B. Parecer da Faculdade de Direito de São Paulo sobre o Projecto 250-1883 substitue Codigo Penal publicado pelo decreto 847 de 11 de outubro de 1890. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, v. 2, p. 48, 1894.

⁵⁵¹ *Ibidem*, p. 48-50.

mesmo de que os *novos* fazem a pedra fundamental da tal escola: a punição do delinquente mas não do delicto?⁵⁵²

Aqui a crítica não é apenas a João Vieira e seu projeto, portanto, mas à própria “escola” a que João Vieira afirma aderir, desconstruindo sua originalidade e apontando, justamente, o que, como já se afirmou a partir de Sbriccoli, uma análise da história da cultura penal que prescindia das divisões artificialmente criadas entre as escolas permite perceber – que entre as escolas há continuidades ao lado e, muitas vezes, escondidas pelos aparentes antagonismos, das descontinuidades. Obviamente que a crítica à escola positiva aqui não tinha a intenção de analisar a história da cultura jurídica penal, nem tinha as pretensões reflexivas e problematizadoras que inspiraram a análise de Sbriccoli. Trata-se de uma crítica muito mais circunstancial, circunscrita mesmo dentro de uma cultura jurídica penal que absorve a metodologia de análise da evolução da ciência penal a partir das escolas. Trata-se, aqui, da intenção de tirar o que há de original da nova escola (pretensiosamente assim chamada, como repetem mais de uma vez) para justamente deslegitimar a sua titularidade não só de escola, mas de “nova”. O parecer inclusive cita um texto de Dorado Montero (“La antropologia Criminal en Italia”) que demonstrava que a nova escola prendia-se ao classicismo beccariano.⁵⁵³

Sua crítica à “nova escola” prossegue, agora, com foco na disparidade dos seus integrantes:

(...) que escola é essa cujos sectários eminentes não convergem nem sequer nos pontos cardinaes da sciencia crimiologica ou penalogica, segundo a incerta terminologia deles mesmos? A resposta tel-a-eis eloquente em Aramburu, La nuova ciência penal , que vê na *nuova escola* uma extraña tendência de convertir el mundo en un manicômio suelto.⁵⁵⁴

O parecer ainda faz uma crítica ácida ao comentário de Viveiros de Castro em sua obra *A Nova Escola Penal*, que em breve será analisada, segundo o qual os professores brasileiros ignoravam as revoluções do direito penal, sendo incapazes de expor as ideias de Lombroso, Ferri, Lacassagne – “Bem se vê que o sr. Dr. Viveiros de Castro nunca passou por esta Academia: é quanto basta para o nosso

⁵⁵² MONTEIRO, J. P.; MORAES, J. A. L.; SANTOS, B. Parecer da Faculdade de Direito de São Paulo sobre o Projecto 250-1883 substitue Codigo Penal publicado pelo decreto 847 de 11 de outubro de 1890. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, v. 2, p. 48, 1894.

⁵⁵³ *Ibidem*, p. 50.

⁵⁵⁴ *Ibidem*, p. 49.

perdão”.⁵⁵⁵ O argumento aqui tem uma função maior que a mera defesa da atualização dos professores de direito – não se trata apenas de defendê-los da acusação de ignorância mas, sobretudo, contrapor-se à nova escola, ou seja, não aderir à nova escola não era consequência do não conhecimento de suas novas ideias, mas o fato de não conceber nelas as novidades que elas mesmo proclamavam para si, nem concordar com as supostas “verdades” sobre as quais se fundavam (a principal delas, a negação do livre arbítrio), ditas mais seguras por basearem-se em métodos científicos. Todavia, não se tratava também de simplesmente negar a nova escola. Nos termos exatos do parecer:

Não proscrevamos a nova escola; ao contrario, tenhamo-la em vista sempre que houvermos de pedir á biologia, á anthropologia, á psychologia, á physiologia, á pathologia, á medicina judiciaria, o decisivo auxilio que só ellas nos poderão prestar na solução de alguns fenômenos que concretamente soem figurar na jurisprudência criminal. Mas não a tomemos como a formula scientifica de um principio absoluto: não lhe concedamos a honra, que pretende, de ser creadora de recentes novidades, e, sobretudo, façamos guerra aberta, continua, ao seu lemma fundamental. O crime não é produto de anomalias da natureza nem somente de factores sociológicos: é a resultante do livre arbítrio, essa primeira e mais bela das propriedades humanas.⁵⁵⁶

Então conclui o parecer que o projeto não era nem positivo, nem clássico – ironicamente afirma que dos mestres “das diversas *lojas do grande oriente da moderna escola* (cita Lombroso, Ferri, Marro, Lacassagne, Tarde, Benedikt, Bertillon...), não há vestígios a não ser de Garofalo (sobre a indenização do dano por juízo criminal). Teria, contraditoriamente, mais da escola clássica, “que há de ser eterna precisamente porque é clássica”, como afirma o parecer.⁵⁵⁷

Dentre as diversas críticas que se seguem também vale mencionar a que se refere à pena do ergástulo perpétua, prevista no projeto e considerada no parecer bárbara e ilegítima. Pontua esta crítica combinando-a com o “rude positivismo do projeto”:

E para que dúvida alguma pudesse restar sobre o rude positivismo daquele adjectivo *perpetua* – a *pena do ergástulo* será PERPETUA – lá está o arti. 45 negando ao novo galé o benefício da liberdade condicional, por mais

⁵⁵⁵ MONTEIRO, J. P.; MORAES, J. A. L.; SANTOS, B. Parecer da Faculdade de Direito de São Paulo sobre o Projecto 250-1883 substitue Codigo Penal publicado pelo decreto 847 de 11 de outubro de 1890. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, v. 2, p. 49, 1894

⁵⁵⁶ *Ibidem*, p. 50.

⁵⁵⁷ *Ibidem*, p. 51.

veemente que seja a presunção de emenda, lá está ainda o art. 62 resuscitando, contra ele, a servidão da pena, que mesmo o direito romano já havia abolido, lá está, finalmente, o art. 90 roubando-lhe até o remédio da prescrição, essa companheira da morte, que tudo solve.⁵⁵⁸

Se a intenção do projeto é assegurar tal pena por conta dos criminosos incorrigíveis, objeta o parecer definindo estes (incorrigíveis) a exceção, não podendo pela exceção se sacrificar a regra. Ainda, confronta o critério da temibilidade, visto este como subjetivo demais para tornar-se um princípio. A possibilidade prevista no projeto de trabalho em obras públicas, mesmo quando o serviço for insalubre, o parecer interpreta como a inclusão implícita da pena de morte – mais honesto seria prevê-la expressamente.⁵⁵⁹

Por este parecer fica mais clara a parcimônia de João Vieira em dar concretude a uma reforma mais representativa nos termos da escola que afirmava seguir. Pode-se perceber que no meio acadêmico, em que pese aqui referir-se apenas a São Paulo⁵⁶⁰, o que para época não é pouco significativo (pois até 1891, com Recife monopolizava o ensino jurídico) as resistências ao positivismo penal ainda eram significativas. Isto tenderia a mudar. Nas aulas de direito criminal de um dos relatores, Joaquim Moraes, há de acordo com os programas de 1891-1893 análises da responsabilidade a partir do livre arbítrio e do determinismo e se apresentavam os princípios da penalidade perante a escola positiva. Em 1896 Severino Prestes elabora um programa bastante influenciado pela Sociologia Criminal e adere declaradamente aos postulados da nova escola, como se analisará mais detidamente em seguida. A aderência da Academia de São Paulo ao positivismo, portanto, começaria mais tardiamente que Recife, mas com Candido Motta, em meados do século XX se consolidará.

Este parecer da Faculdade de São Paulo é rebatido por João Vieira em um texto ácido e de um teor nitidamente irritado, publicado na Revista Acadêmica da Faculdade de Recife em 1894. Se um dos argumentos de João Baptista Pereira para

⁵⁵⁸ MONTEIRO, J. P.; MORAES, J. A. L.; SANTOS, B. Parecer da Faculdade de Direito de São Paulo sobre o Projecto 250-1883 substitue Código Penal publicado pelo decreto 847 de 11 de outubro de 1890. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, v. 2, p. 98, 1894, p. 98.

⁵⁵⁹ *Ibidem*, p. 101.

⁵⁶⁰ Em 1894, Viveiros de Castro era professor de Direito Criminal da Faculdade Livre do Rio de Janeiro, o que pode nos indicar uma tendência deste centro acadêmico em aderir ao positivismo penal, pois este catedrático foi um dos propagandistas das ideias positivas penais no país. Mas na Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais é professor de Direito Criminal João Baptista Pereira, relator do código de 1890 e tido como adepto do classicismo. Em seguida será analisado um parecer elaborado por ele e Limma Drummond, também professor de Direito Criminal do Rio de Janeiro e outros juristas, sobre o projeto de João Vieira.

responder às críticas ao seu código foi a pressa que o elaborou, as limitadas pretensões da incumbência de João Vieira será seu argumento mais forte para rebater às críticas feitas ao seu projeto. Desde logo o jurista rechaça o parecer paulista afirmando: “Nunca no Congresso se cogitou de organizar uma reforma radical que exigiria adequados trabalhos preparatórios aparelhados com muito tempo.”⁵⁶¹ Tenta também afastar a crítica de ter feito mera cópia do Código Italiano, argumentando que o próprio código republicano, o qual buscava revisar, teria sido elaborado usando como uma das principais influências o código italiano; repele várias das críticas do parecer, as gramaticais e tantas outras relativas aos dispositivos do projeto. Um aspecto da réplica de João Vieira, que vale à pena mencionar, corresponde ao relativo à penalidade, à crítica do parecer quanto ao ergástulo. Nas palavras de João Vieira:

As declamações puras não convencem. Não se pode legislar fantasiando. Nós não temos tido em tempo algum e em nenhuma parte do Brazil systema penitenciário, mesmo rudimentar, e, menos estatísticas, que nos autorizem com a verificação de dados seguros destruir os aparelhos penaes, sem risco para a defesa social e a segurança dos homens e pacíficos. Os critérios que nos restam para não darmos saltos nas trevas, na reforma de nosso systema penitenciário, são as nossas condições históricas, o exemplo dos outros paizes e essa mesma sciencia da legislação sem parti pris de escola ou systema. O primeiro critério nos ensina que mantendo a morte e a gale até 1890, é imprudente adoptar ás cegas a abolição das penas perpetuas que o legislador Constituinte (art. 72 parágrafo 20 e 21) manteve abolindo aquellas com a do banimento. A opinião contraria é uma simples sophistica (...)⁵⁶²

É interessante esta argumentação de João Vieira, pois justifica o ergástulo exatamente em função da inexistência/ineficiência de um sistema penitenciário no país, ou seja, se a prisão não recupera, porque não há nela os elementos necessários para a regeneração dos condenados, melhor que fiquem segregados da sociedade indefinidamente – sem dúvida aqui o argumento da defesa social é mais significativo do que qualquer outro. Se por apego à lógica estendesse este argumento ao sistema penal como um todo, deveria ter excluído da legislação também a soltura condicional. É curioso que a argumentação de João Vieira busque aqui afastar a definição da legislação a partir de uma ou outra escola. Ainda, quanto aos incorrigíveis não recorre aos mestres da criminologia positiva italiana, mas o faz

⁵⁶¹ ARAÚJO, J. V. **O projeto do Código Penal e a Faculdade de São Paulo**. Recife: Pantheon das Artes, 1895, p. 4.

⁵⁶² *Ibidem*, p. 35.

a partir de René Garraud (criminalista francês, que embora vinculado às discussões criminológicas, era bastante crítico da escola positiva italiana),⁵⁶³ o qual defende tal medida a estes tipos de criminosos em nome da defesa social.⁵⁶⁴

E então será a vez de João Vieira acusar o parecer de contradição quanto à adesão de escola – quando este argumenta contra as penas perpétuas apresenta dois trechos de autores estrangeiros (um deles o deputado italiano Panattoni em sessão de 28 de maio de 1888) que refutam as penas perpétuas pelo subterfúgio da pena indeterminada, ou seja, aquelas que duram até a regeneração do criminoso. Assim acusa João Vieira: “O ilustre censor, porém, é illogico e sem querer adere á *nova escola* defendendo as penas *indeterminadas*, ideia puramente positivista e que eu confesso, com um systema de repressão séria e eficaz são as verdadeiras penas”.⁵⁶⁵ Aqui a força do argumento está na polarização das escolas, ou seja, a coerência está em assumir um lugar, uma identidade e qualquer deslize pode ser apontado como contradição.

Quanto à crítica do parecer relativo à proposta de satisfação do dano em foro criminal, rebate mais uma vez tentando fugir da dicotomia de escolas. Pondera que

Não se trata de executar a reforma propugnada de modo radical pela escola positiva, mas o suposto regresso ao systema do código anterior seria um passo seguro e adiantado na legislação criminal. Releva ponderar que em taes condições a satisfação do damno tem sido preconizada como um substitutivo incomparável, por sua eficácia e moralidade, das penas ineficazes e desmoralizadoras de breve duração. Para alcançar esse desideratum se empenhão não os positivistas, mas os mais genuínos clássicos.⁵⁶⁶

Admite, ainda, João Vieira que

A nova escola não pode em geral actuar-se sem uma revolução nos códigos, nas prisões, na organização dos tribunaes e na pratica criminal toda: isto reconhecem os seus principais chefes, Lombroso, Ferri e Garofalo. Mas muitas ideias da nova escola podem ser realizadas para

⁵⁶³ Funda com Lacassagne os “Archives de l’anthropologie criminelle”, em 1885. Garraud era crítico da escola positiva italiana defendendo fronteiras e autonomia entre a sociologia e o direito, tendo como alvo, sobretudo, Ferri. Ainda, este autor francês conserva a concepção de responsabilidade criminal com base na lei moral, por isso alguns autores brasileiros como Severino Prestes, como se verá, enquadram-no entre os criminalistas clássicos.

⁵⁶⁴ ARAÚJO, J. V. **O projeto do Código Penal e a Faculdade de São Paulo**. Recife: Pantheon das Artes, 1895, p. 36-37.

⁵⁶⁵ *Ibidem*, p. 38.

⁵⁶⁶ *Ibidem*, p. 47.

melhorar parcialmente a legislação criminal e isto se tem demonstrado a evidencia com relação mesmo a ideias clássicas mal realizadas.⁵⁶⁷

Na discussão sobre a supressão do crime de adultério proposta pelo projeto (que em contrapartida aponta o divórcio como meio de evitá-lo – medida de caráter preventivo, ou seja, substitutivo penal) e criticada pelo parecer, que afirma o divórcio “não ter lugar entre nós”, João Vieira mais uma vez rebate com o argumento de “escola”. Questiona João Vieira:

(...) o ilustre censor quer subordinar o Estadista na solução dos problemas sociaes e preconceitos dos credos religiosos e seitas filosóficas? O ilustre censor tão clássico, como é, acha contraditórios os clássicos citados na Exposição de motios (...) A *Exposição de motivos* justifica demais a supressão feita no Projecto. Injustificavel, porém, é a incongruência de fazer apothese do uxorcio, citando livros romanescos (...) e fazer a apologia da sanção penal do adultério: é a tragi-comedia aplicada ao direito. É o caso de dizer: ils heurlent de se trouver ensemble.⁵⁶⁸

Respondendo às críticas do parecer aos vícios de classificação, João Vieira repele a referência feita à escola positiva neste momento,“(...) que nada tinha que ver ahi (...)” Continua defendendo-se da acusação do parecer de não ser possível enquadrar seu projeto em escola alguma, justamente a partir da prematuridade de uma reforma radical aos moldes positivos, algo não apenas próprio ao Brasil. Para o jurista esta era uma questão impertinente,

(...) porque não há cod. penal que actualmente possa realizar as ideias daquela escola, o que tem reconhecido os seus chefes supremos, Lombroso, Ferri e Garofalo, que apenas propõem reformas parciais, o que eu por minha parte tenho dito e repetido sempre desfazendo a suspeita de incrédulos e a ilusão dos entusiastas. O ilustre censor neste ponto atira-se contra tudo e contra todos, inclusive o talentoso autor d’A Nova Escola Penal, dr. Viveriros de Castro (...).⁵⁶⁹

Encerra, então, sua resposta ao parecer questionando: “onde (estariam) os defensores da escola clássica?”⁵⁷⁰

Embora, como aponta Sbriccoli, esta divisão entre escolas funcione mais como argumento retórico, criado por Ferri, justamente para tentar estabelecer o terreno das novas ideias, no Brasil esta dicotomia foi bastante absorvida e usada

⁵⁶⁷ ARAÚJO, J. V. **O projeto do Código Penal e a Faculdade de São Paulo**. Recife: Pantheon das Artes, 1895, p. 47-48.

⁵⁶⁸ *Ibidem*, p. 73-74.

⁵⁶⁹ *Ibidem*, p. 78.

⁵⁷⁰ *Ibidem*, p. 79.

como instrumento discursivo. A troca de “farpas” entre os juristas, como se pode perceber da análise destes pareceres e réplicas, faz-se a partir deste *topoi*, como se nas discussões da nova legislação os juristas estivessem buscando delimitar suas próprias identidades, no meio deste “bando ideias novas” que tocavam, agora, diretamente o âmbito criminal.

Mas ciente de que o terreno ainda não estava plenamente preparado para a permeabilidade das ideias positivas, em alguns momentos, como pontuados, João Vieira busca amenizar a discussão sobre determinados aspectos da legislação suavizando a polarização das escolas. Ambos servem como instrumento discursivo: a radicalização das escolas e a sua relativização. O que talvez os juristas não percebam, à época, é justamente que esta relativização, muitas vezes identificada com argumentos que indicam que determinadas propostas não são apenas defendidas por positivistas, mas já estavam presentes no classissismo, era não apenas possível, mas coerente quando se percebe que as ideias “positivas” e as clássicas faziam ambas parte de uma mesma tradição cultural mais ampla que emerge com Beccaria e Bentham, cujas continuidades, embora escamoteadas pela terminologia “escolas”, permaneciam e acabavam emergindo, de vez em quando, em disputas discursivas.

Ao ler os juristas brasileiros, embora “comprem” de modo integral a perspectiva das escolas, é possível visualizar os pontos de encontro entre elas. Justamente porque, ao absorverem este discurso de escolas rivais, ao tentar deslegitimar os argumentos de seus “opponentes”, que falavam de “lugares” discursivos diversos, pontuando suas incongruências e contradições, vão identificar elementos que eram defendidos tanto por juristas tidos como clássicos, como por juristas tidos como positivistas, ou seja, juristas que a princípio estavam “colocados” em escolas diferentes, mas que no fundo estavam defendendo a mesma ideia, afinal pertenciam a um mesmo contexto cultural e epistemológico.

O projeto de 1893 passa por uma comissão que o revisa substituindo-o por uma nova versão em 1896. A exposição de motivos do projeto revisado não tem autoria certa. Obra da comissão, permanece uma incógnita quem o teria redigido, mas supõe-se ter sido de Arthur Orlando, jurista também formado pela Faculdade de Direito de Recife e integrante da “Escola do Recife”. Como bem constata Ricardo Sontag, nesta exposição de motivos tem-se um afastamento com relação à escola positiva. Pontos que sequer haviam sido modificados do original para a revisão,

como a opção em não se definir crime, para não se vincular a qualquer escola, apareciam justificados por uma explanação longa que colocava em suspenso e em suspeita as ideias positivas (como a concepção de saturação penal e os substitutivos penais de Ferri, a problemática classificação dos criminosos,⁵⁷¹ que não chegava a consenso e por isso não podia ser critério legalizado). A comissão sustenta-se na responsabilidade moral, mas não a vinculando ao livre arbítrio – adere, portanto, à “escola crítica” segundo a qual o ato não é resultado do livre arbítrio, mas da combinação entre o eu e o motivo. A revisão retira, ainda, a questão do ressarcimento do dano, destacando a diferença entre ação civil e penal e a pena do ergástulo. No que se refere à parte especial, buscou-se limitar qualquer possibilidade de interpretação extensiva, atendendo à necessidade de “oferecer a todos indistintamente as garantias que os direitos individuais bem alto reclamam.”⁵⁷² O tom liberal, nestes termos, é bem difícil de encontrar em João Vieira, em que a defesa da sociedade sempre se impõe com relação aos direitos individuais.

Em 1897 é publicado um parecer do “Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros” que analisa tanto o projeto original quanto este substitutivo. Elaborado por João Baptista Pereira, relator também do Código Republicano, não economiza críticas, seja ao projeto de 1893, seja ao seu substitutivo. Referindo-se ao projeto original pontua:

Este projecto não agradou. A mesma comissão, sob outra direção, a do Sr. Dr. A. Milton, com grande pezar e maior surpresa do seu autor, o atirou ás ortigas, por não estar ao nível da civilização actual e dos progressos da sciencia do direito penal; em vez de corrigir e emendar a comissão preferio fazer um substitutivo (...) A divergência de ideias devia ser bem substancial, e profundas as alterações que o primitivo projecto reclamava, para se lhe dar um substitutivo. Essa comissão na exposição de motivos afirma que sentio a necessidade de fazer alterações profundas (...) o que parece pouco verossímil, porque os dous projectos, como irmãos syamezes, estão presos pelo mesmo cordão umbilical – o código italiano (...)⁵⁷³

⁵⁷¹ “Todas estas teorias e classificações não dão a entender senão – que até hoje não foi possível determinar a natureza intima do crime nem o traço característico do delinquente. Por isso a Comissão julgou de seu dever não abandonar um só instante o terreno dos factos nem se deixar levar por teorias tanto mais pomposas e sedutoras, quanto mais insuficientes e artificiaes”. (BRASIL, Câmara dos Deputados. **Annaes da Camara dos Deputados.**, v. II. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1896, p. 210).

⁵⁷² *Idem.*

⁵⁷³ PEREIRA, J. B. P., *et al.* **Parecer sobre o Projecto do Codigo Penal:** em discussão na Camara dos Srs Deputados ao Congresso Nacional. Rio de Janeiro: Typographia do Jornal do Commercio de Rodrigues & Comp., 1897, p. 4-5.

As trocas de farpas entre João Vieira e João Baptista ficam bastante evidentes neste texto. Respondendo às críticas de João Vieira ao código republicano, Baptista Pereira retruca: “Notoria é a competência do abalisado cathedratico do Recife; mas, não obstante, quantos erros não contém o seu projecto e quantos vícios de redação o não afeião?”⁵⁷⁴

É curioso perceber que mesmo sendo crítico ao positivismo criminal de João Vieira, algumas influências que constituem as bases deste positivismo estão também presentes em João Baptista, como a ideia de influência do meio físico na índole, na moral de um povo, determinando assim não apenas os tipos de doenças, mas os tipos de crimes. Quando critica a retirada pelo substitutivo do curandeirismo, apenas conservando a disposição que proíbe qualquer exercício da medicina sem habilitação legal, expõe:

É para notar que o substitutivo (...) o reproduzisse, porquanto, tendo a comissão confessado que sobre seu animo actuou a necessidade de se atender ao crime *indígena*, que revela a idyossincrasia moral do nosso meio, não se compreende porque a impressionou mais o *officio do capoeira*, do que o do *curandeiro*. Um é tão indígena quanto o outro: são dous casos de endemia; os climas têm seus crimes especiaes, como têm suas moléstias especiaes.⁵⁷⁵

E conclui censurando o substitutivo: “A toda essa horda de malfeitores (curandeiros) o substitutivo concedeu carta de corso.”⁵⁷⁶

O parecer não segue uma lógica muito exata. Analisa inicialmente questões da parte geral, segue com aspectos da parte especial, como acima se pontuou a respeito do curandeirismo e volta à parte geral. Neste aspecto, a comissão afirma apenas fazer referência a questões que, se aprovadas, seriam sintomas de regresso e não de adiantamento, pois “Uma vez que urge reformar, reforme-se, mas não se deforme a legislação penal, revelando-nos no assumpto mais atrasados do que realmente somos”.⁵⁷⁷

Dentre as observações que nos interessam mencionar pode-se elencar: a crítica tanto ao projeto, quanto ao seu substitutivo, no que se refere à tentativa – este por confundir atos preparatórios com atos de execução, aquele por ser

⁵⁷⁴ PEREIRA, J. B. P., *et al.* **Parecer sobre o Projecto do Codigo Penal:** em discussão na Camara dos Srs Deputados ao Congresso Nacional. Rio de Janeiro: Typographia do Jornal do Commercio de Rodrigues & Comp., 1897, p. 5.

⁵⁷⁵ *Ibidem*, p. 8.

⁵⁷⁶ *Ibidem*, p. 9.

⁵⁷⁷ *Ibidem*, p. 11.

subjetivista. Aponta ainda que a severidade da crítica do ilustre censor (João Vieira), ao código de 1890, derivava de suas “preocupações e preconceitos da escola a que é filiado”.⁵⁷⁸

Crítica ainda a ausência do conceito de crime no substitutivo, o que não se justificava, nem “(...) pelo receio de desagradar as escolas que se degladião” nem porque, na medida em que a comissão afirmou que a influência do meio não impede a autonomia do homem, “(...) não podia hesitar em formular, como um canon do direito penal, que o acto humano não é necessário, que o crime é produto da vontade, pois por vontade se deve entender toda a atividade inteligente que se determina e resolve para um dado evento.”⁵⁷⁹ Neste trecho o classicismo do relator é evidente, pois faz questão de, contrapondo os deterministas, afirmar que o crime, como ato humano, é produto de uma vontade que se determina, portanto, livre.

Na sequência, comenta a complexidade de se tratar da imputabilidade tendo em vista as novidades da “nova escola da anthropologia criminal”, que pretende substituir a responsabilidade moral pela temibilidade do criminoso; critica o projeto e o substitutivo quanto às causas que dirimem a responsabilidade criminal – quanto ao relativo à alteração da psique, considera ambos estreitos, pois excluem outros estados psíquicos que não a alienação mental, que podem originar perturbação das funções psíquicas; quanto aos menores indica que o substitutivo repetiu o código republicano, apenas acrescentando a extensão do benefício da aplicação da pena de cumplicidade para o menor de 18 (no código era de 17).

Sobre a reincidência, afirma que ao contrário da nova escola, a comissão do Instituto não aceita a reincidência permanente, mas apenas a temporária (ou seja, depois de um lapso de tempo o crime pretérito não é mais considerado para fins de definir a reincidência). O projeto teria seguido o Código italiano neste quesito, considerando também o sistema da temporariedade. Discorda do projeto bem como do código italiano o parecer, no sentido de que entende necessária não apenas a sentença condenatória, mas também o cumprimento desta para considerar a reincidência – afinal, objeta o parecer, como considerar incorrigível o criminoso que

⁵⁷⁸ PEREIRA, J. B. P., *et al.* **Parecer sobre o Projecto do Codigo Penal:** em discussão na Camara dos Srs Deputados ao Congresso Nacional. Rio de Janeiro: Typographia do Jornal do Commercio de Rodrigues & Comp., 1897. p. 5.

⁵⁷⁹ *Ibidem*, p. 19.

nem sequer passou pelo processo de emenda?⁵⁸⁰ Critica ainda a forma de agravação da pena por conta da reincidência. Defende que não basta simplesmente aumentar a pena na sua quantidade, é preciso alterar sua qualidade, “do mesmo modo que o medico não póde esperar a cura do doente, empregando sempre o mesmo medicamento, embora altere a dosagem”.⁵⁸¹ Neste ponto Baptista Pereira não parece se afastar tanto assim do discurso da “nova escola”, pois utiliza o argumento “lugar comum” desta, mostrando mais uma vez que, como homem de seu tempo, não escapava completamente às influências do pensamento da época. Cita elogiosamente a legislação francesa (Lei 27 de maio de 1885) que, partindo da premissa da separação entre criminosos de hábito e de ocasião, aplicava aos incorrigíveis a pena de transportação.

Rebate com veemência as críticas do projeto ao regime celular e critica o sistema por ele adotado (que não aplica regime específico algum, apenas obrigando ao trabalho e com segregação noturna). Afirma:

O que custa compreender é que antes de passar o instituto da prisão cellual pelo candinho da experiência, e antes mesmo de ser inaugurado, fosse eliminado com um rasgo de pena, por impulsos de um sentimentalismo doentio, que não oculta suas sympathias pelo criminoso, e desarma a sociedade contra a horda de malfeitores que pela sua *temibilidade* se tornão incompatíveis com o ambiente social e reclamão medidas severas de repressão.⁵⁸²

Curioso notar que João Baptista parece usar os argumentos da própria escola positiva, como a temibilidade e, por conta desta, a necessidade de segregação, para defender o regime da prisão celular e *defender a sociedade*. Alega ainda que não é lícito excluir um regime que nem mesmo se concretizou no país, que a solidão não é contrária à natureza humana e que “a segregação é exigência elementar da moralidade, de ordem e de segurança; o trabalho é um necessário complemento da pena, porque evita os perigos e os vícios que o ócio nas prisões multiplica”.⁵⁸³

Em elogio ao código, então vigente, se utiliza de um tom garantista e bastante diferente do mencionado acima, e afirma que ao substituir as penas de

⁵⁸⁰ PEREIRA, J. B. P., *et al.* **Parecer sobre o Projecto do Codigno Penal:** em discussão na Camara dos Srs Deputados ao Congresso Nacional. Rio de Janeiro: Typographia do Jornal do Commercio de Rodrigues & Comp., 1897, p. 19.

⁵⁸¹ *Idem.*

⁵⁸² *Ibidem*, p. 21.

⁵⁸³ *Idem.*

morte, galés, desterro, degredo e prisão simples pelo cárcere penitenciário sob o regime celular, o fez

(..) respeitando nelle (no criminoso) os direitos do homem, que é um dever de honra para o legislador reivindicar sempre, restringio a liberdade individual na medida justamente necessária para se garantir contra o perigo; e poupando inúteis rigores, preparou a obra da regeneração do criminoso.⁵⁸⁴

Seguindo estes intuitos, sugere a comissão a adoção do mecanismo da suspensão da condenação e a extensão da fiança para aqueles que se enquadram nas hipóteses de estado de necessidade e legítima defesa e aguardam julgamento.

Conclui então o parecer que “se o Código Penal vigente não é perfeito, os projectos apresentados em substituição dele são imperfeitíssimos”.⁵⁸⁵ João Baptista Pereira, como relator, não perde a oportunidade de defender sua obra e o faz tanto com relação aos projetos que buscaram substituí-la, quanto com relação ao Código do Império, eterna sombra que por seu prestígio nunca deixou de ser uma referência de comparação, justamente, na maior parte das vezes, para indicar a inferioridade do código republicano. Às críticas frequentes que este sofrerá, referido até como o “peior de todos os códigos conhecidos”, João Baptista responde em uma série de textos que se analisará na sequência.

João Vieira escreve, ainda, “Codigo Penal comentado theorica e praticamente”, no qual analisa o código republicano de 1890 comparando seus dispositivos com os do código anterior e com os do Projeto 250-1893, de sua autoria. Nesta obra repete muitos dos comentários e análises da publicação “Código Criminal Brasileiro: Commentario filosófico-cientifico em relação com a jurisprudência e legislação comparada”. Em comentário introdutório explica que esta obra não tinha sido terminada, por conta da publicação do então código republicano em 1890. Tratava-se, portanto, de uma espécie de continuação desta, tendo em vista o mesmo intuito, qual seja, o desenvolvimento do seu programa de ensino, direcionado aos alunos de direito criminal, para orientá-los de modo prático, a partir

⁵⁸⁴ PEREIRA, J. B. P., *et al.* **Parecer sobre o Projecto do Codigo Penal:** em discussão na Camara dos Srs Deputados ao Congresso Nacional. Rio de Janeiro: Typographia do Jornal do Commercio de Rodrigues & Comp., 1897, p. 25.

⁵⁸⁵ *Idem.* Em face do substitutivo de 1896 João Vieira apresenta um novo projeto em 1897 (que segundo Baptista Pereira era com pequenos retoques a restauração do projeto primitivo de 1893 – resgatava-se, por exemplo, o ergástulo e a reparação do dano). Este é aprovado e encaminhado para a Comissão em 1898 para em seguida enviar para a Camara, que em 1899 o remete ao Senado, de onde não mais sairá.

da legislação (agora tendo em vista o novo código), combinando-a com a exposição dos princípios filosófico-científicos, a legislação comparada e a jurisprudência. Por isso mesmo, as argumentações e suas digressões teóricas a partir da escola positiva acabam se repetindo em muitos momentos (sobre o conceito formal de crime, responsabilidade e dirimentes, teorias da tentativa, da codelinquência, do dolo e da culpa, da premeditação)⁵⁸⁶. Por certo que inclui as disposições do novo código, analisa e compara com as do código anterior. No texto fica clara a preferência de João Vieira ao código do Império com relação ao republicano – preferência que já havia deixado explícita no artigo publicado em 1891, na Revista “O Direito”, intitulado “A reforma das Leis Criminais” - e parece que já buscava preparar os alunos para a nova mudança legislativa, por ele encabeçada, que esperava acontecer. Todavia, estava ciente da demora que esta reforma poderia ter. Assim expõe:

Ocorre que se póde prever que tão cedo não teremos novo código penal, porque o projecto apresentado na câmara não será preferido á discussão e voto das questões politicas e financeiras, sendo além d’isto mais urgente a votação do código civil, cujo projecto foi apresentado no senado. A falta absoluta de obra, quer didactica, quer pratica sobre o codigo penal, nos faz crêr que publicamos um guia útil aos estudantes, aos juizes e advogados noveis.⁵⁸⁷

No Tomo II desta obra, publicado em 1897, João Vieira se mostra mais otimista quanto à adesão dos juristas brasileiros às novas ideias. Assim confessa:

Felizmente parece-nos que o espirito do nosso paiz se renova n’este ponto com o surgir de raríssimos embora, mas convencidos e esperançosos cultores da verdadeira sciencia criminal na imprensa, na cadeira e no livro, como devemos consignar com satisfação, citando o programma da Faculdade Livre de Direito do Rio e a interessante obra do respectivo professor Dr. Viveiros de Castro.⁵⁸⁸

Nesta publicação, traz análises novas com relação à obra inacabada de 1889 e a publicada em 1896. Nestas João Vieira segue o mesmo método comparativo entre as três legislações inserindo as ideias positivistas em sua explanação.

⁵⁸⁶ ARAÚJO, J. V. **Código Penal Commentado theorica e praticamente**. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Laemmert Editora, 1897, p. 43-45.

⁵⁸⁷ *Ibidem*, p. 8.

⁵⁸⁸ *Ibidem*, p. 48.

Quando analisa as circunstâncias atenuantes e agravantes faz tendo em vista a oposição entre as escolas. Acusa de “contradição inconsciente” dos clássicos a previsão destas hipóteses, pois uma vez que concebem o crime como entidade abstrata e efeito de uma vontade independente, nada afetariam as circunstâncias específicas, seja do crime (objetivas), seja do criminoso (subjetivas) para definir a medida da pena. Com a previsão destas, segundo Vieira, os próprios clássicos demonstravam a inanidade de suas ideias. Neste ponto chega a chamar os clássicos de matemáticos, ironizando seus critérios de dosimetria da pena e seus cálculos decorrentes da ponderação entre as circunstâncias atenuantes e agravantes. Inspirado, mais uma vez, por seus mestres positivistas, sustenta a temibilidade como “medida de todas as penas.” Discorre por várias páginas, em meio a vários mestres do positivismo penal italiano e de Bentham, a respeito da importância dos motivos que levaram ao crime, importante elemento para se definir a categoria de delinquentes e mensurar a sua temibilidade. Outro elemento novo que comenta nesta obra, e que vale mencionar, refere-se aos instrumentos de medição – antropometria - usados para combater a criminalidade, sobretudo a reincidência. Tratava-se do método de Bertillon. Menciona a proposta feita à Câmara dos Deputados de um projeto que previa sua adoção e que converteu-se na lei 145 de 12 de julho de 1893 (que trata das colônias correccionais). Mas até o momento em que Vieira escreve, o serviço de medição não havia sido adotado.⁵⁸⁹

Dedica muitas linhas à reincidência, analisando-a a partir do ponto de vista de Garraud. Prossegue com Lombroso, Garofalo, Puglia, Porto e expõe de forma mais detalhada as ideias gerais que apresenta na “Exposição de Motivos” de seu projeto, repetindo as críticas ao código em vigor. Menciona elogiosamente a Lei francesa de 27 de maio de 1885 (também elogiada por Baptista Pereira, como se analisou) que estabeleceu uma diferença fundamental entre os malfeitores de ocasião, condenados primários, e os malfeitores de hábito, condenados

⁵⁸⁹ João Vieira é bastante crítico com relação a esta lei, que considera defeituosa não tendo aproveitado as discussões da Câmara que devia tê-la melhorado. Esta lei propunha a criação de um estabelecimento correccional na Capital Federal, pelo trabalho, de capoeiras e vagabundos e previa em seu artigo nove a possibilidade de os demais Estados criarem estabelecimentos semelhantes. No ano seguinte é instalada na Ilha Grande uma Colônia Correccional. Dois anos depois será fechada e em 1903 será construída no mesmo lugar a Colônia Correccional de Dois Rios.

secundários, lei que teria sido aprovada por pressão popular e não inspirada pelos trabalhos da escola sociológica.⁵⁹⁰

Também é longa sua digressão sobre a pena. De acordo, mais uma vez, com os seguidores de Lombroso, não a concebe (mais) como um mal ou um sofrimento, mas também deve ser tal que se torne indesejável pela opinião pública, como defende Garofalo.⁵⁹¹ Assim, para Vieira, “Com esta condição o melhor remédio é aquelle que é *suficiente* ao fim, sem respeito algum ao gráo de dôr que possa ressentir o individuo.” – neste trecho é bastante evidente o afastamento de João Vieira de qualquer viés mais garantista/individualista do direito penal. João Vieira é categórico quando afirma estar bem longe da teoria da expiação ou da intimidação.⁵⁹² Assim define: “A pena para nós é um meio de garantia social, de reduzir o criminoso a impossibilidade de prejudicar ou de tornal-o inofensivo, tendo como fim principal a segurança pública”.⁵⁹³, ou seja, *defesa social*. É, ainda, “(...) o remedio para a falta de adaptação do reo”.⁵⁹⁴ Condena os clássicos, seguindo Ferri, por não aceitarem como meios de defesa social os mecanismos preventivos e eliminatórios.⁵⁹⁵ Apresenta as concepção de Romagnosi, a quem considera o precursor dos criminalistas modernos, Carrara, Feuerbach, Bentham, Puglia. Rebate o entendimento dos clássicos sobre a proporção entre pena e crime (“Ao contrario do *systema dosimetrico* penal tão preconizado pelos clássicos, tudo leva a crer que ele será abandonado”).⁵⁹⁶ – para Vieira, aos moldes de Garofalo, o que deve haver é correspondência entre o crime e o caráter do criminoso, que se externa no ato – o que importa não é a quantidade da pena, mas sua qualidade: “A *proporção penal* deve ser substituída pela *aplicação do meio idôneo*”⁵⁹⁷ e este deve ser identificado tendo em vista a natureza ou a temibilidade do delinquente. Seguindo Garofalo (elaborador do conceito de temibilidade), aponta que esta deve ser avaliada a partir de vários critérios: gravidade do dano, modos de execução, vida pregressa, características fisiológicas e psicológicas, sentimentos hereditários e adquiridos – todos estes elementos servem para mensurar o senso moral do criminoso e avaliar

⁵⁹⁰ ARAÚJO, J. V. **Código Penal Commentado theorica e praticamente**. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Laemmert Editora, 1897, p. 158.

⁵⁹¹ *Ibidem*, p. 208.

⁵⁹² *Ibidem*, p. 221.

⁵⁹³ *Ibidem*, p. 209.

⁵⁹⁴ *Ibidem*, p. 221.

⁵⁹⁵ *Ibidem*, p. 212.

⁵⁹⁶ *Ibidem*, p. 222.

⁵⁹⁷ *Ibidem*, p. 220.

se é passível de correção ou não – desta avaliação é que se define o meio penal adequado. Aos incorrigíveis, defende a pena de morte ou prisão perpétua. Como na legislação brasileira a primeira não seria mais possível, por proibição constitucional, propõe em seu projeto, como já se analisou, a possibilidade da segunda. Quanto à pena de morte, lamenta “Para obscurece-la e mesmo desvial-a do seu verdadeiro terreno tem concorrido já um sentimentalismo mal entendido, já prejuízos do liberalismo, quando é certo que nada d’isto tem que ver com a solução da questão.”⁵⁹⁸

Para defender a necessidade da pena de morte, não utiliza os mestres da escola positiva italiana, mas Garraud, que justifica tal pena por meio de argumentos clássicos (deve ser justa, proporcional à gravidade do delito e necessária). Apresentar a teoria de Garraud sobre a pena de morte não significava que João Vieira pensasse a partir dos fundamentos desse autor. Como vimos, tratava-se de uma estratégia mesmo de João Vieira para, relativizando a polaridade de escolas, embora partindo mesmo desta polaridade, demonstrar a legitimidade de alguns argumentos que eram tidos como essencialmente da escola positiva. O próprio autor assim justifica: “Não podíamos oppôr aos escriptores abolicionistas, tão numerosos no mundo clássico do direito criminal, autoridade mais respeitável e que melhor synthetizasse os argumentos em favor da conservação actual da pena de morte”.⁵⁹⁹

Conclui João Vieira que “Si é mister para salvar a vida do homem *honesto*, fazer perecer o *malfeitor*, como afirmar a inviolabilidade da vida humana? (...) O direito do individuo á existência não pode ser superior ao direito da sociedade de proteger seus membros”.⁶⁰⁰ Percebe-se que, embora usasse Garraud como estratégia argumentativa, o argumento de fundo de João Vieira em defesa da pena de morte é mais propriamente legatário da concepção de um dos mestres da “nova escola” italiana, Garofalo – a de que há uma cisão na humanidade, pois o criminoso incorrigível é visto como ser à parte desta e que justamente por isso deve ser segregado ou eliminado. Ainda, mais uma vez, Vieira deixa bastante evidente a sobreposição da defesa da sociedade com relação aos direitos individuais, justamente a partir da lógica da dualidade de sujeitos – alguns devem ser eliminados

⁵⁹⁸ ARAÚJO, J. V. **Código Penal Commentado theorica e praticamente**. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Laemmert Editora, 1897, p. 231.

⁵⁹⁹ *Ibidem*, p. 237.

⁶⁰⁰ *Ibidem*, p. 236.

(malfeitores) para que a sociedade, constituída de indivíduos de outra natureza (honestos), permaneça em segurança e ordem.

4.2 RIO DE JANEIRO E O PENSAMENTO CRIMINOLÓGICO

4.2.1 João Baptista Pereira: um “clássico” em defesa do Código Republicano

João Baptista Pereira não permanece calado frente às críticas que se levantaram com relação ao seu código. João Vieira de Araújo pode ser considerado um dos seus censores mais empenhados, tanto que em poucos anos, como se analisou, elabora um projeto para substituí-lo. A este e às demais censuras que se fizeram ao código republicano, João Baptista responde com uma série de textos intitulados “Codigo Penal de 1890: Notas Históricas” publicados pela Revista de Jurisprudência, nos anos de 1898 e 1899.

Já no primeiro dos textos da série tenta desconstruir a aura inquebrantável e quase sagrada do código do império,⁶⁰¹ afirmando que este teria assumido missão mais fácil que a do código republicano, por ter substituído uma legislação “detestável” e bárbara (Ordenações Filipinas). Assim, por mais problemas que o Código de 1830 tivesse, estes permaneceriam quase invisíveis frente à defeituosíssima lei portuguesa – a sua substituição era uma exigência da civilização e da humanidade, que clamava pela passagem da tirania à liberdade.

Não só a aura do código, mas do seu relator (Bernardo Pereira de Vasconcelos), Baptista Pereira tenta desconstruir, indicando vários pontos que foram reformados pelas comissões que o analisaram, a despeito da pouca discussão que teria tido o projeto (com destaque apenas à questão da pena de morte, que foi amplamente debatida). João Baptista dá ênfase aos pontos que no projeto considerava uma espécie de resquício das ordenações e da tradição (portanto, avessos ao espírito liberal modernizador) e que foram retirados pela Comissão

⁶⁰¹ “Em torno do código cedo se criou uma opinião supersticiosa, que embaraçou durante sessenta anos a sua revisão. Sempre que se sugeria a conveniência de alterá-lo os *chauvinistas* se arrepiavam pelo audacioso tentamen, que se tinha por uma profanação.” (PEREIRA, J. B. Código Penal de 1890: Notas Históricas (partes I-VIII). **Revista de Jurisprudência**, v. II, p.13, 1898).

(como por exemplo, os crimes às infrações dos deveres éticos, a calceta no pé e corrente de ferro, que os condenados a galés deveriam usar, depois de executado, a possibilidade de o condenado à pena de morte ter sua cabeça e membros cortados e afixados no lugar do delito...).

João Baptista coloca-se ao lado de poucos que ousavam criticar o código (como Tobias Barreto) que em sua opinião, atendendo à necessidade de reformas legislativas pelas transformações sociais, deveria ser alterado, para acompanhar a “lei do progresso”.

Na sequência, João Baptista narra o episódio do ante-projeto elaborado por João Vieira a respeito da nova edição do código em face do fim da escravidão, a elaboração do parecer de análise deste, do qual foi relator e a incumbência que teria recebido, do ainda governo imperial, de revisão do Código Criminal, em razão do reconhecimento de urgente reforma penal. Este trabalho seria então submetido ao Conselho de Estado.

A 15 de novembro, sobrevinda a República, conta João Baptista que estava já preparada a parte geral do código. Após ter desistido de sua empreitada, por considerar dissolvida a comissão de análise do projeto, foi chamado pelo Governo Provisório para prosseguir na missão da reforma do código criminal. Narra João Baptista que, embora receoso em aceitar, tendo em vista a “angustia do tempo”, assume tal reponsabilidade e nela se dedica incondicionalmente. Sujeita a parte geral, já elaborada, à análise do Ministro da Justiça, este reconheceu os “notáveis melhoramentos, que vinham aperfeiçoar a legislação penal, em cujo tronco se tratava de enxertar as idéas modernas, que fazem a gloria das condições contemporaneas”.⁶⁰² Destaca a eliminação em seu projeto da pena de morte que, embora ainda contasse com a defesa dos adeptos da nova escola da antropologia criminal, que a sustentavam apenas como uma necessidade de defesa social, era considerada por ele avessa à civilização, ao estado adiantado das legislações e às luzes do século. E complementa,

Todavia, não o ocultarei, para muita gente, que aliás não conhece a lei da selecção, que a sociedade applica por um processo imitado da natureza, mas que se persuade que o carrasco tem ainda uma missão providencial á exercer no nosso meio e no nosso tempo, o maior aleijão do Codigo consiste em ter proibido a força!⁶⁰³

⁶⁰² PEREIRA, J. B. Código Penal de 1890: Notas Históricas (partes I-VIII). **Revista de Jurisprudencia**, v. II, p. 261, 1898.

⁶⁰³ *Ibidem*, p. 262.

Na sequência de textos João Baptista aponta algumas modificações do seu projeto feitas pela Comissão. Um trecho que vale reproduzir é o que se refere à sua explanação sobre a previsão no projeto do código republicano quanto à ponderação das circunstâncias agravantes e atenuantes para cálculo de pena, o que no código de 1830 deixava ao arbítrio do juiz. Assim expõe: “O projeto de revisão estabeleceu certos preceitos para regular a preponderancia das circunstancias umas sobre outras, e sua compensação, devendo prevalecer as aggravantes quando preponderar a maior temibilidade do criminoso”.⁶⁰⁴ Perceba-se que o autor, crítico da nova escola, se utiliza de um termo apregoado por ela – a temibilidade. Certo que não chega ao extremo de tornar este o critério único da responsabilidade, mas considera-o relevante para medir a gravidade do delito e assim também a severidade e medida da pena.

Outro trecho interessante, quando disserta sobre as contravenções, mas agora demonstrativo de seu perfil liberal, refere-se à sua intolerância manifesta a qualquer abuso de poder policial, que não tendo função judiciária, não pode invadir a casa do cidadão, decretar prisões, confiscar propriedade e impor multas, “(...) usurpando assim attribuições do poder judiciario, á quem exclusivamente compete impor e mediante processo regular por denuncia do ministerio publico (...).”⁶⁰⁵ Concebe neste abuso o maior menosprezo pela liberdade.

Responde ainda à polêmica que a discussão dos artigos 205 e 206 do código, que criminalizavam o direito de greve, gerou na época a ponto de serem reformulados pelo decreto n. 1162 de 12 de dezembro de 1890. Segundo João Baptista, sua intenção com estes artigos foi apenas “proteger o trabalho e assegurar a sinceridade e a liberdade dos contratados”.⁶⁰⁶ Percebe-se que no Brasil já se sentiam os problemas gerados nas relações de trabalho pelo processo de adequação da economia aos moldes do capitalismo. Mesmo que ainda bastante incipiente este processo, questões que há muito tempo já perturbavam a Europa, começam a despertar a preocupação das autoridades brasileiras, preocupação que tende a se agravar com a disseminação das ideias anarquistas e socialistas. A

⁶⁰⁴ PEREIRA, J. B. Código Penal de 1890: Notas Históricas (partes I-VIII). **Revista de Jurisprudencia**, v. III, p. 152, 1898.

⁶⁰⁵ PEREIRA, J. B. Código Penal de 1890: Notas Históricas (partes I-VIII). **Revista de Jurisprudencia**, v. IV, p. 40, 1898.

⁶⁰⁶ PEREIRA, J. B. Código Penal de 1890: Notas Históricas (partes I-VIII). **Revista de Jurisprudencia**, v. V, p. 249, 1899.

novidade destas questões é inclusive pontuada por João Baptista e indicada por ele como uma das razões para tamanha resistência ao tema:

O assumpto de natureza delicada, pela primeira vez fazia entrada na legislação; era natural, portanto que encontrasse resistencia da parte de certa escola que prega como dogma que a verdadeira liberdade consiste em cada um fazer o que quizer e por isso ataca como uma ameaça, ou perigo, toda a restricção razoavel ao uso dessa liberdade.⁶⁰⁷

Bem provável que esta “certa escola”, a que João Baptista se refere com tom irônico, fosse exatamente o anarquismo.

Comenta o autor que questões “espinhosas” como estas evoluem o princípio da liberdade individual e o interesse social e afirma que o primeiro deve ser limitado pelo segundo, sem porém ser por ele absorvido, sendo este o critério que orientou o novo código. Mais uma vez o equilíbrio entre liberdade individual e ordem social se faz presente na discussão dos criminalistas.

Em nenhum momento João Baptista usa o termo greve, mas sim coalisões, justificando a presença das previsões legais justamente para evitá-las. É sem dúvida um recurso linguístico para tonificar o aspecto de violência e ameaça que este tipo de ação poderia eventualmente implicar, deslegitimando-a a partir do próprio termo, pois para João Baptista, mesmo as coalisões desacompanhadas de meios materiais têm sempre caráter delituoso. Assim se expressa:

A idéa capital era prevenir as coalisões. As nações civilizadas as reprimem, e seria ingenuidade acreditar que sobre ellas não tem actuado o sentimento da liberdade, e que as suas leis são producto da tyrannia e do despotismo (...) A liberdade das coalisões tem como resultados dividir os patrões e os obreiros em dois grandes exercitos que trazem a espada na mão.⁶⁰⁸

As coalisões não são o exercício da liberdade, mas um abuso de direito e uma afronta às liberdades de comercio, indústria e trabalho garantidas pela Constituição, segundo Baptista Pereira. Fortemente marcado pelo liberalismo individualista do *laissez faire, laissez passer*, defende que patrões e operários devem agir individualmente, deixando seguir o curso normal das atividades.

A revisão dos artigos deixou de considerar crime a deserção da oficina, o abandono do trabalho e a desordem que deste resulta, consistindo apenas em fazer

⁶⁰⁷ PEREIRA, J. B. Código Penal de 1890: Notas Históricas (partes I-VIII). **Revista de Jurisprudência**, v. V, p 249.

⁶⁰⁸ *Ibidem*, p 250-251.

cessar ou suspender o trabalho por meio de violências e ameaças, descriminalizando, portanto, a greve pacífica.

Encerra suas “Notas históricas” com o mesmo teor que as iniciou – criticando a sacralidade que se conferiu ao código do Império e a imprevidência de, tão logo elaborado o código republicano, ter-se levantado contra ele todas as armas, mesmo sem se esperar que a experiência demonstrasse seus problemas e inadequações que bem poderiam ser superadas por meio de reformas parciais.

Defende sua obra afirmando ter nela seguido os parâmetros de uma boa lei, resistindo aos modismos da época, aos quais identifica com a nova escola positiva, ainda muito precária e contrária aos principais pilares do direito penal, mencionando o exemplo da Itália, berço não apenas destes mesmos pilares quanto das novas ideias que, embora lutassem pela prevalência, foram contidas no processo de unificação legislativa, que deu origem ao Código Zanardelli:

A bondade de um código, afirmou com o cunho de sua incontestável autoridade o eminente professor Carrara no prefácio da tradução italiana do Código Alemão, deve avaliar-se pela sua adesão aos preceitos da ciência, pelo seu constante respeito aos princípios de humanidade, pelo seu método, pela sua ordenação, pela clareza e exactidão das classificações, pela proporcionalidade e justa graduação dos castigos, em summa por todo o seu complexo, e não em consideração a um princípio ou opinião. Tanto quanto possível, o Código de 1890 procurou obedecer a estas normas, sem se deixar seduzir pelo brilho de theorias e doutrinas pouco estudadas ainda, não sufficientemente demonstradas, em completo antagonismo com as verdades fundamentaes, sobre as quaes ainda assenta o edificio da legislação penal das nações mais cultas, que têm resistido á onda invasora sendo sobre todos edificante o exemplo que deu a Italia no famoso monumento da unificação de sua legislação penal, padrão de gloria immorredoura, em que collaboraram os homens mais eminentes daquela abençoada região, berço da sciencia penal, e hoje o theatro onde mais accessa se trava a lucta entre a nova e a velha escola.⁶⁰⁹

Considera então (desmerecendo as críticas ao código de 1890) que se o Código italiano, “reputado um monumento da legislação que faz honra á civilização contemporanea”, era alvo de tantas críticas, sobretudo, dos adeptos da nova escola:

O que se poderia esperar da critica dos anthropologistas cá da terra, tão impacientes e tão intolerantes, sobre um código que se resente das imperfeições da sua precipitada organização e para cuja redacção não chegou o escasso tempo que durou a sua preparação? Contestem, muito embora, os Zoilos. A revisão de 1890 foi um progresso, porque traduziu em lei principios hoje reconhecidos e proclamados pelos mais classicos

⁶⁰⁹ PEREIRA, João Baptista. Código Penal de 1890: Notas Históricas (partes I-VIII). **Revista de Jurisprudencia**, v. VI, p. 14, 1899.

criminalistas, as grandes verdades moraes que formam uma herança commum de gloria do mundo civilisado, e são as bases fundamentaes das codificações contemporaneas, de tal modo, que as novidades paradoxaes quaes quer que sejam as suas apparencias scientificas conseguirão, jamais, desentranhar o organismo jurídico da Nação.⁶¹⁰

Finaliza seu texto, portanto, retrucando as críticas à sua lei sobretudo daqueles que falavam da plataforma defensora das novas ideias, que tinham como um dos argumentos legitimadores o fato de estarem acentadas em bases científicas. Ao direcionar seu discurso final aos adeptos da nova escola, pode-se perceber que um dos seus principais alvos era João Vieira de Araújo, um dos maiores e poucos adeptos da “escola positiva” e, ao mesmo tempo, um dos seus principais rivais neste processo de consolidação e afirmação de uma nova legislação penal para o país.

Trocados os códigos, João Vieira e João Baptista parecem ter invertido seus lugares no campo do discurso – reformas parciais X revisão total. Personagens centrais para se compreender a cultura jurídica penal da época, em meio às trocas de farpas entre ambos, podemos verificar onde os autores se situam, pois geralmente escolhem como posição estratégica o terreno das correntes criminais que circulavam na época. Ambos personificaram uma disputa mais ampla, importada sobretudo da Itália, entre as “escolas” criminais, clássica (velha ou tradicional) e positiva (nova escola). João Baptista Pereira, optou pelo lado da tradição, da escola clássica, lado em que considerava estarem os principais pilares e fundamentos da ciência criminal civilizada e contemporânea; João Vieira aderiu ao “novo”, “ao científico” – herdeiro da Escola do Recife, a força do evolucionismo spenceriano refletiu em sua percepção da ciência criminal. Apesar de sua confusão inicial, sua adesão se tornará cada vez mais incisiva, embora esta convicção teórica não tenha se refletido em termos de propostas concretas para transformar o código clássico em um código criminológico, como bem analisou Ricardo Sontag. Mas inúmeras razões escusam nosso, talvez, primeiro jurista “criminólogo”. João Vieira não era ingênuo e sabia das turbulências que a nova escola sofria tanto em ambiente europeu quanto, ainda mais, em âmbito brasileiro. Testemunhou a aprovação de um código eminentemente clássico no berço da antropologia criminal. Apropriando-se do discurso dos criminólogos, como Ferri e Garofalo, que também defendiam que as reformas nos termos positivos seriam inevitáveis, mas gradativas,

⁶¹⁰ PEREIRA, João Baptista. Código Penal de 1890: Notas Históricas (partes I-VIII). **Revista de Jurisprudencia**, v. VI, p. 236, 1899.

assumiu a frente da revisão do código republicano, tentando inserir em seus projetos elementos positivos, todavia, mais do que representar uma inovação para o futuro, voltava os olhos para o passado. Considerado menos clássico que o código republicano, João Vieira extrai do código do império antecipações das novas ideias, tentando emprestar, nesta extração, o seu prestígio na cultura jurídica brasileira, que a ele conferia uma aura de sacralidade (quase como os glosadores com relação ao Direito Romano). Se o convencimento pelas novas ideias não se fazia pelo simples recurso da novidade ou cientificidade, associá-las ao velho, ao passado, que contava com tamanho prestígio, poderia surtir mais efeitos para gradativamente provocar mais atenção e adesão aos fundamentos da nova escola.

Mas justamente nesta disputa entre clássico e positivo os juristas acabam denunciando suas ambiguidades e talvez, mais do que ambiguidades pessoais, denunciassessem a ambiguidade que é própria do contexto jurídico e político mais amplo a que pertenciam – o liberalismo. O liberalismo no Império era instrumento modernizador e continuou sendo na República. No Congresso Nacional, em 15 de novembro de 1890, o presidente Marechal Deodoro da Fonseca ressaltava o caráter liberal da República: “aos grandes lineamentos do organismo judiciário, seguiram-se reformas e melhoramentos na nossa legislação criminal, e um código foi decretado tendo em vista as mais liberais e as mais humanas doutrinas a par das mais sólidas garantias à liberdade, à vida, à propriedade e aos direitos que lhe são consecutórios”.⁶¹¹ O discurso liberal também serviu para dar legitimidade ao novo regime, portanto.

Mas ser liberal no Brasil imperial e no Brasil republicano não significava, necessariamente, a mesma coisa, em que pese as continuidades.

Já se pontuou que no Império o liberalismo tinha um caráter conservador e nos termos de Alfredo Bosi, ser liberal no Brasil significava: a) liberdade de produzir, vender, comprar; b) liberdade de representar-se politicamente; c) liberdade de submeter o trabalhador escravo mediante coação jurídica; d) liberdade de adquirir novas terras em regime de livre concorrência.⁶¹²

Escravidão e liberalismo conviveram e, como já se pontuou, isso não necessariamente era algo contraditório. Naquele momento, modernizar o Estado por

⁶¹¹ SONTAG, R. **Código Criminológico?** Ciência Jurídica e codificação penal no Brasil (1888-1899). Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 214.

⁶¹² BOSI, A. **Dialética da colonização**. São Paulo: Companhia das Letras, 1992, p. 200.

meio da lei racional, não implicava modernizar a sociedade no sentido de incluir a todos no universo da lei, mas criar um espaço sacro de liberdade onde eram incluídos apenas alguns.

Neste sentido, o liberalismo do Império, conservador e de moderação como se analisou, reproduz as bases de um liberalismo econômico, calcado nas liberdades de trocas e do sujeito proprietário e, jurídico, tendo em vista a força que o princípio da legalidade, baluarte do liberalismo jurídico, assume no discurso dos juristas. Este liberalismo moderado é o liberalismo de João Baptista Pereira (ironicamente o redator do código republicano), como pudemos extrair, por exemplo, dos trechos em que combate o direito à greve (em nome do natural fluir das atividades econômicas e relações de trabalho) e o abuso do poder policial, que deveria se enquadrar nos parâmetros da lei.⁶¹³

O liberalismo no Império, conservador, na verdade, afirmava-se com relação a uma camada muito específica da população – os não-escravos. Estes ainda estavam excluídos do campo de sujeitos do liberalismo – há os princípios liberais para alguns, que compunham o espaço sacro da liberdade, há a escravidão para outros.

⁶¹³ Identificá-lo com um liberalismo moderado, próprio do Império, não implica dizer que fosse também a favor da escravidão. Em 1885 João Baptista publica um texto em que comenta uma interpretação da Lei 3270 de 28 de setembro de 1885, Lei do Sexagenário, a qual determinava que o escravo depois dos 60 anos seria liberto. A interpretação da lei foi elaborada em uma memória intitulada “Das relações dos sujeitos á condição de servir, specialmente após a promulgação da lei n. 3270 de 28 de Setembro de 1885”, publicada pelo Instituto dos Advogados. Neste texto Sr. Dr. Silva Costa afirma que os escravos teriam adquirido a condição de estado livre por conta da lei, uma condição que interpreta diversamente da estabelecida pela lei romana. Para Silva Costa, por exemplo, a partir desta lei os escravos não poderiam mais ser objeto de contrato. João Baptista escreve um texto para expor seu posicionamento contra a interpretação de tal lei, que para ele em momento algum quis alterar a condição do escravo antes dos 60 anos. Em alguns trechos deste texto, pode-se inferir que o autor não defende a escravidão, mas nem por isso se exime de posicionar-se contra uma interpretação que considera ferir a própria lei. Neste texto quem fala não é o homem político, mas o jurista João Pereira, que confere à lei uma interpretação técnica e não política. “Sem duvida a condição servil é sobrepujante; isso está nas entranhas da instituição, porque é um elemento essencial da formação do direito civil, cuja base fundamental é – o direito das pessoas (...) Concessões obtidas pelos escravos, já por motivos de ordem política, já por sentimentos de humanidade, que vinham adoçar a sorte dessa classe infeliz, não apagavam a nodoa da incapacidade, que era geral, e por isso é injurídico comparar o *statuliber* ao menor e ao interdito, como fazem alguns Jurisconsultos (...)” Ainda: “Não é singular, não é mesmo estupendo, que, em virtude de disposições tão claras, sem dubiedade, impenetráveis ao sophisma, se proclame aos quatro ventos que no Brazil não há mais escravos, quando a nação inteira espera com anciedade e inquietação o desfecho da tremenda batalha que, há já alguns anos, se está ferindo no campo da política, para resolver definitivamente a questão servil?” Percebe-se que para João Baptista não se tratava mais de defender ou não a escravidão, a tendência era que esta inevitavelmente fosse abolida. Mas esta deveria ser consequência de uma decisão política e não de uma artimanha hermenêutica, de uma interpretação forçada e equivocada da lei. (PEREIRA, J. B. **Da Condição actual dos escravos**: especialmente após a promulgação da Lei. n. 3270 de 28 de setembro de 1885. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1887, p. 14 e 25).

Na República, em que os escravos são incluídos pelo texto da lei no campo de sujeitos do liberalismo, o discurso deve se adequar ou rearticular - é inevitável que sofra um redimensionamento. Esta redefinição do discurso liberal se apropriará muito das concepções de Spencer e do darwinismo social. Como afirma José Murilo de Carvalho: “Acoplado ao presidencialismo, o darwinismo republicano tinha em mãos os instrumentos ideológicos e políticos para estabelecer um regime profundamente autoritário”.⁶¹⁴

João Vieira pode ser enquadrado neste liberalismo republicano, que vinculado ao evolucionismo, aos discursos raciais e ao darwinismo social, afeta o direito criminal de modo a fortalecer uma perspectiva que diminui a importância do indivíduo e seus direitos, privilegiando sempre o interesse e a segurança social. O jurista da Escola do Recife não deixa de consagrar o princípio da legalidade, nem de reconhecer a liberdade como um direito central do indivíduo, mas a defesa social assume o papel da centralidade de seu discurso e se a liberdade tende a perder seu foco atrativo, não tende, por sua vez a ceder espaço para a igualdade (aspecto mais marginal no liberalismo imperial, por pertencer a um contexto social escravista), pois esta no contexto republicano passa a ser relativizada não só pelo discurso racial, mas pelo discurso criminológico, que fortalecia algo que já é próprio da dualidade liberal - a cisão da humanidade entre sujeitos que pertencem ao espaço sacro - os cidadãos honestos - e aqueles que deste estão excluídos - vagabundos, malfeitores, criminosos, delinquentes - parte da humanidade que pertence a uma escala inferior no grau de evolução do processo civilizatório.

Como já se mencionou, quando a dualidade liberal liberdade-escravidão é eliminada, a dualidade liberdade-segurança se redimensiona, fortalecendo o aspecto da segurança, pois aqueles que antes não pertenciam ao espaço sacro, por conta do regime escravista, tendem a desse continuar sendo excluídos, pela propensão de encarnarem os alvos de controle, em que uma das ramificações é o sistema penal - tornam-se os vagabundos, os malfeitores, os criminosos.

Como já se pontuou, para legitimar uma ideia ou outra da escola positiva João Vieira fazia uso de juristas tidos como clássicos. João Baptista, por sua vez, do alto de seu classíssimo, algumas vezes deslizava em argumentos criminológicos (o que também se verificou no parecer de João Monteiro, e não passou despercebido

⁶¹⁴ CARVALHO, J. M. **A formação das almas**: imaginário da República no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 1990, p. 25.

por João Vieira). Em uma estratégia de defesa de escolas, acabava-se desnudando as continuidades entre as teorias que constituíram a cultura jurídica penal oitocentista, deixando mais clara a hipótese indicada por Sbriccoli de que este “mar de escolas” e disputas faziam parte de uma mesma e ampla tradição cultural.

João Vieira e João Baptista, liberais a seu modo, assumiram cada qual uma visão do direito criminal e numa guerra de titãs degladiaram-se, embora não se dessem conta de que não estavam falando de trincheiras tão opostas como supunham.

4.2.2 Viveiros de Castro, a Nova Escola Penal e a inserção da criminologia positivista no Rio de Janeiro

Francisco José Viveiros de Castro nasceu no Maranhão em 1862. Formou-se em 1883 em direito na Faculdade de Recife e foi fortemente influenciado pela Escola do Recife e, sobretudo, pela figura de Tobias Barreto, a quem confessa “devotar quasi um fanatismo”.⁶¹⁵ Foi deputado provincial no Maranhão entre 1886-1887, presidente do Piauí entre 1887-1888, promotor público no distrito federal em 1889, e ainda juiz e desembargador, bem como lente de direito criminal da Faculdade Livre de Direito do Rio de Janeiro.

Antes de se analisar a obra mais comentada de Viveiros de Castro, na qual ele cumpre sua função de propagandista das novas ideias, analisemos uma obra que escreve em 1892, inspirado pela necessidade de chamar a atenção para questões que deveriam estar em foco, durante o processo de reorganização do país nos moldes republicanos, ligadas à organização da família e aos interesses sociais. Afirma Viveiros de Castro que as suas soluções poderiam não agradar a muitos, mas se consolava “(...) com a crença de havel-as animado o largo *espírito liberal*, desassombrado de preconceitos”.⁶¹⁶

Nesse texto, menos famoso do autor, já há menção aos mestres da “nova escola”. Quando apresenta “A questão da mulher ante o direito penal”, Ferri aparece, mas de forma ainda muito tímida, pois sua fundamentação parte de um dos

⁶¹⁵ CASTRO, V. **A Nova Escola Penal**. Rio de Janeiro: Domingos de Magalhães, 1894, p. 7.

⁶¹⁶ CASTRO, V. **Ensaio Jurídicos**. Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1892, p. 7.

pilares mais renegados pela nova escola - responsabilidade moral. Assim, argumenta: se no direito penal a responsabilidade funda-se na responsabilidade moral e tendo a ciência médica constatado que a mulher é afetada de várias circunstâncias que perturbam seus sentidos e suas ideias, como na evolução da puberdade e na época da gravidez, deve ela ter sua responsabilidade diminuída, pois estas são perturbações de ordem cerebral (portanto orgânicas) e não a revelação da perversidade de sua alma. Conclui que, desta forma, ou seja, com a diferenciação do sexo para a imputação penal, atende-se ao ideal da ciência penal que é a individualização da pena, segundo a qual se deve adaptar o castigo ao temperamento individual do delinquente, como “brilhantemente” defendem Ferri e Garraud.⁶¹⁷ Poder-se-ia dizer que a citação de Ferri, um dos adversários da responsabilidade moral, parece “fora de lugar”. De qualquer modo, sem entrar no mérito do que este autor considera como critério da responsabilidade, utiliza de um argumento que se prestava naquele momento a fortalecer a sua tese. Ao analisar este tópico especificamente, Viveiros de Castro mescla o fundamento da pena a partir da escola clássica, mas usa argumentos científicos e médicos, algo muito próprio da nova escola. Às consequências de um diagnóstico médico associa a fórmula de resolução da escola clássica – quanto menos condições de autodeterminação, menor a responsabilidade.

Inspirado pelo espírito liberal, como pontua nas notas iniciais, defende não apenas a responsabilidade criminal diferenciada da mulher, mas o direito ao divórcio e o direito de voto da mulher. Viveiros de Castro contra-argumenta um cronista do Correio do Povo (que embora não se opusesse ao direito de voto da mulher, entendia que esta deveria antes receber adequada educação para adquirir a capacidade devida ao exercício de tal direito), afirmando que se “fosse preciso um alto cultivo intelectual, então devia ser abolido da nossa Constituição o suffragio universal, sendo o voto privilegio dos sábios (...) ora isto é incompatível com as tendências democráticas das sociedades modernas”.⁶¹⁸ Esquece-se de mencionar, o autor, que não podiam votar os analfabetos, e que a participação política na

⁶¹⁷ “Ora, se hoje são conhecidos estes fenômenos de *psychologia pathologica*, se eles revelam, não a perversão da alma que se deleita no crime, mas a perturbação das funções cerebrais, deve o direito penal desprezal-os, não se preocupar deles em relação á pena e ao delinquente? Seria simplesmente sancionar uma injustiça, punir pelo prazer de punir, porque não se castigaria uma infração das leis sociaes, mas a manifestação de fenômenos *physiologicos* que se repetem com a inflexibilidade das leis da natureza” (CASTRO, V. **Ensaio Jurídico**. Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1892, p. 5-6).

⁶¹⁸ *Ibidem*, p. 33-34.

República tornou-se ainda mais ínfima que no Império, como pontua José Murilo de Carvalho, justamente porque a alfabetização era uma barreira para a “expansão do eleitorado”.⁶¹⁹ Logo no início da República apenas 2% da população podia votar e durante a vigência da Constituição de 1891 não passou de 5%.

A maneira com que Viveiros de Castro analisa questões pertinentes à mulher é bastante curiosa. Em outra obra intitulada “Os delictos contra a honra da mulher”, o autor, ao constatar o aumento de crimes desta natureza, atribui à própria mulher e ao seu comportamento uma das causas para tanto, pois “Dominada pela ideia errônea subversiva de sua emancipação, ella faz tudo que de si depende para perder o respeito, a estima e a consideração dos homens”⁶²⁰; critica ainda a educação moderna que não preparava mães de família, mas “bonecas vaidosas e fúteis”.

Esse tom conservador que inicia o livro não tende a permanecer na sequência: ele elogia o Código Penal, por exemplo, por não consagrar disposições que reconhecessem o “bárbaro e sangrento” direito do marido matar a mulher adúltera; questiona até que ponto o adultério deve ser considerado crime – considera uma degradação dos costumes, mas não crê na eficácia em puni-lo com a lei penal, sendo a melhor solução uma educação moralizadora, e faz uso dos argumentos de Garofalo, segundo o qual o adultério não é um delito natural e, portanto, não infringe os sentimentos básicos da piedade e probidade.⁶²¹

Se os crimes de violência sexual são realizados contra prostitutas, não se trata mais, na opinião de Viveiros de Castro, de crimes contra a honra, pois estas “não tem sentimento de honra e de dignidade.”⁶²² Trata-se apenas de crime contra a liberdade pessoal, não revelando no autor um caráter temível, pois não causa um mal irreparável à vítima e nem abala os interesses da defesa social, podendo ser punido como simples contravenção (embora considere o estupro – quando não de prostituta – o crime mais repugnante e merecedor de severa punição, que revela no

⁶¹⁹ CARVALHO, J. M. **Os bestializados**: O Rio de Janeiro e a República que não foi. São Paulo: Companhia das Letras, 1987, p. 44.

⁶²⁰ CASTRO, V. **Delitos contra a honra da mulher**. Rio de Janeiro: João Lopes da Cunha Editor, 1897, p. 15.

⁶²¹ *Ibidem*, p. 30.

⁶²² *Ibidem*, p. 123.

delinquente os mais grosseiros e brutais instintos, a falta de cavalheirismo e respeito pela mulher, estes sinais de uma natureza nobre).⁶²³

Ainda, a mulher casada, segundo Viveiros de Castro, não poderia prestar queixa, em juízo, de estupro contra o marido, pois “qualquer que tenha sido a resistência da mulher, qualquer que sejam os meios empregados pelo marido para vencer a resistência (...) Não houve crime e sim o exercício de um direito”.⁶²⁴

No que se refere ao âmbito feminino e seus direitos, o liberalismo de Viveiros de Castro ainda presta contas a um modelo patriarcal de família e mescla estes elementos de tradição com os argumentos de “ciência”, como se viu anteriormente, ao fundamentar uma imputabilidade reduzida para a mulher. De qualquer forma, para não “julgar” o liberalismo do autor, correndo riscos de anacronismo, é relevante pontuar que a inserção da mulher no âmbito do espaço sacro da liberdade esperaria algumas décadas do século XX e sua emancipação sexual, ao menos no âmbito do discurso (por que na prática esta ainda é uma conquista em processo), ainda mais tempo.

Prosseguindo na análise do texto “Ensaio Jurídico”, Viveiros de Castro se utiliza dos fundamentos da escola positiva para se contrapor à medida adotada pelo código republicano de estabelecer a proporcionalidade da pena de furto ao valor do bem furtado. Segundo Viveiros de Castro esta opção é contrária ao fim principal da pena, que é a *defesa social*, e fruto de um “romantismo mórbido”. Menciona Tarde, segundo o qual nas grandes cidades aumentam os crimes contra a propriedade, Lombroso, que em sua obra “L'uomo delinquente” afirma serem os gatunos de profissão insuscetíveis de correção, e Garofalo, para quem a sociedade não quer saber quanto foi roubado, mas o grau de temibilidade de quem roubou.

Viveiros de Castro defende a pena de morte como o meio mais enérgico e eficaz de defesa social, a partir de uma lógica darwinista social eugênica e de um discurso que cinde a humanidade entre homens honestos e monstros sanguinários:

(...) arma terrível e poderosa de que a sociedade dispõe para garantir os homens honestos contra os monstros sanguinários (...) Mas, porque motivo há de a sociedade obrigar os homens honestos a pagar impostos, a sustentar com seu trabalho malfeitores tão perigosos, que se conservam perpetuamente encerrados, como feras bravias em possantes jaulas? Que lucro há em manter-se, como porcos bem cevados, estes seres tão

⁶²³ CASTRO, V. **Delitos contra a honra da mulher**. Rio de Janeiro: João Lopes da Cunha Editor, 1897, p. 139.

⁶²⁴ *Ibidem*, p. 121.

bárbaros, que do homem só tem a fôrma? A seleção é uma lei do mundo physico como é do mundo moral. Eliminam-se os indivíduos não só em bem da sociedade presente, como também em garantia da posteridade, porque pela hereditariedade transmitem-se os instintos máos e o processo cultural da humanidade deve ser extinguil-os e não favorecel-os pela propagação.⁶²⁵

As obras subsequentes de Viveiros de Castro demonstram a intensificação de sua adesão à nova escola. Em 1894 este autor publica “A Nova Escola Penal”, obra em que pretendeu divulgar as novas ideias do direito penal que, em sua opinião, ainda eram pouco conhecidas no âmbito nacional. Em uma explicação preliminar de seu texto, faz o seu diagnóstico, em tom significativamente pessimista, da cultura jurídica penal da época:

No direito criminal estamos em uma ignorancia miseravel. Na magistratura, no professorado, na advocacia, na litteratura não ha sinão atrazo e pobreza (...) Os professores ignoram a revolução que tem modificado tão profundamente o direito penal, são incapazes de fazerem uma exposição rasoavel das ideias de um Lombroso, de um Ferri, de um Lacassagne (...) repetem em postillas sebentas como ultima novidade as licções de um Ortolan ou de um Bertauld. Os nossos magistrados reduziram o direito penal a uma formalistica ridicula de chicanas e rabulices (...) elles annullam um processo porque não consta dos autos ter o beleguim tocado o balado ao abrir a audiencia ou não ter o escrivão copiado os termos do formulário com todos os seus pontos e virgulas. Os advogados entregaram o foro criminal a uma meia duzia de especuladores ignorantes e atrevidos.⁶²⁶

Como já se mencionou, o Brasil absorve o discurso de embate entre escolas, sobretudo os adeptos da nova escola, justamente porque este discurso é uma criação ferriana, mas como não tínhamos um Carrara, principal alvo de Ferri nesta disputa, por ser o grande representante da cultura jurídica penal a que Ferri procurava fazer frente, cabe a pergunta: o que era então identificado com a escola clássica no Brasil? Quem e o que encarnava este título? Para João Vieira de Araújo, o classissismo estava encarnado no código republicano, como vimos. Na opinião de Viveiros de Castro, a nova escola no Brasil deveria fazer frente, não a uma sólida e sofisticada cultura jurídica penal, mas a uma cultura penal pobre, repetidora das teorias e autores franceses (identificados com a escola clássica), presa a um tosco formalismo e reproduzida por juristas pedantes e superficiais, apegados à beleza das palavras e resistentes às verdades da ciência.

⁶²⁵ CASTRO, V. **Ensaio Jurídico**. Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1892, p. 64-65.

⁶²⁶ CASTRO, V. **A Nova Escola Penal**. Rio de Janeiro: Domingos de Magalhães, 1894, p. 8-9.

Assim, sua obra, considerada pelo autor como o primeiro livro em língua portuguesa sobre Sociologia Criminal (em que pese reconhecer que o primeiro jurista a despertar a atenção no Brasil, para os trabalhos da Nova Escola, foi João Vieira de Araújo), pretendia apresentar as ideias da Nova Escola Penal e divulgá-las tendo em vista que, no Brasil, estas ideias ainda contavam com bastante resistência, na opinião de Viveiros de Castro, pois “Educada na philosophia ecclética de Cousin, no romantismo litterario de Victor Hugo, está corroida até a medula pela rethorica, pelo gosto do palavriado, balofo, frivolo. A sciencia moderna positiva, exacta, fria, irrita-lhe os nervos”.⁶²⁷ Aqui, como se pode perceber, o perfil do jurista retórico, o “bacharel”, é percebido mesmo como um dos obstáculos para a recepção das novas ideias que primavam pela ciência e, portanto, vinculavam-se a um jurista que deveria ter uma diversa formação e postura – o perfil do jurista cientista. Os juristas retóricos, “classe superficial e pedantesca”, segundo o autor, receavam as novas ideias por imaginarem que, por meio destas, o direito criminal se perderia como um ramo da medicina e das ciências naturais.⁶²⁸

Viveiros de Castro, do alto de seu liberalismo, acreditava estar já perdido o direito criminal, justamente porque estaria reduzido a chicanas e rabulices, discussões bisantinas, preso a um formalismo processual sem utilidade. Afirma que os magistrados

(...) em vez de abordarem resolutamente a hypothese, interpretando a lei em um sentido philosophico e liberal, deixam-se os juizes levar por essas filigrannas e rabulices, que reduzem o direito penal a uma casuistica esteril, a um amontoado de sophismas.⁶²⁹

O jurista brasileiro justifica essa resistência às novas ideias, apropriando-se de uma explicação de Lombroso, qual seja, a “enorme força da inercia cerebral” ou o

⁶²⁷ CASTRO, V. **A Nova Escola Penal**. Rio de Janeiro: Domingos de Magalhães, 1894, p. 12.

⁶²⁸ Ricardo Marcelo Fonseca, apropriando-se de uma análise que Carlos Petit faz sobre o perfil do jurista na Espanha, do final do século XIX - que de um viés eloquente, retórico, marcado pelo dom da oralidade e pela vasta erudição, sobretudo das “humanidades”, gradativamente, a partir da década de 80 do século XIX, assume um perfil cientista, em que o uso da retórica começa a ser associada a uma visão pejorativa e, então, passa a ser substituída pelos argumentos revestidos pelo rigor da ciência, - aplica-a para interpretar os juristas no Brasil, identificando que este processo também aqui se deu, sobretudo, a partir do final do século XIX, com a reforma do ensino e com o advento da República. Segundo ele esta reforma “indica um passo importante na passagem de um tipo de saber que era sobretudo calcado na oralidade (em decorrência da valorização de um saber retórico e eloquente) para um tipo de saber calcado na escritura (como convém a um padrão mais ‘científico’)”. (FONSECA, R. M. Os juristas e a cultura jurídica brasileira na segunda metade do século XIX. **Quaderni Fiorentini**, v.XXXV, p. 365, 2006).

⁶²⁹ CASTRO, V. *Op. cit.*, p. 21-22.

que o psiquiatra italiano chamava de misoneísmo, a tendência do homem “médio” em se opor ao novo. Este novo é atribuído a Lombroso. A ele Viveiros de Castro confere a glória de ter sistematizado os “esboços” esparsos da antropologia criminal (Quetelet, Broca e Gall) e de ter efetivamente criado uma nova ciência e descoberto o criminoso nato. E a Garofalo, por sua vez, confere a honra de ter estabelecido as (novas) bases da ciência penal – a defesa social como fundamento do direito de punir e a temibilidade como critério da punição.⁶³⁰

Resistência também imposta por ignorância – para Viveiros de Castro, os professores e magistrados brasileiros não discutiam as novas ideias, porque não as conheciam – comentário que lhe rendeu uma forte crítica por parte da academia de São Paulo, no parecer relativo ao projeto 250/1893 de substituição do código penal republicano, como já se analisou.

Viveiros de Castro coloca suas esperanças, então, na academia do presente, na mocidade que começava a se abrir para uma nova visão de mundo, liberta de questões metafísicas e animada pelo espírito da observação e investigação dos fatos.⁶³¹

A despeito desses comentários ácidos no início de seu texto, talvez decorrentes da herança de seu quase fanatismo a Tobias Barreto, esta obra é essencialmente explicativa das novas ideias.

O evolucionismo é o terreno de base para receber as ideias positivas e problematizar os fundamentos da escola clássica, sobretudo, a ideia de uma justiça absoluta e o livre arbítrio. Neste sentido, faz o autor, por exemplo, a análise retrospectiva da história da humanidade, a partir da qual se percebeu que a justiça é uma noção que se desenvolve com a evolução mental do homem, não existente, portanto, entre os selvagens.

Contudo o seu evolucionismo histórico não o impede de analisar criticamente o seu presente. Viveiros de Castro, neste trecho, ao menos, indica os efeitos negativos e perversos de uma aplicação desigual (enviezada) da justiça criminal, o que denunciava, no presente, uma espécie de atraso no processo de “evolução” do senso de justiça. Assim afirma ironicamente:

⁶³⁰ CASTRO, V. **Questões de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1900, p. 6.

⁶³¹ CASTRO, V. **A Nova Escola Penal**. Rio de Janeiro: Domingos de Magalhães, 1894, p. 13.

Mesmo nos tempos de hoje, tão orgulhosos da sua civilização e de seu progresso, como ainda está atrás a idéia de justiça! Punimos severamente o proletario que meio alcoolizado fere levemente em uma rixa o turbulento que o provoca, e consentimos que o capitalista estioe nas fabricas fracas crianças e infelizes mulheres. Condemnamos promptamente aos horrores da prisão cellular o desgraçado que, attribulado de fome furta um pão, e cercamos da consideração publica, honrados, estimados, estes audaciosos estelionatarios, que, organizando companhias, enriquecem como nababos, empobrecendo viúvas, orphãos, artistas.⁶³²

Os argumentos contra o livre arbítrio são os da nova escola – sendo este o critério da responsabilidade, justamente os mais perigosos ficam impunes, colocando em risco a *defesa social*. Sendo assim, seguindo Garofalo, defende que o critério deve ser o da *temibilidade*, medidos pelo grau de privação dos sentimentos fundamentais da piedade e probidade e, de acordo com ele, deve se adequar o meio de repressão.

Viveiros de Castro segue seu texto apresentando as ideias centrais de Lombroso: o atavismo, a relação entre o criminoso e o selvagem, as características físicas e psicológicas daquele e em seguida as críticas à tese do tipo atávico elaboradas, sobretudo, por Tarde, desconstruindo as hipóteses do psiquiatra italiano. Apresenta as correções de Lombroso feitas na segunda edição da obra “L’uomo delinquente”, na qual tentando superar estas críticas associa o criminoso ao epilético – aquele seria uma espécie deste, assim como também o é o gênio. Neste ponto Viveiros de Castro discorda do seu mestre. Pondera:

Quanto, porém, á parte penal não posso admitir a doutrina de Lombroso. É certo, e esta justiça deve ser feita ao eminente escriptor, que sua theoria encerra uma parte de verdade (...) Mas estender estes casos de epilepsia larvada a uma vasta synthese, comprehender nella toda a especie de criminoso, é uma conclusão precipitada e falsa. Ha muita gente lucida e sã, que mata por perversidade d’alma, por esta insensibilidade moral notada pelo professor Enrico Ferri como um dos caracteristicos do criminoso nato. Não são epilepticos, não são degenerados, são simplesmente atrophiados dos sentimentos de piedade e de probidade, que Garofalo considera indispensaveis para o desenvolvimento da civilização.⁶³³

Apesar das críticas que direciona a Lombroso, críticas que partem dos próprios integrantes da nova escola, não diminui sua importância e “profunda admiração” que consagrava “ao genial professor italiano, pois este em sua opinião

⁶³² CASTRO, V. **A Nova Escola Penal**. Rio de Janeiro: Domingos de Magalhães, 1894, p. 34.

⁶³³ *Ibidem*, p.66.

“Varreu a sciencia penal de velhas idéas metaphysicas, caducas e imprestaveis. É este o seu eterno titulo de gloria”.⁶³⁴

De Enrico Ferri, fundador da Sociologia Criminal, apresenta a lei da saturação criminosa⁶³⁵ e a ideia dos substitutivos penais (discorrendo sobre os diferentes tipos – de ordem econômica, científica, política, legislativa e administrativa, religiosa, familiar, educativa), ambos combinados e decorrentes da concepção de Ferri de que a pena tem uma eficácia muito limitada, agindo apenas com relação a uma parte de indivíduos e deixando a maioria de fora. Apresenta então os argumentos de Tarde em sua “Filosofia Penal”, na qual combate a teoria de Ferri sobre a ineficácia da pena como meio repressivo, apresentando exemplos históricos em que esta foi um meio útil de controle da criminalidade. A estes exemplos complementa Viveiros de Castro os casos brasileiros. Menciona que era frequente, no tempo da Monarquia, os escravos matarem seus senhores por preferirem a vida de ócio nas prisões, pois era comum o imperador comutar a pena de morte. Quando se começou a linchar os escravos em Minas, Rio e São Paulo, os assassinatos cessaram. Ainda, a monarquia não conseguiu conter os capoeiras, associação tão perigosa quanto a Camorra, para Viveiros de Castro. Quando, na República, Sampaio Ferraz começou a deportá-los, sem processo, os atentados cessaram. Na transição entre a Monarquia para a República, não ocorreu um furto sequer na cidade do Rio de Janeiro, pois Marechal Deodoro proclamou que o “gatuno surpreendido em flagrante seria prontamente fuzilado”.⁶³⁶ Estes exemplos mencionados aqui, por Viveiros de Castro, demonstram bem o perfil autoritário do período republicano. É curioso perceber que o autor, que se autodefine marcado pelo espírito liberal, não comenta criticamente tais medidas, apenas indicando-as como sinais de que a severidade da pena tem sim efeito sobre os comportamentos.

O jurista encerra com a crítica de Garofalo aos substitutivos penais (já mencionada neste trabalho), segundo a qual o excesso de medidas vinculadas pelos substitutivos acarretaria uma “grande e assidua intervenção nos direitos

⁶³⁴ CASTRO, V. **A Nova Escola Penal**. Rio de Janeiro: Domingos de Magalhães, 1894, p. 68.

⁶³⁵ Segundo Ferri, o nível de criminalidade depende da combinação de vários fatores: condições do meio físico e social combinado com as tendências hereditárias e os impulsos dos indivíduos.

⁶³⁶ CASTRO, V. *Op. cit.*, p. 91-92.

individuaes”⁶³⁷ e, assim sendo, “Sob o pretexto de prevenir crimes haveria uma violação insupportavel da liberdade”.⁶³⁸

Comenta também, em capítulo especial, as ideias centrais de Gabriel Tarde, a quem considera um “illustre juiz (...) uma honra e gloria da magistratura da França”⁶³⁹ e a quem o próprio Lombroso teria considerado um dos mais competentes dentre os seus críticos. Expõe sua concepção de classificação de criminosos (criminoso do campo e criminoso urbano, os que atacam a personalidade e os que atacam a propriedade), partindo da premissa de que não há um tipo criminoso – cada nação, raça tem seus próprios criminosos marcados pelos traços antropológicos que os caracterizam; e, ainda, sua teoria sobre a lei da imitação, pela qual explica o desenvolvimento e a propagação do crime (segundo a qual os homens tendem a reproduzir, mesmo inconscientemente, as ações de seus semelhantes).

Depois de apresentar as principais ideias de alguns dos pensadores que eram responsáveis pela transformação na ciência penal de então, passa o autor a analisar alguns temas centrais da Nova Escola.

A classificação dos criminosos (do psiquiatra italiano Marro; do professor de nevropatologia de Viena, Moritz Benedikt; do jurista Ferri e desenvolve por fim as características do tipo criminiso)⁶⁴⁰; os fatores do crime (físicos, com destaque ao clima, fisiológicos, como a hereditariedade⁶⁴¹ e morais, como a instrução primária e superior e a religião, as quais critica, de acordo com os positivistas, os quais não crêem na sua influência sobre a criminalidade.⁶⁴² Defende apenas a educação, esta em sentido amplo, mas que teria efeitos positivos mais sobre as crianças e não com relação aos criminosos natos, seja crianças ou adultos, e os criminosos habituais,

⁶³⁷ CASTRO, V. **A Nova Escola Penal**. Rio de Janeiro: Domingos de Magalhães, 1894, p. 96.

⁶³⁸ *Ibidem*, p. 96.

⁶³⁹ *Ibidem*, p. 97.

⁶⁴⁰ Conclui seu capítulo sobre a classificação dos criminosos afirmando que as críticas a elas “(...) nada valem, e a nova classificação científica dos criminosos vai todos os dias conquistando as adesões dos que preferem á inanidade bafola e rhetorica de desacreditadas idéas metaphysicas a realidade positiva dos factos.” (*Ibidem*, p. 158).

⁶⁴¹ Neste ponto menciona as ideias de Mme. Clemence Royer, apresentadas no segundo congresso de Antropologia Criminal em Paris, 1889, para quem a hereditariedade atua com mais força nos mestiços. Segundo esta autora os atos mais imorais são cometidos em épocas de grande civilização, pois nestas há um grande cruzamento de raças. Embora mencione a autora, não chega a se posicionar a respeito, não fazendo qualquer ponderação sobre esta concepção entre a ligação mestiços e criminalidade (*Ibidem*, p. 172).

⁶⁴² Assim afirma “Quando a perversidade da alma sufoca o sentimento da honra e abafa o grito da consciência, a sciencia é um presente funesto. Serve apenas de instrumento aperfeiçoado para a concepção calma, premeditada e fria de crimes hediondos”. (*Ibidem*, p. 178).

tidos como incorrigíveis.⁶⁴³ Comenta, ainda, o processo civilizatório e sua relação com a criminalidade, lugar comum para a época – na conclusão do autor houve uma diminuição quanto aos crimes contra a vida, mas um aumento nos atentados ao pudor e nos crimes contra a propriedade, pois a civilização dá ao homem o horror pelo sangue, mas aumenta-lhe o apetite para o gozo)⁶⁴⁴; o papel da mulher na etiologia do crime;⁶⁴⁵ a instituição do júri (outro lugar comum nas argumentações dos positivistas, contrários a tais instituições por julgarem com base no sentimento, ignorantes de questões científicas e técnicas, que o direito penal exige, sobretudo, nos parâmetros da nova escola, com tendência a absolver, sendo causa assim de aumento da criminalidade. Neste ponto o autor analisa o júri na realidade brasileira, expondo que no país esta instituição, além dos problemas apontados, não contava com qualquer prestígio da sociedade, seja dos jurados, dos advogados, não representando entre nós uma instituição de afirmação das liberdades democráticas);⁶⁴⁶ a sociologia criminal e suas aplicações à processualística penal (indicando reformas como a supressão do júri como medida radical e na espera desta, medidas paliativas como a exigência do voto público, deixar aos jurados a decisão apenas sobre a autoria do fato e encaminhar questões técnicas de medicina legal, toxicologia, psiquiatria à competência de júri especial constituído apenas por médicos notáveis, de acordo com as orientações da nova escola,⁶⁴⁷ a extensão do

⁶⁴³ Assim se expressa: “O sonho da escola correccionalista é hoje uma utopia desprezada, um erro pulverizado pela experiência quotidiana. O numero de reincidentes sempre em aumento (...) demonstra a incorrigibilidade do criminoso nato e do criminoso de habito ou profissão.” (CASTRO, V. **A Nova Escola Penal**. Rio de Janeiro: Domingos de Magalhães, 1894, p. 186). Neste ponto apresenta as teorias de Turatti em seu livro “O Delicto e a questão social”, teorias de cunho socialista que identificavam na miséria a principal causa da criminalidade. Apresenta a crítica de Garofalo para quem não é a miséria e sim a particularidade do estado psíquico que impele ao delicto – concorda ao final com Garofalo e não com Turatti. E apresenta ainda estatísticas que demonstravam um índice de criminalidade ainda maior nas classes proprietárias que nas classes operárias. (*Ibidem*, p. 188-189).

⁶⁴⁴ *Ibidem*, p. 201.

⁶⁴⁵ Aqui discorre sobre a monografia de Giuseppe d’Aguanno apresentada no segundo Congresso de Antropologia Criminal de Paris, a qual expõe as seguintes teses: de que a mulher contribui como agente direto de delicto menos do que o homem, por sua inferioridade intelectual e por suas características orgânicas, menos agressivas; mas que podem ser causas excitadoras para o aumento da criminalidade, bem como elemento moderador, dependendo da influência que causa no homem; para estimular a segunda e não a primeira influência deve-se dar a mulher uma educação mais elevada e superior. Conclui com Dr Emilio Laurent, para quem a mulher apresenta menor índice de criminalidade porque encontra na prostituição um derivativo do crime e Lombroso para quem a prostituição é um equivalente do crime. Mais uma vez, trata-se de uma análise mais explicativa, no qual Viveiros de Castro não assume posicionamento crítico ou explicitamente favorável. (*Ibidem*, p. 203-213).

⁶⁴⁶ *Ibidem*, p. 217-245.

⁶⁴⁷ “se a justiça não quer julgar cegamente, ferindo inocentes, se quer salvaguardar os direitos individuaes, é de seu rigoroso dever apelar para as luzes dos especialistas, únicos que podem dissipar as duvidas e esclarecê-las sobre a culpabilidade ou inocência dos accusados”

direito de revisão não apenas ao acusado, mas ao Ministério Público, a introdução do *Casier Judiciaires*, que consiste em registrar no distrito natal do criminoso as condenações em qualquer lugar e época, para fins de controle de antecedentes; a separação entre magistratura civil e criminal, por esta exigir conhecimentos mais específicos de antropologia e sociologia criminal, medicina legal, anatomia, psiquiatria, estatística; inserir-se nas prisões e estudar o criminoso);⁶⁴⁸ as diferenças entre ação pública e ação privada no direito penal (contra a qual se coloca a partir dos fundamentos da nova escola, sobretudo, a necessidade de defesa social);⁶⁴⁹ o hipnotismo,⁶⁵⁰ a embriaguez,⁶⁵¹ a questão da infância abandonada (que considera

(LACASSAGNE, L’Affaire Guindrand-Jouve, p. 17 *Apud* In: CASTRO, V. **Questões de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1900, p. 84).

⁶⁴⁸ Neste capítulo Viveiros de Castro mais uma vez aponta o atraso dos magistrados brasileiros: “Si na França e na Italia onde a instrução criminal é aliás tão completa, a magistratura provoca criticas d’esta ordem, o que podemos dizer de grande numero dos nossos magistrados que na sua inocente paz de espirito nem sequer pressupõem a existência da anthropologia e da sociologia criminal?” (CASTRO, V. **A Nova Escola Penal**. Rio de Janeiro: Domingos de Magalhães, 1894, p. 267).

⁶⁴⁹ “A divisão da ação penal em publica e privada deve desaparecer dos códigos modernos, porque não se conforma com o fundamento racional do direito de punir, não atende á classificação scientifica do criminoso, não passa emfim de uma longínqua reminiscência da idéa da vingança, que foi nos tempos primitivos o conceito justificativo da pena (...) Não há motivo que justifique a acção privada no direito penal. O único fundamento da pena é a defesa social posta em perigo pela temibilidade do delinquente.” (*Ibidem*, p. 276, p. 291). Sobre este tema critica energicamente o código penal brasileiro que previa esta divisão inclusive determinando crimes que apenas à parte ofendida caberia provocar a ação. Analisa esta questão também no seu livro “Delitos contra a honra da mulher” por envolverem exatamente estes tipos de crime que exige a ação privada. (CASTRO, V. **Delitos contra a honra da mulher**. Rio de Janeiro: João Lopes da Cunha Editor, 1897, p. 179-212). Assim argumenta: “Não compreendo a justificação do direito de queixa privada. O fundamento da pena é a defesa social, seu critério a temibilidade do delinquente. Para que as sociedades existam é necessário que a lei assegure e garanta os direitos de todos pela proteção concedida aos direitos de cada um. Quem fere esses direitos, quem revela a falta dos instinctos primordiais de piedade ou probidade, não comete uma leção individual, e sim também coletiva, porque a sociedade coleção de individuos, como o organismo humano é uma collecção de células, sente-se perturbada em sua segurança pelo ataque que sofreu um de seus membros. O delinquente é portanto um individuo perigoso, porque mostra-se em plena forma grosseira e primitiva de animalismo, não adaptável á vida social. Mata-se o cão damnado que quer morder. Sequestra-se ou elimina-se o delinquente, que é uma ameaça viva e permanente contra a vida ou a fortuna dos cidadãos pacíficos. Ora deixar ao ofendido o direito de perdoar, de provocar ou não a acção da justiça, é torna-lo o arbítrio da repressão, é pôr em perigo a segurança comum. Interesses tão sérios não podem ficar dependentes do capricho individual.” (*Ibidem*, p. 186-187). Como se pode perceber a argumentação de Viveiros de Castro permeia os fundamentos centrais da nova escola – o criminoso como um selvagem, a defesa social, temibilidade, eliminação do criminoso da sociedade, por ser inadaptable e uma de suas premissas, ou seja, a concepção da sociedade como um organismo constituído por células que são os individuos.

⁶⁵⁰ Expõe aqui as diferentes opiniões que dão soluções opostas à questão do hipnotismo no direito penal: a escola de Salpêtrière (o hipnotizado apenas segue as sugestões do hipnotizador em assuntos insignificantes e que estejam de acordo com seu caráter) e a escola de Nancy (para a qual o hipnotizado está sempre sob a sugestão do hipnotizador, mesmo quando não está de acordo com o seu caráter. Assim tornando-se desse mero instrumento, um verdadeiro autômato). (CASTRO, V. **A Nova Escola Penal**. Rio de Janeiro: Domingos de Magalhães, 1894, p. 308-310). Também destaca a forte discussão que este assunto despertou no terceiro Congresso de Antropologia Criminal em Bruxelas, em 1892. Aponta que no Brasil em nenhum foro até então havia qualquer processo invocando irresponsabilidade pela sugestão, inclusive afirma que o seu livro era o primeiro a desenvolver de maneira tão completa o assunto. O jurista brasileiro tende a seguir a tese de que

ignorada em nosso país, à época, justamente por conta da ignorância “vergonhosa e crassa” com relação aos problemas de sociologia criminal. Defende a necessidade de estabelecimentos de educação moral, para correção do caráter e aprendizado de um ofício, para assegurar no futuro uma vida de meios honestos e lucrativos; contrário ao envio dos menores às casas de Detenção, onde apenas seriam mais contaminados pelos vícios do crime e afetados pela lei da imitação. Menciona elogiosamente a opção das colônias penais agrícolas);⁶⁵² o contágio do crime (aqui expõe a teoria de Paul Aubry, alienista francês, do qual confessa não ser um sectário de suas ideias, mas entende ser uma teoria que vale à pena apresentar. Neste ponto, apesar de considerar exagerada esta teoria, declarando-se determinista, entende que esta condensa uma grande soma de verdade);⁶⁵³ os regicidas (apresenta a teoria do médico Emmanuel Régis, alienista, apresentada no segundo Congresso de Antropologia de Paris, segundo a qual há falsos e verdadeiros regicidas – nestes o atentado decorre de um estado particular de espírito, naqueles é obra sem conexão imediata com ideias delirantes); os oradores do júri (em que critica o então desleixo e inabilidade dos advogados na prática oratória do júri).

Sobre a importância da perícia, o que já aparece nessa obra, quando comenta a reforma do júri, Viveiros de Castro a ressalta ainda mais, em um texto publicado em 1894, chamado “Attentados ao pudor”. Neste o jurista busca fazer uma

embora os equilibrados e fortes possam resistir às sugestões, o mesmo não ocorre necessariamente com os degenerados, incapazes de uma resistência mais forte.

⁶⁵¹ Considera a irresponsabilidade em estado de embriaguez um perigo social. Apresenta algumas teorias que buscam estabelecer uma solução para a definição da responsabilidade no estado de embriaguez. Dá destaque à teoria de Garofalo, segundo a qual deve-se distinguir entre duas situações: aquela em que a embriaguez apenas exagera o caráter, do alcoolismo, uma enfermidade capaz de mudá-lo. O primeiro deve ser punido e o segundo tratado, em um asilo, misto de prisão com hospital, apenas saindo o indivíduo depois de curado. Apresenta, ainda, a teoria de Morel sobre a degeneração, identificando vários tipos de degenerências a partir do excesso de álcool, que se transmitem do indivíduo afetado, pelo alcoolismo, para seus descendentes na forma, principalmente, de doenças mentais. Indica que a medida mais eficaz de combate ao alcoolismo seria a proibição da fabricação e venda do álcool, mas lamenta que esta medida não atraia os políticos, que não querem perder eleitores, além de ser uma afronta à liberdade individual – e assim conclui: “Triste e miserável liberdade, que permite ao homem degradar-se, embrutecendo sua descendência, legando ao mundo degenerados físicos e morais, seres condenados às penitenciárias e aos asylos. Até hoje recorrem a paliativos, medidas mancas, cuja ineficácia a experiência demonstrou. E assim será por muito tempo”.(CASTRO, V. **A Nova Escola Penal**. Rio de Janeiro: Domingos de Magalhães, 1894, p. 344-345).

⁶⁵² *Ibidem*, p. 347-359.

⁶⁵³ Em linhas gerais a teoria deste autor defende que o crime, assim como as doenças infecciosas se transmite-se quando há predisposição no indivíduo afetado. Ou seja, são necessários o contato e a predisposição. Com relação ao crime há indivíduos que oferecem resistência e outros que são a ele predispostos. Esta predisposição seria hereditária, por desequilíbrio do sistema nervoso, anomalias e deformações cranianas, uma má educação familiar, uma imprensa imprudente. (*Ibidem*, p. 362-372).

explicação, a partir das maiores autoridades no assunto da época (Krafft-Ebing, Mantegazza, Lacassagne, Julio de Mattos, Sighele...), sobre as principais aberrações dos instintos sexuais. Afirma neste texto também o seu pioneirismo na discussão desse tema. Contaminado pelo pessimismo do final do século, por conta do aumento do alcoolismo, do suicídio, da loucura, da criminalidade e das neuroses em suas várias manifestações, identifica o desenvolvimento espantoso destas aberrações dos instintos sexuais como sinais de degeneração agravados pela hereditariedade. A teoria de Morel é bastante influente na forma com que o autor interpreta estes “problemas” do final de século. As degenerações se transmitem pela hereditariedade e não se reproduzem, mas surgem nas gerações de diferentes formas, como uma aberração do instinto sexual, por exemplo.

Inspirado por um “espírito humanitário”, como sustenta, sua intenção é analisar esses fenômenos a partir da ciência para distinguir quais derivam de uma *alma* “estragada, corrompida e perversa”, que então devem ser punidos pela “severidade da justiça” e quais são manifestações da degenerência mental ou nervosa, de um impulso irresistível da vontade, os quais não devem ser punidos, mas tratados em asilos de alienados.

É interessante como Viveiros de Castro mescla a escola clássica com a positiva: seu fundamento é a partir da positiva, a defesa social, mas uma das conclusões será segundo a clássica – a irresponsabilidade dos degenerados. Vejamos como expõe:

(...) não tem valor o argumento de que essa teoria, isentando da responsabilidade os degenerados, compromete a segurança social pela impunidade do crime. O fundamento da pena é a defesa social posta em perigo pela temibilidade do delinquente. Logo que ele se revela um individuo perigoso, seja criminoso ou louco, a sociedade o sequestra de seu seio no interesse da segurança publica. É certo que ele é degenerado, mas faz mal, é perigoso e ninguém se expõe ao sacrifício para divertimento dos loucos. Reconhecido seu carater impulsivo, o juiz manda recolhê-lo aos azylos de alienados. A sociedade pois não corre o menor risco com a admissão dessa teoria.⁶⁵⁴

É curioso o fato de Viveiros de Castro não mencionar o termo “manicômios criminais”, uma das instituições mais defendidas pela Nova Escola – apenas se refere a “asilos de alienados”, uma instituição para alienados e não loucos

⁶⁵⁴ CASTRO, V. **Attentados ao pudor**. Rio de Janeiro: Domingos Magalhães Editor, 1895, p. 364-365.

criminosos. Ainda, seu tom “positivista” aqui é mais sutil do que o de João Vieira, que entendia, como os criminalistas da escola positiva, que os loucos ou menores deveriam ser punidos – a única diferença seria o tipo de punição. Para Viveiros de Castro, todavia, o reconhecimento médico da loucura, identificando não se tratar de um “malvado”, pode evitar inconvenientes como punir o degenerado, agravando ainda mais sua patologia, e indicar o tratamento, pelo qual em alguns casos curáveis, pode transformar um indivíduo perigoso em um cidadão útil à sociedade.⁶⁵⁵

Em Viveiros de Castro parece prevalecer a influência “clássica” – aos degenerados que não podem se autodeterminar não se aplica punição, porque são irresponsáveis. Em suas palavras: “Há o criminoso e há o degenerado. O primeiro deve ser punido, o segundo é irresponsável. O papel da justiça portanto deve ser a investigação mais completa, mais minuciosa do estado mental do acusado”.⁶⁵⁶ E neste ponto, nos termos da “nova escola”, defende a importância do exame médico legal, pois este estado mental só pode ser definido por especialistas, técnicos habilitados. E, imediatamente, rebate possíveis argumentos, contrários a esta ideia, baseados na invasão do direito pela medicina:

Nem se diga que assim procedendo apaga-se o papel do magistrado, converte-se ele em um simples rubricador das sentenças dos peritos, tornados em definitivo arbitros da repressão (...) a degenerencia mental e nervosa produz aberrações sexuaes, si taes degenerados não têm ou consciência dos actos ou vontade, para resistir aos impulsos, é de rigoroso dever apurar a condição psychica do acusado.⁶⁵⁷

Se são determinados, portanto, são irresponsáveis.

Em outra publicação, “Jurisprudencia Criminal”, essa mescla entre escolas também emerge em seu discurso. Em um texto específico desta obra, em que analisa algumas decisões, discorre sobre a responsabilidade dos epiléticos, a partir da análise de um caso específico. Para ele estes são irresponsáveis sempre, mesmo tendo cometido o crime em um momento lúcido – não são perversos, mas doentes mentais, com lesões cerebrais que produzem um conjunto psicológico profundamente, senão perpetuamente, perturbado. E, assim, questiona “Nestas condições quem póde afirmar a liberdade moral de um acusado reconhecidamente epilético?” Estes não devem ser presos, mas representando um perigo, devem ser

⁶⁵⁵ CASTRO, V. **Attentados ao pudor**. Rio de Janeiro: Domingos Magalhães Editor, 1895, p. 366.

⁶⁵⁶ *Ibidem*, p. 363.

⁶⁵⁷ *Ibidem*, p. 363-364.

segregados da sociedade e encaminhados para o asilo de alienados (por tempo indeterminado), resguardando-se assim a segurança social. Curioso notar que seu argumento aqui também parte da responsabilidade moral – estes doentes não a possuem e por isso a medida contra eles não é a punição, assim como o termo por ele usado não é manicômio criminal, mas asilo de alienados. Todavia, expõe amplamente sobre as similitudes entre o epilético, o louco moral e o criminoso (análise lombrosiana), estados patológicos nos quais há uma “intima afinidade de natureza”.⁶⁵⁸

Nesse texto ainda rebate a responsabilidade limitada (“a responsabilidade não é droga que se pese como os ingredientes farmacêuticos, contando miligrama por miligrama”), citando inclusive Afranio Peixoto, uma das grandes autoridades da Medicina Legal no Brasil, um dos discípulos de Nina Rodrigues e Franco da Rocha, então diretor do Hospício de Alienados de S. Paulo (ambos muito marcados pelo pensamento criminológico positivista). Na análise que faz de uma decisão específica, ele defende que o exame pericial não tem força obrigatória, não determina a decisão do juiz, mas é apenas mais um meio de prova. Ou seja, Viveiros de Castro é bastante cauteloso em conciliar sua defesa à necessidade dos exames periciais e ao mesmo tempo resguardar a autonomia e independência do juiz na hora de decidir. Não há uma invasão de poder, mas apenas a complementação de um saber, contribuindo para o estabelecimento da verdade, segundo Viveiros de Castro. Neste caso em específico, por exemplo, a declaração do médico da Casa de Detenção de que o réu era epilético foi suficiente para Viveiros de Castro, que como juiz não requereu exame pericial, por considerá-la satisfatória para definir o quadro psíquico do acusado.⁶⁵⁹

Em 1900, poucos anos depois da obra de divulgação, em que acidamente lamentava o atraso da cultura jurídica penal brasileira e sua ignorância quanto à evolução no direito penal, já proclamava morta a escola clássica e, mais otimista, afirma: “reunidos os elementos para a nova edificação como já se acha, si bem que esparsos, o arquiteto genial há de aparecer, como depois de Aristoteles e de Bacon apareceu Augusto Comte”.⁶⁶⁰

⁶⁵⁸ CASTRO, V. **Jurisprudência Criminal**: casos julgados, jurisprudência estrangeira, doutrina jurídica. Rio de Janeiro: Livreiro Editor, 1900, p. 131.

⁶⁵⁹ *Ibidem*, p. 114-134.

⁶⁶⁰ CASTRO, V. **Questões de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1900, p. 7.

Nessa obra de 1900, “Questões de Direito Penal”, Viveiros de Castro busca analisar alguns pontos do direito penal, articulando-os com os fundamentos da “nova escola”. Antes de analisar, por exemplo, o homicídio involuntário, traz as concepções de Garofalo e Tarde sobre a premeditação, segundo as quais esta não tem um caráter perigoso em si, ou seja, nem sempre ela tomada isoladamente revela o aspecto perverso do delinquente, tendo que ser combinada com os motivos que impeliram este ao crime, estes sim os mais importantes para se definir a gravidade do crime por revelar o grau de temibilidade e de inadaptação do indivíduo à vida social – o horror que inspira um crime não vem do ato contrário à lei em si, mas do motivo que o inspirou. Portanto, não se trata tanto do sentido jurídico, mas psicológico do crime. Repete as ideias de Garofalo, segundo as quais a rapidez do ato não tem relação com a natureza corrigível ou incorrigível do agente – esta se denota dos motivos e da forma de execução do crime.

De Garofalo também adota a solução para alguns tipos de crime – a indenização do dano. Para Castro, esta penalidade deveria aplicar-se aos casos em que o baixo grau de temibilidade do agente não justifica sua eliminação do corpo social.⁶⁶¹

Analisa ainda “A liberdade de consciência perante o Código Penal: Prática do espiritismo”. Neste capítulo Viveiros de Castro exprime um discurso liberal bastante maduro, defendendo a liberdade de culto, direito consagrado na Constituição de “espírito largo, liberrimo, tolerante”. Intolerante é seu tom contra “certas autoridades, acostumadas ao antigo regimen de uma Igreja official.” – aqui seu alvo são as autoridades policiais. Para Viveiros de Castro

Qualquer que seja a opinião individual da autoridade sobre o gráo de credibilidade que merece o espiritismo, perante a lei é ele uma religião tão respeitável como outra qualquer, quem a pratica não comete crime algum, exerce um direito que o Pacto Fundamental solemnemente reconhece e garante.⁶⁶²

⁶⁶¹ CASTRO, V. **Questões de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1900, p. 61-62.

⁶⁶² *Ibidem*, p. 65

Crime não é a prática do culto, mas sim o seu uso para iludir a boa fé alheia e extrair lucro de tal prática – mas então não se trata de prática de religião, mas sim de estelionato.⁶⁶³

Nestes termos Viveiros de Castro se exprime:

É necessário republicanizar a Republica. Com efeito é preciso que a larga tolerância ou antes a liberrima abstenção da Lei diante da consciência do cidadão não seja sofismada sob pretexto algum. Processar alguém porque professe tal crença religiosa é violar a letra e o espirito da nossa Constituição, é desconhecer a índole de um regimen democrático (...)⁶⁶⁴.

Na obra “Delictos contra a honra da mulher”, quando analisa as agravantes deste tipo de crime, inspirado pelo espírito liberal que determina a separação entre Estado e religião (do qual uma das consequências é a liberdade de culto, como analisada acima), defende que o fato de ser padre não deve ser considerado uma agravante, pois “perante a lei não há clérigos nem seculares, há apenas cidadãos, tendo direito á igualdade na recompensa e á igualdade no castigo”.⁶⁶⁵

Também demonstra seu espírito liberal quando analisa “A Critica Litteraria e suas imunidades: A Liberdade Jornalística” e “A Liberdade Profissional”. Para Viveiros de Castro a crítica literária, se excedente, pode gerar uma ação civil de indenização, mas não corresponde a uma injúria, não estando no âmbito do direito penal, portanto. Torna-se injúria quando atinge a pessoa e não a obra. Assim se exprime o jurista:

É certo que nem sempre a critica é moderada, cortez, imparcial, que muita vez torna-se virulenta, apaixonado, descortez, parcial, agredindo com vehemencia, ou manejando a arma perigosa do ridículo. Mesmo assim, entendo que não incide ella na sancção penal. São certamente lastimáveis estes excessos. Porem mais lastimável ainda seria amordaçar a critica, a liberdade de discussão, punindo-a como injuria.⁶⁶⁶

Defende veementemente a liberdade de expressão, defendendo também a liberdade jornalística com relação a funcionários públicos e homens públicos – aqueles têm o direito de censurar os atos destes, uma vez que esta liberdade de apreciação e censura é da essência do regime republicano.

⁶⁶³ CASTRO, V. **Questões de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1900, p. 65-66.

⁶⁶⁴ *Ibidem*, p. 78.

⁶⁶⁵ CASTRO, V. **Os delictos contra a honra da mulher**. Rio de Janeiro: João Lopes da Cunha Editor, 1897, p. 151.

⁶⁶⁶ CASTRO, V. *Op. cit.*, p. 227.

Com base no direito de liberdade profissional considera não cometer crime o indivíduo que realiza o ofício de curandeiro, afinal, a Constituição republicana garante o livre exercício de qualquer profissão independentemente de título ou diploma científico. Responde apenas criminalmente quando de sua prática, para a qual deve estar habilitado, decorrerem consequências danosas àqueles que se submeteram aos seus serviços – morte, lesão corporal etc. Para Viveiros de Castro “A liberdade profissional, independentemente de qualquer título científico, de qualquer diploma universitário, é um princípio que a razão justifica e aprova, que felizmente foi sancionado na Constituição Política da República”.⁶⁶⁷

O espírito liberal de Viveiros de Castro está tão presente em seus textos quanto os mestres do positivismo penal e seus fundamentos, os quais podem ser vistos como anti-liberais (a defesa social é um fundamento que coloca a sociedade e não o indivíduo em primeiro foco, há a demanda de uma intervenção estatal forte por meio das instituições de repressão e tratamento em nome da defesa social, bem como em função do foco preventivo, que tende a atingir as causas da criminalidade, o critério da temibilidade é bastante subjetivo, porque foca o sujeito e não o ato, o que pode comprometer a legalidade, também colocada em risco pela defesa de mais arbítrio por parte do juiz).

Afinal, o positivismo penal teria surgido num contexto de crise do liberalismo. Ele surge na Itália em um contexto de desgaste liberal: emergiam as ideias socialistas e apareciam reivindicações que demandavam do Estado um maior intervencionismo – a área penal é especialmente tocada, pois o aumento da criminalidade é atribuído ao falho sistema penal liberal. O socialismo contribui ainda para o desgaste do individualismo, centro da ordem burguesa, e para a valorização da sociedade em detrimento do indivíduo.

Como já se demonstrou, Lombroso foi marcado em seu percurso acadêmico e político pela preocupação em gerir os riscos sociais da Itália, como médico e agente do Estado buscava ser interventor da realidade. Chega a filiar-se ao socialismo. Ferri declarou-se marxista e buscava conciliar, como já se pontuou, marxismo, evolucionismo e darwinismo e torna-se um dos personagens mais influentes do partido socialista. Apenas Garofalo, aristocrata conservador, avesso ao

⁶⁶⁷ “Plena liberdade profissional tem como correlativo necessário efectiva responsabilidade. A lei garante o exercício da profissão, mas não protege os embustes da fraude ou a imprevidência criminosa dos charlatães.” (CASTRO, V. **Questões de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1900, p. 352).

socialismo, pode ser enquadrado em um liberalismo à la Spencer e Malthus, marcado pelo darwinismo social, pregando pouquíssima intervenção do Estado, devendo este apenas incidir sobre as “classes perigosas”.

Segundo Ricardo de Brito, as mudanças na relação entre Estado e sociedade, no final do século XIX, marcaram a ciência jurídica. Tanto o positivismo penal quanto o socialismo emergem em um contexto mais amplo de falência do modelo liberal de Estado – a falácia da igualdade formal que não se reproduzia na realidade era o seu principal ponto fraco. Há uma gradativa tensão entre as classes, pois a desigualdade impede que a maior parte das pessoas possa fruir dos direitos garantidos na lei. Como afirma Britto, “a época em que nasce o positivismo penal corresponde exatamente à transformação do Estado liberal em um Estado liberal-democrático que apontava para um incremento da atividade estatal na direção de uma maior intervenção social”.⁶⁶⁸ Neste contexto de transição de um Estado mínimo para um Estado interventor, a ciência penal passa a voltar-se também para a realidade social, com fins de nela intervir, para conter a criminalidade e as massas.

Quando é absorvido no Brasil o pensamento criminológico, o país se aproximava do fim da escravidão, da transição do Império para República. Como já demonstrado, o liberalismo foi também o instrumento legitimador do Estado Republicano que, todavia, na prática assumiu um perfil bastante autoritário. O Estado Republicano foi um Estado que tendeu à intervenção, mas não pela via da consolidação dos direitos sociais e políticos, mas como Estado interventor no que se refere ao controle da população (polícia, higiene pública).

De qualquer modo, os juristas tendiam a vincular-se ao discusso liberal. Liberalismo e positivismo penal não se excluíam, como é o caso de Viveiros de Castro, declaradamente liberal e adepto da nova escola penal.

Apesar de Viveiros de Castro fazer uso constante do termo “democracia” em tantas ocasiões em que sustenta as diferentes liberdades garantidas pela Constituição, seria temerário e precipitado considerá-lo um liberal-democrata, mesmo para a época. Pois, ainda que defenda o direito de voto às mulheres, não deixa de sustentar as diferenças entre os dois sexos - a mulher mais sentimental e menos intelectual, por exemplo - e nesta sorte sustenta até a desigualdade no que se refere à imputabilidade. Na análise dos delitos contra a honra, ao negar o direito

⁶⁶⁸ FREITAS, R. B. A. P. **As razões do Positivismo Penal no Brasil**: a dismensão do antigarantismo na doutrina penal brasileira (1884-1936). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 52.

da mulher de prestar queixa contra o marido, é latente a dose de conservadorismo moral, que prestava contas a um modelo de família patriarcal, baseado na desigualdade entre homens e mulheres, como se analisou acima. Embora afirme, neste mesmo texto, “Delictos contra a honra da mulher”, que “Em uma sociedade democrática como a nossa não considero motivo serio desigualdade de côr ou de classe.”⁶⁶⁹, não fala de fora do discurso racial, o qual se baseia na desigualdade natural entre as raças, sendo a negra inferior à branca e, no processo de mestiçagem, destinada a perecer, como bem expõe no seu texto de 1895 “Attentados ao pudor”:

O Brazil oferece n’esse momento de uma evolução histórica, a um observador competente, um fenômeno curioso a estudar, uma raça que se forma pela fusão de três raças diferentes, o portuguez, o africano e o índio (...) Assistimos a mais uma confirmação da lei de Darwin, a raça mais forte suplantando a mais fraca na lucta pela existência. Os negros tendem a desaparecer, absorvidos na raça branca e desse cruzamento surge o typo genuinamente nacional, influenciado pelo clima, o mulato, desde o bem escuro até o que se dis descendentes dos varões feudais, trahindo porem a origem nos lábios e nas unhas.⁶⁷⁰

Porém, não parece pessimista como Gustave Le Bon (que como vimos, via no cruzamento a causa de degeneração, assim como Gonineau) com relação ao nosso povo. Para este autor francês o povo brasileiro era uma raça sem energia, sem moralidade, sem vontade. Mas questiona Viveiros de Castro, “Merecemos o conceito severo do professor francez?”⁶⁷¹ O jurista brasileiro segue explanando o caráter brasileiro, marcado pela sensualidade e pelo amor e questiona: trata-se “(...) apenas de uma exuberancia do instinto sexual ou já estamos na degenerescência?” E lamenta: “Não pude resolver o problema. Ahi fica, esperando resposta de observadores mais felizes”.⁶⁷²

Embora não concorde com as conclusões pessimistas do autor francês, afinal isto seria decretar o fracasso do povo brasileiro, comunga de suas premissas, premissas que estão muito distantes de um liberalismo democrático, justamente porque partem do pressuposto da desigualdade, de uma desigualdade natural e

⁶⁶⁹ “Não temos empregos aristocratas e empregos humildes. Mulatos e negros ocupam as mais altas posições em todos os ramos da atividade social. A oposição ao casamento somente é justificada se funda-se em algum motivo particular de honra ou na falta de qualidades moraes no seductor, ser ele ébrio, dissoluto, etc.” (CASTRO, V. **Os delictos contra a honra da mulher**. Rio de Janeiro: João Lopes da Cunha Editor, 1897, p. 211-212).

⁶⁷⁰ CASTRO, V. **Attentados ao pudor**. Rio de Janeiro: Domingos Magalhães Editor, 1895, p. I.

⁶⁷¹ *Ibidem*, p. II.

⁶⁷² *Ibidem*, p. III.

insuperável, que tende, mais do que apenas a excluir, a sedimentar um discurso de eliminação (seja natural, seja artificial) a partir de uma ótica darwinista social.

Como compreender esta combinação entre um liberalismo expresso e a adesão veemente à nova escola penal? Bem, problematizando o discurso de Viveiros de Castro e indo além da palavra “democrático” que usa, não fica tão difícil assim compreender a compatibilização destes discursos.

Para os juristas brasileiros, como Viveiros de Castro, na verdade, não há contradição entre liberalismo e positivismo penal. Afirmam-se liberais a todo o momento: defendem o princípio da legalidade, são contra o abuso do poder policial, resguardam a liberdade de expressão, de profissão e de culto e ao mesmo tempo assumem a defesa social como o fundamento da pena, a temibilidade como critério de punição, a pena de morte como meio de eliminação dos inadaptáveis.

A dualidade liberal liberdade-ordem refletiu uma dualidade de sujeitos, homens honestos-malfeitores. Esta dualidade não é própria apenas do positivismo penal, faz parte da cultura penal desde Beccaria e Bentham. O campo de exclusão esteve sempre presente ao lado do espaço sacro (da inclusão). Uma tendência do liberalismo, mais radical, de fato, representou lutas para incluir cada vez mais sujeitos neste campo sacro: mulheres, negros (no século XX e XXI os homossexuais). Não se pode negar o aspecto positivo e as margens de possibilidade de abertura que o liberalismo apresenta, em que pese sua dualidade. O liberalismo conservador, todavia, que prevaleceu no Brasil, também na República, conteve as arestas do âmbito sacro, criando cada vez mais marcadores da diferença e, neste aspecto, o pensamento criminológico tornou-se bastante útil.

Esse tom republicano e democrático de Viveiros de Castro, embora um passo à frente do liberalismo do Império, afinal não se tem mais escravos, ainda está muito vinculado a uma lógica conservadora que tendeu a prevalecer sobre a radical, pois a cisão da humanidade (construída pelo discurso racial, pelas lentes evolucionistas e darwinistas sociais) é um pano de fundo a partir do qual Viveiros de Castro concebe a criminalidade e as formas de combate a ela. Em vários momentos do seu texto esta cisão emerge, como quando defende a pena de morte e em sua forte adesão a Garofalo, um dos mais conservadores dos criminólogos positivistas.

Talvez se possa afirmar que esta “não percepção” dos juristas brasileiros de uma “possível” (ainda que aparente) incompatibilidade entre liberalismo e positivismo penal denuncia a própria dualidade liberal, que pressupõe um campo de

exclusão: para quem está fora do espaço sacro da liberdade – o criminoso/malfeitor – se aplicam premissas cujas consequências podem ser a afronta aos seus direitos individuais. Assim, deve prevalecer a segurança social que age contra os malfeitores e protegem os direitos individuais dos incluídos no espaço sacro. Neste sentido a defesa social e a defesa dos direitos individuais não são incompatíveis – pois defende-se a sociedade constituída pelos indivíduos que compõem o espaço sacro, enquanto os meios de defesa social aplicam-se àqueles que estão fora, e com relação a estes as garantias individuais podem ser suspensas.

Portanto, tratava-se de uma combinação bastante possível uma vez que o positivismo penal é a exacerbação de um dos aspectos do liberalismo - ordem/segurança - que se intensifica juntamente com a sua crise. Crise que na Europa ocorre muito antes do que no Brasil, mas que, sobretudo, nas primeiras décadas do século XX, aqui também se passará, com a disseminação das ideias socialistas e anarquistas e o agravamento das questões sociais. Não à toa, neste mesmo período, o pensamento criminológico aqui se fortalece, angariando novos adeptos fervorosos como Moniz Sodré, Candido Motta, Esmeraldino Bandeira, Evaristo de Moraes, Lemos Britto e outros mais moderados como Lima Drummond.

4.2.3 João da Costa Lima Drummond: uma adesão moderada e conciliatória

Lima Drummond foi juiz da Corte de Appelação, lente catedrático de direito criminal da Faculdade Livre de Ciências Jurídicas e Sociais do Rio de Janeiro, por mais de dez anos (durante um período, inclusive, juntamente com João Baptista Pereira) e membro honorário do Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros. Foi um jurista bastante ativo e de forte influência no campo criminal. Suas preleções de direito criminal elaboradas por Paulo Domingues Vianna foi uma das obras mais consultadas, por exemplo, na Faculdade de Direito de Curitiba, conforme analisado na pesquisa de Paulo Drummond Dias.

Esse jurista, embora bastante familiarizado com as novas ideias, mostra-se mais moderado e cauteloso em declarar-se um adepto ou propagandista.

Começemos analisando uma obra sua, publicada em 1898, a qual corresponde, como explica em seu prólogo, a um conjunto de publicações em

jornais e revistas jurídicas do Distrito Federal. Já na apresentação justifica a elaboração de tal obra em função “da valiosa contribuição trazida á sciencia do Direito Penal pela aplicação do methodo experimental e de observação aos fenômenos jurídicos, com que ella se preocupa e do intuito de acentuar e limitar o verdadeiro alcance de semelhante contribuição, em certos assumptos peculiares á mesma sciencia.” Ou seja, sua intenção é mostrar não só as contribuições das novas ideias, mas também os seus limites. Já se percebe o tom do autor, não laudatório, mas cauteloso, receptivo, mas também em certo sentido contido. A outra razão que o faz publicar estes textos, ainda, era a discussão no Congresso Nacional sobre a reforma do Código Penal de 1890, sobre a qual alguns capítulos já podemos analisar. Para Lima Drummond, a vinda do novo Código Penal não deveria ser apressada, “(...) com prejuizo da utilissima collaboração que ainda podem trazer, a esse monumento legislativo, criminalistas pátrios”.⁶⁷³

O jurista brasileiro narra o processo de aprovação de um dos votos do primeiro Congresso de Antropologia Criminal (1885), em que se discutia a possibilidade de aceitação da doutrina antropológica no novo Código da Itália e sua utilidade. A conclusão foi no sentido de que ainda não era possível se reduzir em preceitos legais as ideias da escola positiva e que, enquanto isso, as reformas sugeridas, que poderiam ser adotadas nos códigos, fossem independentes do acolhimento de um ou outro sistema, aprovando-se assim a proposta de Moleschott, segundo a qual as legislações deveriam ter em conta, em sua evolução progressiva, a teoria da escola positiva de antropologia criminal. Lima Drummond recomenda, para o Brasil, exatamente a orientação dada no Congresso – a necessidade de se considerar as novas teorias e adaptar a legislação gradativamente, progressivamente, o que explica também o porquê de Lima Drummond não ter pressa em ver aprovada a reforma do Código.

Nesse texto, Lima Drummond, ao discorrer sobre a tentativa, afirma que este é justamente um tema sobre o qual o Congresso Nacional, motivado pela reforma do Código, deve levar em consideração a teoria da escola positiva de antropologia criminal. Defende a concepção desta corrente, portanto, dando destaque à Garofalo, segundo o qual para se punir a tentativa deve-se levar em conta a intenção criminosa e a temibilidade do agente e não a diferença entre atos preparatórios e

⁶⁷³ DRUMMOND, J. C. L. **Estudos de Direito Criminal**. Rio de Janeiro: Maemert & C.- Editores, 1898, p. 1.

atos executórios, levada em consideração pela teoria objetiva, seguida pelos clássicos e pelos códigos em geral (o nosso de 1830, o de 1890 e inclusive o projeto de reforma de 1893, elaborado por João Vieira de Araújo).⁶⁷⁴

Outro tema polêmico trazido em discussão pelo autor neste texto refere-se à prisão preventiva. Afirma Drummond:

Por maior que seja, no entanto, o respeito tributado á liberdade individual e por mais preciosas que se afigurem as garantias a ella outorgadas, em um paiz civilizado, neste século – não se concilia a abolição completa da prisão preventiva com a necessidade de conservação da ordem social pela tutela da ordem juridica (...) Multiplas e valiosas, portanto, consolidam o mérito da doutrina que justifica a prisão preventiva subordinada a inadiáveis exigências de utilidade social. É mister harmonizar os direitos do individuo e os da sociedade em proveito do equilíbrio racional e positivo desses direitos igualmente respeitáveis.⁶⁷⁵

Percebe-se que o jurista não deixa de apreciar a necessidade de proteção aos direitos individuais, mas busca conciliá-los com a necessidade de defesa social e, nesse trecho, o argumento da utilidade social, para justificar a necessidade da prisão preventiva, parece prevalecer à liberdade individual.

De acordo com o Código Penal de 1890, seguindo o decreto 774/1890, computa-se a prisão preventiva na execução da pena, mas segundo Lima Drummond esta regra não era seguida de forma uniforme pelos magistrados, devendo o legislador intervir neste impasse e explicitar, exatamente, como fazer esta computação (facultativa ou obrigatória, integral ou parcial, qual o período – anterior à condenação ou posterior a esta e anterior à sua irrevocabilidade).

Lima Drummond era contrário a essa disposição⁶⁷⁶ – a computação plena vai de encontro à eficácia da pena, que não se refere apenas à duração, mas também à intensidade (tratamento especial, disciplinas que fazem parte da execução da pena apenas e que não ficam submetidos àqueles que por artimanhas processuais, “argucias e subtilezas da rabulice, conseguem prolongar sua permanência na

⁶⁷⁴ Segundo Lima Drummond: “Deve-se punir a criminalidade do agente revelada inequivocadamente pelos actos exteriores e não um facto acompanhado da criminalidade do agente. Reside, pois, a verdade na inversão da formula de Carrara (...) se os actos praticados patenteiam pela sua inequívoca significação a temibilidade do criminoso, porque não puni-los como uma verdadeira tentativa?” (DRUMMOND, J. C. L. **Estudos de Direito Criminal**. Rio de Janeiro: Maemmert & C.-Editores, 1898, p. 9-10).

⁶⁷⁵ *Ibidem*, p. 49.

⁶⁷⁶ Contrário também ao artigo 54 do Projeto de 1893, que teria ampliado o artigo 60 do código de 1890, abrangendo também o tempo da suspensão administrativa que deveria ser descontada na pena imposta. (*Ibidem*, p. 57).

Detenção esvaindo-se da Correção).” Para ele, apenas usufruíam das vantagens de um “sentimentalismo mórbido – pérfido mentor em questões penaes” os criminosos “temíveis pela audácia, os quaes graças á exquiritice legal, deixavam quase sempre de penetrar na Casa de Correção”.⁶⁷⁷ Para o jurista, a computação deveria ocorrer apenas depois de uma análise criteriosa das circunstâncias em que o processo foi organizado, bem como do caráter do criminoso.

Outro aspecto comentado pelo autor refere-se à prescrição penal. Faz uma explanação de como esta se deu na legislação brasileira: no Império as penas não prescreviam em tempo algum e a ação criminal dependia de um tempo graduado, conforme a gravidade do crime; no Código de 1890, estabeleceu-se tanto a prescrição para a condenação, quanto para a ação, com os mesmos prazos. No projeto de 1893 assim também se determinou, sendo, porém, mais curtos os prazos para a prescrição e não admitindo esta para a condenação ao ergástulo.

Lima Drummond tem uma posição dura com relação à prescrição, entendendo, por exemplo, a reincidência como interrupção deste instituto, algo que lamenta não ter sido previsto pelo projeto de 1893. Para o jurista, a prática de novos crimes reascende o alarma social, elimina um dos fundamentos da prescrição (o restabelecimento da ordem e fim do alarma social pelo decurso do tempo – argumento de Carrara) e demonstra a temibilidade do malfeitor (concebida esta nos exatos termos de Garofalo, como a ausência dos sentimentos altruístas fundamentais que constituem a moral contemporânea).⁶⁷⁸ Assim, para Lima Drummond, a prescrição só deve persistir quando combinada com a comprovada transformação moral de delinquente. Neste aspecto, segue uma das bases da escola positiva – o foco no criminoso e não no ato – muito mais do que o simples decurso do tempo é necessário avaliar o caráter do delinquente. Sua adesão à nova escola neste sentido é expressa: “Apregoal-a, porém, como norma proveitosa mesmo quando o procedimento ulterior do delinquente tem confirmado o diagnostico de sua incorrigibilidade, é registrar entre as cousas indiscutíveis a imprevidência do legislador. Tal é o ensinamento da *Nuova Scuola* (...)”.⁶⁷⁹

Acompanhando a linha de raciocínio apontada por Marcos César Alvarez, podemos identificar num trecho de Lima Drummond a tentativa de identificar,

⁶⁷⁷ DRUMMOND, J. C. L. **Estudos de Direito Criminal**. Rio de Janeiro: Maemert & C.- Editores, 1898, p. 55.

⁶⁷⁸ *Ibidem*, p. 74.

⁶⁷⁹ *Ibidem*, p. 70.

combinar as duas escolas. Lima Drummond é bem claro quando neste ponto exprime sua percepção de que as duas escolas tinham divergências muito mais aparentes do que reais e que a legislação deveria absorver elementos de ambas as escolas, desde que compatíveis às circunstâncias reais. Portanto, não se tratava tanto de definir qual escola uma legislação deve adotar, mas quais elementos das diferentes correntes absorver, levando em conta as necessidades do meio. Em suas palavras:

(...) as divergências entre a escola clássica e positiva, sendo muitas vezes menos reais que aparentes em suas consequências praticas, resultando da virulência com que se exerce a propaganda das novas idéas e da systematica opposição do inveterado classicismo, não impedem que os sectários de ambas as escolas contribuam para a elaboração das leis, desde que se adaptem o mais possível os seus princípios ao meio e ás circunstancias para que se legisla (...) O que convém é que se congreguem os esforços de todos os criminalistas afim de serem banidos do direito escripto essas demasias rethoricas que tão escandalosamente protegem aos criminosos contra a sociedade.⁶⁸⁰

É importante perceber que, em Lima Drummond, a questão não é apenas verificar que em alguns pontos as escolas não são assim tão diversas, mas também a utilização de suas ideias tendo em vista sempre o contexto em que serão aplicadas as leis que delas fizerem uso. Assim se exprime: “É mister atender aos temperamentos e ao meio a que se destina a lei, afim de preservar a sua contextura da influencia nefasta do empirismo”.⁶⁸¹ E pensando especificamente na utilização destas ideias no Brasil, encerra este trecho do texto insistindo “ (...) em garantir que há de avaliar devidamente a importância da discussão quem houver reconhecido a utilidade de transigir com os princípios da escola clássica, no estado actual da civilização brasileira (...)”.⁶⁸²

Sobre a ação penal e a discussão sobre a pertinência ou não das ações privadas, Lima Drummond apresenta as concepções de Garofalo e Ferri, para quem o critério deve ser não o tipo de delito, mas a perversidade do agente, ou seja, (nos

⁶⁸⁰ DRUMMOND, J. C. L. **Estudos de Direito Criminal**. Rio de Janeiro: Maemert & C.- Editores, 1898, p. 71.

⁶⁸¹ *Ibidem*, p. 76.

⁶⁸² *Ibidem*, p. 82. Esta preocupação com a adaptação da doutrina à lei e da lei ao contexto se repete em outro momento quando discorre sobre o lenocídio e a crítica ao projeto de 1893 que previa a menoridade como elemento essencial do crime – para ele, no Brasil, isto seria bastante prejudicial à sociedade... Assim expõe: “(...) a verdade é que a oportunidade e as conveniências sociais devem ser sempre poderosos limites impostos ao conceito de criminalidade sob o aspecto legislativo. Na adaptação à formula do direito nacional, de doutrina aceita em legislações estranhas é mister que não se menosprezem as relações de tempo e de espaço”. (*Ibidem*, p. 149).

termos de Garofalo) não cabe possibilitar a subordinação da ação penal ao ofendido em casos de delitos naturais. Porém, considera a abordagem de Puglia mais pertinente, segundo a qual a possibilidade de ação privada deve ser apenas em casos especiais, excepcionais mesmo. Assumir os critérios de Ferri e Garofalo, para o autor, implicaria adotar o método da escola positiva para a classificação dos delitos. De qualquer forma, não considera que nossa legislação⁶⁸³ tivesse uma divergência censurável com relação à escola positiva, pois não entende, como Viveiros de Castro, que segui-la signifique necessariamente defender a exclusividade do ministério público para iniciar a ação penal. Pelo contrário, em sua opinião a nova escola considera possível não apenas a pessoa ofendida, mas qualquer pessoa do povo, a iniciativa, como expõe a partir de Ferri, em sua “Sociologia Criminal”. Para Lima Drummond esta possibilidade “(...) constitue uma verdadeira garantia do individuo em face do poder social; sem que entretanto muito nos iludamos sobre sua eficácia e sobre a frequência do seu exercício sobretudo nos povos latinos que carecem de iniciativa individual”.⁶⁸⁴ E mais uma vez busca conciliar as escolas clássica e positiva neste quesito:

Sobre a inconveniência do exclusivismo da iniciativa da ação penal pelo ministério publico, nenhuma divergência se descobre entre a escola clássica e a escola positiva, que, pretendendo o equilíbrio entre os direitos individuais e sociaes, não poderia deixar de conceder ao individuo garantias positivas e racionaes contra os abusos e a incúria do poder social. Têm, outrossim, um character individualista – segundo observa Ferri – as reformas preconizadas pela escola positiva e não é incompleto esse individualismo como o da escola clássica, que se limita a acercar de garantias o individuo criminoso sem cogitar das victimas, indivíduos mais dignos de sympathia e proteção.⁶⁸⁵

É curioso mesmo perceber neste trecho como não apenas o autor busca conciliar as escolas, no sentido de não identificar divergências significativas com

⁶⁸³ No Código Republicano previa-se: **Art. 407.** Haverá logar a acção penal:

§ 1º Por queixa da parte offendida, ou de quem tiver qualidade para represental-a.

§ 2º Por denuncia do ministerio publico, em todos os crimes e contravenções.

Exceptuam-se:

1º, os crimes de furto e damno, não tendo havido prisão em flagrante;

2º, os crimes de violencia carnal, rapto, adulterio, parto supposto, calumnia e injuria, em que sómente caberá proceder por queixa da parte, salvos os casos do art. 274.

§ 3º Mediante procedimento ex-officio nos crimes inafiançaveis, quando não for apresentada a denuncia nos prazos da lei.

Porém foi revogado pela Lei 76 de 16 de agosto de 1892 a disposição n. 1 do parágrafo segundo relativo à ação penal no crime de furto.

⁶⁸⁴ DRUMMOND, J. C. L. **Estudos de Direito Criminal**. Rio de Janeiro: Maemert & C.- Editores, 1898, p. 89.

⁶⁸⁵ *Ibidem*, p. 90.

relação a este tema, como constata um individualismo ainda maior na escola positiva que na clássica, por proteger os direitos individuais não apenas dos criminosos, mas da vítima e afirma isso com um discurso que cinde criminoso/vítima, a partir de um critério de dignidade – esta mais digna que aquele e que, portanto, merece mais a atenção da lei quanto à proteção dos seus direitos individuais. Ao tentar conciliar a disputa entre as escolas, o autor busca conciliar também a proteção dos direitos individuais e a defesa da sociedade, deixando à mostra que muito desta disputa doutrinária se dava pelo foco de atenção de seus discursos: direitos individuais X segurança/defesa da sociedade. Esta conciliação se dá no jurista brasileiro, justamente a partir de uma das premissas explícitas e fundantes da escola positiva, qual seja, a de uma dualidade entre sujeitos (criminosos/vítimas).

Além dessa obra, vamos analisar também dois textos elaborados por Paulo Domingues Vianna, que correspondem às aulas de Lima Drummond no curso de Direito Criminal na Faculdade Livre de Ciências Sociais e Jurídicas do Rio de Janeiro: um deles corresponde à disciplina “Regime Penitenciário” e a outra “Direito Criminal”, ambas segundo as preleções de Lima Drummond.

Como se percebe, na maioria dos professores de direito criminal, Cesare Beccaria teria sido o grande divisor de águas no direito penal: antes dele prevalecia o “empirismo cruel” e o italiano teria inaugurado a era filosófica do direito penal, em que o humanitarismo cumpriu a missão de tornar as penas mais brandas e criar um sistema racional de punição. Em suas palavras: “Bem se pôde dizer que ele foi simultaneamente o instrumento demolidor das velhas legislações e a pedra angular das legislações novas”.⁶⁸⁶

Lima Drummond faz um resgate histórico sobre a pena de prisão, a transição histórica desta de um lugar fétido e promíscuo, para um local de regeneração do caráter, identificando este movimento como a expansão das ideias propugnadas por Beccaria. Identifica quatro grandes sistemas penitenciários: o sistema pensilvânico ou da Filadélfia (o qual critica por ser contra a natureza social do homem), o sistema auburiano (também não vê com bons olhos a regra do silêncio absoluto diurno, por ser inexecutável e por isso inaceitável), o sistema de servidão inglesa (dividido em três momentos: segregação absoluta, segregação diurna e convívio nas oficinas e liberdade condicional – problemático por ser muito rápida a passagem do segundo

⁶⁸⁶ DOMINGUES, P. **Regime Penitenciário**: segundo as Preleções de Lima Drummond. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos, 1914, p. 10.

para o terceiro período) e o sistema progressivo irlandês (este prevê quatro períodos – antes da liberdade condicional tem-se as penitenciárias agrícolas ou industriais – contém os mesmos vícios dos anteriores, pois suas fases os incluem). Para Lima Drummond o sistema ideal seria o celular moderno, que corresponde ao pensilvânico aperfeiçoado, tal como era então utilizado na Bélgica - as celas são higiênicas; a separação/isolamento evita a promiscuidade e incita a meditação do passado; quando passeavam no pátio os condenados usavam uma máscara de linho para que não pudessem se reconhecer quando saíssem da prisão; havia o ensino literário, técnico profissional e moral ou religioso. Não segue aqui, portanto, a nova escola, para a qual o sistema celular era uma verdadeira aberração.

Para Lima Drummond o ensinamento religioso não era uma faculdade do criminosos, deveria ser obrigatório, por considerá-lo “(...) imprescindível (...) para formar a consciência no individuo que não a tem. E como, portanto, fallaram em liberdade de consciência?”⁶⁸⁷ É necessário para formar o caráter, fortalecer e purificar os sentimentos dos criminosos, tendo função educadora e moralizadora - moral e religião, para o autor, andam juntas. Também diverge aqui com a “escola positiva”, pois esta não via na religião um meio tão eficaz para formatar o caráter.

Analisa a questão no Brasil, que no código penal republicano⁶⁸⁸ previa o sistema auburniano para penas inferiores a 6 anos e o irlandês, para penas

⁶⁸⁷ DOMINGUES, P. **Regime Penitenciário**: segundo as Prelecções de Lima Drummond. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos, 1914, p. 17.

⁶⁸⁸ **Art. 44.** Não ha penas infamantes. As penas restrictivas da liberdade individual são temporarias e não excederão de 30 annos.

Art. 45. A pena de prisão cellullar será cumprida em estabelecimento especial com isolamento cellullar e trabalho obrigatorio, observadas as seguintes regras:

a) si não exceder de um anno, com isolamento cellullar pela quinta parte de sua duração;
b) si exceder desse prazo, por um periodo igual a 4ª parte da duração da pena e que não poderá exceder de dous annos; e nos periodos sucessivos, com trabalho em commum, segregação nocturna e silencio durante o dia.

Art. 46. O banimento privará o condemnado dos direitos de cidadão brasileiro e o inibirá de habitar o territorio nacional, emquanto durarem os effeitos da pena.

O banido que voltar ao paiz será condemnado a reclusão até trinta annos, si antes não readquirir os direitos de cidadão.

Art. 47. A pena de reclusão será cumprida em fortalezas, praças de guerra, ou estabelecimentos militares.

Art. 48. A pena de prisão com trabalho será cumprida em penitenciarias agricolas, para esse fim destinadas, ou em presidios militares.

Art. 49. A pena de prisão disciplinar será cumprida em estabelecimentos industriaes especiaes, onde serão recolhidos os menores até á idade de 21 annos.

Art. 50. O condemnado a prisão cellullar por tempo excedente de seis annos e que houver cumprido metade da pena, mostrando bom comportamento, poderá ser transferido para alguma penitenciaria agricola, afim de ahi cumprir o restante da pena.

§ 1º Si não perseverar no bom comportamento, a concessão será revogada e voltará a cumprir a pena no estabelecimento de onde sahiu.

superiores a este período (prisão celular, seguida pelo sistema de Auburn, depois penitenciárias agrícolas e industriais e, por fim, a liberdade condicional), mas que na realidade não se concretizava, por não existirem no Brasil as penitenciárias agrícolas. Nem mesmo as penas celulares se realizavam, pois eram executadas como pena de prisão com trabalho.

O autor defende o trabalho como elemento fundamental nas penitenciárias, pois é um dos mais importantes meios de regeneração e reforma, juntamente com a religião.

O autor é defensor da liberdade condicional, pois para ele esta é uma forma de verificar, no meio social, se o condenado de fato se regenerou antes de seu retorno definitivo à sociedade (portanto, defende-a a partir de um argumento da escola positiva). Contudo é contrário à vigilância policial, como estabelecida pelo código penal. O condenado deve ter o auxílio e deve ser vigiado pelo Patronado. A concessão do livramento, segundo o jurista brasileiro, deve ainda ser de competência judiciária, a partir das informações prestadas pela autoridade administrativa, mais uma vez em desacordo com o código, que estabelece esta como competente para a concessão. E não se trata de um direito, mas sim de um favor, pois depende das condições do condenado, ou seja, de sua demonstração de regeneração, que é prévia. O Livramento é apenas um teste para averiguar se esta efetivamente se deu. Para Lima Drummond, as condições de concessão do livramento não devem ser taxativas, pois são personalíssimas e a previsão taxativa na lei se reverteria em prejuízo à individualização (foco, portanto, no criminoso, como na escola positiva).

O autor menciona várias vezes as conclusões do Congresso de Stockolmo (1878) a respeito do livramento condicional, como sua compatibilidade com o sistema penitenciário e a necessidade de preparo especial dos empregados da

§ 2º Si perseverar no bom comportamento, de modo a fazer presumir emenda, poderá obter livramento condicional, comtanto que o restante da pena a cumprir não exceda de dous annos.

Art. 51. O livramento condicional será concedido por acto do poder federal, ou dos Estados, conforme a competencia respectiva, mediante proposta do chefe do estabelecimento penitenciario, o qual justificará a conveniencia da concessão em minucioso relatório.

Paragrapho unico. O condemnado que obtiver livramento condicional será obrigado a residir no logar que for designado no acto da concessão e ficará sujeito á vigilancia da policia.

Art. 52. O livramento condicional será revogado, si o condemnado commetter algum crime que importe pena restrictiva da liberdade, ou não satisfizer a condição imposta. Em tal caso, o tempo decorrido durante o livramento não se computará na pena legal; decorrido, porém, todo o tempo, sem que o livramento seja revogado, a pena ficará cumprida.

penitenciária, para que saibam identificar se a regeneração não é apenas uma simulação do condenado, simplesmente para adquirir o benefício.

O jurista brasileiro é ainda um grande defensor do Patronato, não só para os liberados condicionais, mas também para os egressos, auxílio sem o qual o problema penal permanece insolúvel. Em 1908 no Congresso Jurídico Brasileiro, que ocorreu no Rio de Janeiro, aprovou-se uma conclusão por ele formulada segundo a qual:

É urgente organizar-se no Brazil a assistência aos indivíduos que regressam á vida social, concluído o tempo da repressão. É preferível seja a assistência organizada pela iniciativa privada, sob a égide do Estado; mas na impossibilidade de obter-se, desde já, essa organização, é admissível a criação do patronato mesmo com caratcter oficial.⁶⁸⁹

Lima Drummond entende que enquanto não se reestruturar o sistema penitenciário brasileiro, criando-se as penitenciárias agrícolas e os patronatos dos liberados, a criação dos patronatos dos egressos resta prejudicada. Ainda, os egressos sabem que não voltam à prisão e por isso muitas vezes podem preferir a vida fácil ao patronato. E neste sentido, Lima Drummond recomenda medidas enérgicas de repressão contra a vagabundagem, pois

Colocado entre a repressão enérgica, prompta e inevitável da vagabundagem, e o auxilio caridoso oferecido pelo patronato, no momento em que recomeça a vida social, o liberado prefere este auxilio áquella repressão em proveito próprio e da sociedade.⁶⁹⁰

Assim, a aprovação da lei do patronato deveria ser combinada com a repressão da vagabundagem, que, em sua opinião, não era satisfatória no sistema brasileiro, o qual “(...) em matéria de repressão da mendicidade e da vagabundagem” apresentava “uma legislação cahotica e enxequivel”.⁶⁹¹

Sua atuação no que se refere ao Patronato foi significativa, tanto que é seu o Projeto de Regulamento do Patronato Official dos Liberados ou Egressos Definitivos,

⁶⁸⁹ DOMINGUES, P. **Regime Penitenciario**: segundo as Prelecções de Lima Drummond. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos, 1914, p. 40.

⁶⁹⁰ *Ibidem*, p. 41.

⁶⁹¹ *Idem*.

que se converteu em lei pelo Decreto 8233 de 22 de setembro de 1910,⁶⁹² no qual busca-se o auxílio não apenas ao egresso, mas também à sua família.

As crianças, filhos dos condenados, são um assunto de grande preocupação do autor, que entende no abandono uma das importantes causas da criminalidade. Para ele,

É certo que, seguindo o exemplo paterno, as crianças, filhos dos condenados, que se acharem material ou moralmente abandonadas, obedecerão muitas vezes mais facilmente pela imitação e, quiçá, por atavismo, à influência deletéria do meio social, sucumbindo à miséria física e moral.⁶⁹³

Não apenas as crianças filhos de condenados, mas a infância em geral é um foco de preocupação do autor, que se manifesta de acordo com a opinião do Congresso de Washington, 1910. Há a necessidade de se prestar toda a assistência às famílias honestas e, quando a indignidade dos pais for invencível, defende a suspensão do pátrio poder. Em sua opinião, deve-se, pois, construir creches, asilos e escolas para estas crianças. Destaca ser necessário, ainda, a distinção entre menores no estado normal (que por sua vez devem ser distinguidos entre os físicos e moralmente abandonados inocentes ou viciosos e os delinquentes) e no estado anormal, os quais devem ser encaminhados para estabelecimentos médico-pedagógicos. Os normais físicos e moralmente abandonados devem ser encaminhados para escolas de prevenção ou premonitórias (como é o caso da Escola 15 de Novembro), para premonitilos contra o mal, e os já viciosos devem ser encaminhados para reformatórios ou colônias correccionais, para que sejam reconduzidos ao bem – reformatórios que, por sua vez, muito distintos devem ser das penitenciárias. Tanto nas premonitórias quanto nas reformatórias deve-se adotar o sistema da educação familiar ou pequenos grupos, enquadrados por semelhanças de índole, instintos e tendências. Quanto aos menores delinquentes indica o regulamento da Casa de Detenção (10873 de 29 de abril de 1914) que nos artigos 79 e 80 prevê que cabe ao Diretor buscar medidas voltadas a melhorar o caráter dos

⁶⁹² Como antecedente deste projeto havia o decreto 6994 de 1908 que aprovava o regulamento da Colônia Correccional de Dois Rios que estabelecia a colônia dos trabalhadores livres em zona da colônia correccional, mas em separado dos trabalhos dos internos. O que era altamente inconveniente, pois o egresso não se desvinculava de seu passado, não contribuindo para seu processo de reintegração social.

⁶⁹³ DOMINGUES, P. **Regime Penitenciário**: segundo as Prelecções de Lima Drummond. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos, 1914, p. 48.

menores, o qual deve ser combinado com o regulamento da Colônia de Dois Rios, pois se a delinquência se traduzir em vadiagem ou capoeiragem, para lá, e não para a Detenção serão enviados. Considera, ainda, indispensáveis a religião como instrumento educador e a criação de patronatos para menores.

Indica que a importância da religião é inclusive pontuada pelos chefes da Nova Escola – cita Garofalo a partir de um texto chamado “Superstição socialista”, em que teria afirmado que a educação moral só é eficaz se tem uma base religiosa e Ferri, que inclui entre os substitutivos penais uma religião que vise o bem.

Todavia, embora Lima Drummond tente fundamentar sua defesa sobre a importância da religião para a reforma do caráter no argumento de autoridade dos chefes da nova escola penal e para isso se aproprie de alguns trechos de determinadas obras suas, no geral, é bastante exagerado considerar que a nova escola atribua uma importância central à religião. Muito pelo contrário. Embora tomadas individualmente as opiniões não sejam idênticas, de um modo geral pode-se dizer que a religião tem uma esfera bastante tímida como fator de regeneração.

Ainda, como presidente da Seção de Direito Criminal no mencionado “Congresso Jurídico Brasileiro”, Lima Drummond fez aprovar uma proposta aceita com unanimidade, de criação de comissões de vigilância das prisões, responsáveis por analisar a administração carcerária e fiscalizar a aplicação das penas disciplinares feitas pelo Diretor, de modo a restringir seu arbítrio.⁶⁹⁴ Recomenda, ainda, que as penas disciplinares sejam previstas em um ato legislativo ou ao menos regulamentar (justamente para impedir o arbítrio da autoridade).⁶⁹⁵

Em sua opinião as penas disciplinares devem buscar sempre o foco na recompensa e apenas recorrer ao caráter aflitivo quando a primeira hipótese não for possível; devem, sempre que possível, não ser corporais. Concebe no artigo 79, n. 6 (Imposição de ferros, no caso de extrema necessidade) do Regulamento da Casa de Correção uma “demonstração clara de que o humanitarismo penal cada vez mais progride”.⁶⁹⁶

Lima Drummond é veementemente contra as penas corporais (apenas em caráter excepcionalíssimo como pena disciplinar) e contra a pena de morte,

⁶⁹⁴ DOMINGUES, P. **Regime Penitenciário**: segundo as Preleções de Lima Drummond. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos, 1914, p. 54; BRASIL. **Relatório Geral dos Trabalhos do Primeiro Congresso Jurídico Brasileiro**, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1909, p. 713.

⁶⁹⁵ Esta previsão foi feita em decreto 8296 de 13 de outubro de 1910 que aprovou o regulamento da Casa de Correção da Capital Federal.

⁶⁹⁶ DOMINGUES, P. *Op. cit.*, p. 54.

inconciliáveis, em sua opinião, com o então estado de civilização. Todavia, defende que a pena deve ter um caráter aflitivo.

O jurista brasileiro, como se percebe, diferentemente da escola positiva, defende a pena de prisão celular, o caráter aflitivo da pena, ressalta seu aspecto regenerador, defende a religião como instrumento moralizador, e é contra a pena de morte. Todavia, quando discorre sobre a reincidência, a influência positiva é bastante significativa. Para o jurista brasileiro, a reincidência ocorre por conta de três causas: legislativa, judiciária e penitenciária. No primeiro caso, pela benignidade das leis, no segundo pela fraqueza dos juizes e no terceiro pela insuficiência do regime penitenciário em moralizar e regenerar os condenados e na dificuldade de reintegração destes à vida social, pela ausência ou insuficiência do patronato. Nos três âmbitos são necessárias reformas, mas estas podem traduzir-se em realidade, desde que se tenha em vista um critério fundamental: a distinção dos criminosos em de ocasião (primários) e criminosos profissionais (de hábito) conforme a classificação de Ferri. Quanto aos primeiros deve-se manter a benignidade, e com relação aos segundos deve-se tornar a repressão mais severa. E, então, transigindo com alguns integrantes da nova escola, afirma que a este princípio deve-se combinar o de que nenhum indivíduo deve ser considerado incapaz de regeneração ou emenda, princípio que corresponde ao “primeiro dos princípios fundamentaes da sciencia penitenciaria hodierna, proclamado *ipsis verbis* no Congresso de Antropologia Criminal de Washington de 1910”⁶⁹⁷ e que também fora proclamado no Congresso Jurídico Brasileiro de 1908. Assim, para o autor, a associação destes dois princípios implica “(...) a necessidade de harmonizar a legislação penal com o systema educativo das prisões. Si a corrigibilidade dos delinquentes é um canon da sciencia penitenciaria, não se póde de antemão consideral-os incorrigíveis”.⁶⁹⁸ Princípio este que segue o autor e que destoa das ideias centrais da escola positiva, sobretudo italiana (Lombroso, Ferri e Garofalo).

Para aqueles criminosos que se mostram resistentes a qualquer regeneração deve-se criar reformatórios penais, cuja internação não deve ser perpétua, mas sim indeterminada. E neste ponto, volta então a recorrer aos princípios da nova escola.

⁶⁹⁷ DOMINGUES, P. **Regime Penitenciario**: segundo as Prelecções de Lima Drummond. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos, 1914, p. 77.

⁶⁹⁸ *Ibidem*, p. 78.

O caráter indeterminado da pena também foi tema amplamente discutido no Congresso Jurídico Brasileiro de 1908 (assim como no Congresso de Washington de 1910). No encontro brasileiro ficaram estabelecidas as conclusões de que pode ser adotado, sem prejuízo às garantias individuais, o sistema das sentenças indeterminadas, desde que relativa – quarta tese.⁶⁹⁹ No encontro americano, a maioria dos votos também foi no sentido da sentença indeterminada relativa.

Lima Drummond considera a prefixação da pena como um princípio clássico por excelência. Mas concebe-o como insustentável, pois não há que se permitir o retorno do criminoso à sociedade, independente da sua regeneração. A sua emenda é condição necessária para sua reintegração social. Esta lógica tenderia ao princípio da indeterminação absoluta, ou seja, sem qualquer limite. Mas Lima Drummond não o defende. Embora lógico, para o jurista este princípio “poderá fazer com que colida a indeterminação da pena, com o grande principio da garantia da liberdade individual”⁷⁰⁰ o que, em sua opinião, “repugna á consciência jurídica da época”.⁷⁰¹

Assim, a solução seria a indeterminação relativa da pena (indeterminação condicionada a um máximo e um mínimo), pois dessa maneira combina-se o máximo de defesa social com o mínimo de sofrimento individual. A preocupação de Lima Drummond com as garantias da liberdade individual é a verdadeira razão de optar por este princípio intermediário. Outras medidas, que buscam evitar abusos com a indeterminação das penas e visam a garantia dos direitos dos condenados, seriam as revisões periódicas dos processos e a criação de comissões permanentes de vigilância das prisões. Como se viu, até o momento, esta opção intermediária se coaduna plenamente com sua postura conciliatória entre escola clássica e positiva, que também neste tema traduziu-se na conciliação entre liberdade individual e defesa social.

E tão garantidor é da liberdade individual o systema da indeterminação relativa da pena, que os sectários da indeterminação absoluta pensam haver igualdade fundamental entre esse systema e o da prefixação da pena. Logo, si o regimen da prefixação garante a liberdade individual, o regimen da indeterminação relativa garante-a também. Mas, não há essa igualdade fundamental, porque são mais seguras as garantias oferecidas á liberdade

⁶⁹⁹ BRASIL. **Relatório Geral dos Trabalhos do Primeiro Congresso Juridico Brasileiro**, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1909, p. 713.

⁷⁰⁰ DOMINGUES, P. **Regime Penitenciario**: segundo as Prelecções de Lima Drummond. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos, 1914, p. 81.

⁷⁰¹ *Idem*.

individual no systema da indeterminação relativa do que no regimen actual da prefixação.⁷⁰²

Lima Drummond, portanto, não parece tão alheio à percepção de que a escola positiva e a efetivação plena de seus fundamentos poderia acarretar um perigo, ao menos um alerta de sinal vermelho, à proteção das garantias das liberdades individuais. Como os juristas da penalística civil, Lima Drummond é atento “às intimas relações existentes entre o direito publico constitucional e o direito penal dos povos cultos (...)”.⁷⁰³ Assim, a associação entre a indeterminação relativa da pena com a prefixação (modelo clássico) tem um aspecto positivo, pois demonstra a preocupação na primeira também com a defesa da liberdade individual, sendo esta, inclusive, segundo Drummond, mais ampla na opção pela indeterminação, por defender os direitos individuais também da vítima (uma vez que a possibilidade de devolver à sociedade um criminoso regenerado è muito maior).

Defende ainda o *sursis condicional*, ou seja, a condenação condicional para criminosos primários, alternativa muito superior às penas de curta duração. Também de acordo com o determinado no Congresso de Washington de 1910, este mecanismo deve ser usado com bastante precaução, conciliando a dignidade do condenado com os interesses da sociedade, aplicando-o apenas a indivíduos de precedentes exemplares.

A prisão preventiva por sua vez justifica-se com relação aos acusados cuja culpabilidade ou inocência ainda não é conhecida. Deve ser evitada o máximo possível. O trabalho nela não deve ser obrigatório, mas é útil ao condenado que depois pode computar a prisão preventiva na pena definitiva. Ainda, recomenda-se a separação entre condenados e indiciados.

Apresenta, ainda, em suas aulas os sistemas de identificação Bertillon (retrato falado, antropometria e exame de sinais) e o Vucetich (baseado nas impressões digitais), úteis para o controle da reincidência, que permite a comunicação entre os países e a criação de um estatística nacional, pois embora reconheça que um dos fatores da criminalidade é o meio, entende que “há um elemento constante e geral em todos os criminosos e em todo o mundo. O elemento

⁷⁰² DOMINGUES, P. **Regime Penitenciario**: segundo as Prelecções de Lima Drummond. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos, 1914, p. 82.

⁷⁰³ VIANNA, P. D. **Direito Criminal**: segundo as prelecções professadas pelo Dr. Lima Drummond na Faculdade livre de Sciencias Juridicas e Sociaes do Rio de Janeiro. 2 ed. Rio de Janeiro: F. Briguiet e Cia, 1915, p. 32.

mesológico não basta por si só para dar o *typo* do criminoso (...)⁷⁰⁴ É no mínimo curiosa esta citação de Lima Drummond, pois parece conceber no criminoso algo de específico que o define independente do meio (uma essência criminosa), porém, em suas preleções de direito criminal, como veremos, negará veementemente o tipo criminoso.

Em suas “Preleções de Direito Criminal”, Lima Drummond destaca a importância da Antropologia Criminal e da Sociologia Criminal para o direito penal. São inseparáveis, todavia, não podem ser confundidos, pois este estuda o crime como fenômeno jurídico e aquelas como fenômeno social. O jurista brasileiro, portanto, destaca a contribuição, mas é bastante cauteloso, pois entende que os princípios científicos que devem regular o exercício do direito de punir do Estado “(...) devem inspirar-se criteriosamente e sem exageros perturbadores das noções científicas e provindos de precipitadas e inadmissíveis induções – nos ensinamentos da antropologia e da sociologia criminal (...)”.⁷⁰⁵

Quando discorre sobre o fundamento do direito de punir, apresenta as diferentes correntes (morais absolutas, utilitárias relativas e mistas) e atribui a Carrara e seus seguidores o mérito de terem desenvolvido a mista, na qual “O ponto de vista individual e o ponto de vista social se integram sem demasias, no verdadeiro conceito do principio fundamental do direito de punir”.⁷⁰⁶ Mais uma vez, portanto, explicita sua preocupação com a conciliação entre direitos individuais e defesa da sociedade.

Dedica, em suas preleções, todo um capítulo relativo ao “Crime e criminoso segundo a escola anthropologica criminal; delicto natural; classificação dos delinquentes”, mas faz críticas contundentes com relação à nova escola:

A Italia é a terra clássica do direito penal. Como Beccaria, Carmignani e Carrara, nasceram na Italia Lombroso, Ferri e Garofalo, os tres próceres da escola de anthropologia criminal positiva ou Nuova Scuola, que preconizou a aplicação do methodo experimental e de observação ao estudo dos crimes e das penas. N'este preconício vai o seu elogio, em compensação dos graves erros que cometeu e das precipitadas induções com que prejudicou o patrimônio scientifico. Censurando a escola clássica haver descurado o estudo do criminoso, para preocupar se exclusivamente com o

⁷⁰⁴ DOMINGUES, P. **Regime Penitenciário**: segundo as Preleções de Lima Drummond. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos, 1914, p. 98.

⁷⁰⁵ VIANNA, P. D. **Direito Criminal**: segundo as preleções professadas pelo Dr. Lima Drummond na Faculdade livre de Sciencias Juridicas e Sociaes do Rio de Janeiro. 2 ed. Rio de Janeiro: F. Briguiet e Cia, 1915, p. 9.

⁷⁰⁶ *Ibidem*, p. 50.

do crime, como entidade abstrata e jurídica, a Nuova Scuola descurou por sua vez, em seu início, o estudo do crime para preocupar-se exclusivamente com o do criminoso.⁷⁰⁷

Embora nos textos publicados em “Estudos de Direito Penal” como analisados anteriormente, Lima Drummond pareça bastante simpático a Garofalo, em suas preleções, demonstra-se mais crítico. Apresenta a concepção do magistrado italiano relativa aos delitos naturais e afirma “o próprio determinismo se insurge contra semelhante conceito do delicto natural, porque outros sentimentos igualmente fundamentaes, podem ser lesados, com grave damno para a vida collectiva”.⁷⁰⁸ Esta na verdade era uma crítica de Ferri ao conceito de Garofalo. Indica a noção então preferida à de Garofalo – crimes seriam as ações puníveis que perturbam as condições de existência e transgridem a moralidade média de um povo dado, em um dado momento o que indicaria a relatividade do conceito de crime e sua dependência do princípio da evolução. Todavia, para Lima Drummond – e nisto ele não poderia estar mais distante dos sectários da nova escola – a lei moral “é uma realidade viva, independente dos tempos e dos lugares, aquela tem por caracter ser absoluta e irreductivel”.⁷⁰⁹ Assim, bem avesso ao evolucionismo, sobre o qual pretende se fundar o conceito de delito natural de Garofalo, afirma

O que se pode afirmar é que a origem do senso moral, para os sectários da moral inductiva ou derivada, é subversiva de todo direito e de toda justiça. Que respeito podem, na verdade, exigir do homem, um direito e uma justiça que tem suas épocas, que amanhã deixarão de ser o direito e a justiça? - É a lição eloquente de Garraud.⁷¹⁰

Comentando a classificação dos criminosos, aponta que nem mesmo os seguidores da escola positiva se entendem sobre o assunto. Apresenta a mais conhecida e elogiada, a de Ferri. Afirma categoricamente que o tipo criminoso de Lombroso não existe - para se definir o anormal é necessário saber o que é o normal, o que segundo Prins, em nossa civilização é pura criação do espírito. Assim,

No meio de todas as anomalias que nos cercam, não se poderia dizer, onde é necessário fazer começar a anomalia criminosa. O que hoje se pode

⁷⁰⁷ VIANNA, P. D. **Direito Criminal**: segundo as preleções professadas pelo Dr. Lima Drummond na Faculdade livre de Ciencias Juridicas e Sociaes do Rio de Janeiro. 2 ed. Rio de Janeiro: F. Briguiet e Cia, 1915, p. 90.

⁷⁰⁸ *Ibidem*, p. 91.

⁷⁰⁹ *Ibidem*, p. 92.

⁷¹⁰ *Ibidem*, p. 92.

admitir é o tipo do delinquente profissional e penitenciário, produto do mimetismo emotivo, sob a influencia das mesmas causas mesológicas.⁷¹¹

Para Drummond, a única distinção pertinente é a que se estabelece entre os criminosos de ocasião e os criminosos de profissão, a qual, porém, já era e sempre fora reconhecida pela escola clássica.⁷¹²

Quanto à imputabilidade penal, Lima Drummond é assertivo em definir-se de acordo com a responsabilidade moral. Não admite a crítica dos deterministas de que a liberdade da vontade a partir do livre arbítrio é uma liberdade indiferente a motivos. Os motivos existem, mas eles não determinam a vontade, mas sim esta se determina à vista dos motivos. Assim,

A verdade é que a natureza concede ao homem no estado normal, bastante força e vigor para resistir á preferencia que ele possa dar ao mal, na escolha entre o mal e o bem previamente discriminados (...) As noções fundamentaes da escola clássica de direito penal dominam todas as legislações modernas.⁷¹³

Porém, no que diz respeito aos loucos criminosos, Lima Drummond segue a Nuova Scuola, defendendo a necessidade de criação dos manicômios penais, estabelecimentos específicos para eles, onde se combinem tratamento e medidas de segurança especiais. O autor menciona o Decreto 1132 de 1903, que reorganizou a assistência aos alienados, estabelecendo em seu artigo 10 a proibição de manter alienados em cadeias públicas ou entre criminosos. Em parágrafo único ainda determinava “Onde quer que não exista hospício, a autoridade competente fará alojar o alienado em casa expressamente destinada a esse fim, até que possa ser transportado para algum estabelecimento especial.” E, no artigo 11, menciona expressamente os manicômios criminaes: “Enquanto não possuírem os Estados manicômios criminaes, os alienados delinquentes e os condemnados alienados somente poderão permanecer em asylos públicos, nos pavilhões que expressamente se lhes reservem.” Segundo Lima Drummond, estas instituições deveriam ser destinadas não apenas aos criminosos loucos e aos loucos criminosos, mas também os loucos perigosos, ou seja, aqueles que ainda não cometeram um

⁷¹¹ VIANNA, P. D. **Direito Criminal**: segundo as preleções professadas pelo Dr. Lima Drummond na Faculdade livre de Sciencias Juridicas e Sociaes do Rio de Janeiro. 2 ed. Rio de Janeiro: F. Briguiet e Cia, 1915, p.100.

⁷¹² *Ibidem*, p.101.

⁷¹³ *Ibidem*, p. 108.

delito, mas seu estado psíquico pode facilmente conduzi-lo para tanto, devendo haver diferentes seções para cada tipo para que não convivam em promiscuidade.

Embora defenda os manicômios criminais, concebe-os não como meio repressivo, mas como meio de segurança, pois a repressão, nos termos clássicos, pressupõe responsabilidade moral, a qual os loucos não possuem. Neste aspecto Lima Drummond pontua a diferença de perspectiva entre as duas escolas:

Na legislação brasileira e na escola clássica, os manicômios são apenas medidas especiais de precaução e segurança. Para os sectários da *Nuova Scuola* os manicômios são meios repressivos; trata-se de defesa social que faz-se por todos os meios empregados pela sociedade para a segregação dos criminosos.⁷¹⁴

Quando discorre sobre as circunstâncias atenuantes e agravantes parece assumir uma tendência mais próxima à escola positiva, pois defende como preferível o sistema do arbítrio conferido ao juiz e não o da especificação na lei, porque aquele consagra melhor o princípio da individualização da pena. Sua argumentação também ocorre nos termos da nova escola, relacionando medicina e doentes, crime e criminosos:

Diz-se em medicina que não há doenças mas sim doentes. Com as devidas reservas no tocante aos princípios fundamentais, também se poderá dizer no direito penal que não há propriamente crimes mas sim criminosos e assim se justifica o princípio da individualização da penalidade.⁷¹⁵

Todavia, é categórico em afirmar que a individualização da pena e o estudo do criminoso não são prerrogativas dos deterministas, pois

A escola clássica no estudo das causas e das circunstâncias pessoais que dirimem, justificam ou atenuam a responsabilidade criminal, estuda forçosamente o criminoso (...) reconhece a escola clássica a existência de circunstâncias ou condições pessoais, cuja investigação depende do estudo do criminosos, o qual deve fazer-se conjuntamente com o estudo do crime para esgotar-se o conteúdo da criminologia sem exageros doutrinários, prejudiciais aos interesses da repressão.⁷¹⁶

⁷¹⁴ VIANNA, P. D. **Direito Criminal**: segundo as preleções professadas pelo Dr. Lima Drummond na Faculdade livre de Ciências Jurídicas e Sociais do Rio de Janeiro. 2 ed. Rio de Janeiro: F. Briguiet e Cia, 1915, p. 143.

⁷¹⁵ *Ibidem*, p. 170.

⁷¹⁶ *Ibidem*, p. 172-173.

É de Carrara a teoria usada para a avaliação do peso maior entre as circunstâncias agravantes ou atenuantes (força moral e física do delito). Se a intensidade e importância das agravantes e atenuantes se equivalem, pode haver compensação, como prevê o Código Penal (artigos 66 e 38). Porém, censura o artigo 38, parágrafo terceiro, segunda parte, que permite a compensação pelo critério quantitativo, ou seja, quando são de igual número.⁷¹⁷

No que se refere à premeditação, apresenta as concepções da escola positiva (a premeditação não é necessariamente sinal de uma maior perversidade do autor) e entende que de fato deve-se levar em consideração o caráter do delinquente, em combinação com a premeditação, para que ela seja uma agravante. Mas em seu ponto de vista “não é inconciliável a these determinista com o principio clássico no que toca á circunstancia agravante da premeditação”.⁷¹⁸ Mais uma vez, percebe-se que persiste o cuidado do autor em tentar conciliar as doutrinas, ou seja, em buscar eliminar supostas oposições que são mais aparentes do que efetivas, como bem já havia pontuado.

Quando analisa as circunstâncias, em vários momentos, traz as visões da escola positiva, como quando “por promessa de recompensa” intepreta a demonstração de uma criminalidade instintiva ou quando “causa dor física por ato de crueldade”, concebe-a, por si só, como sinal de alta temibilidade, sem necessidade de se indagar os motivos.

Sobre a reincidência, entende que a tendência do direito penal moderno era para a repressão não apenas da específica (como era no código penal brasileiro), mas também genérica. Defende mais uma vez que o agravamento da pena por conta da reincidência deve levar em conta uma análise do caráter do criminoso, pelos seus antecedentes, para se averiguar a tenacidade ou obstinação no propósito

⁷¹⁷ **Art. 38.** No concurso de circunstancias attenuantes e aggravantes prevalecem umas sobre outras, ou se compensam, observadas as seguintes regras:

§ 1º Prevalecerão as aggravantes:

a) quando preponderar a perversidade do criminoso, a extensão do damno e a intensidade do alarma causado pelo crime;

b) quando o criminoso for avesado a praticar más acções, ou desregrado de costumes.

§ 2º Prevalecerão as attenuantes:

c) quando o crime não for revestido de circunstancia indicativa de maior perversidade;

d) quando o criminoso não estiver em condições de comprehender toda a gravidade e perigo da situação a que se expõe, nem a extensão e consequencias de sua responsabilidade.

§ 3º Compensam-se umas circunstancias com outras, sendo da mesma importancia ou intensidade, ou de igual numero.

⁷¹⁸ VIANNA, P. D. **Direito Criminal:** segundo as preleções professadas pelo Dr. Lima Drummond na Faculdade livre de Sciencias Juridicas e Sociaes do Rio de Janeiro. 2 ed. Rio de Janeiro: F. Briguiet e Cia, 1915, p. 180.

criminoso. Entende, ainda, que este agravamento deve ser facultativo, podendo ou não o juiz aplicá-lo, tendo em vista a análise do criminoso, mas não concorda que depois de certo prazo não seja mais possível tal agravação. Tal medida não corresponde a punir novamente o crime anterior, mas apenas punir mais severamente o delito novamente praticado, porque demonstrou maior tenacidade do propósito criminoso e, portanto, maior gravidade da intenção criminoso.⁷¹⁹

O que percebemos em Lima Drummond, portanto, é uma adesão em termos “oportunistas”, no sentido de que absorvia alguns elementos da escola positiva, mas sem romper com determinados fundamentos da “escola clássica”. A conciliação entre as escolas, tentando eliminar suas oposições, demonstrando-as mais aparentes do que reais, parece ser a marca do autor. Podemos ler esta combinação como a tendência brasileira ao sincretismo ou nos termos de Marcos Cesar Alvarez, segundo o qual os juristas adeptos da escola positiva se mostravam propensos a estabelecer algum tipo de compromisso entre as concepções liberais e as da criminologia (não apenas propondo a substituição de uma escola pela outra). Em suas palavras:

Aliás, esta parece ter sido a vocação principal dos juristas reformadores: situados bem no cerne da tensão estabelecida entre os ideais de igualdade política e social do novo regime e as desigualdades sociais percebidas como constitutivas da sociedade, eles tiveram que articular demandas opostas e quase contraditórias. Assim, os juristas tiveram que conciliar as concepções liberais acerca do Estado às novas necessidades de intervenção e controle das populações urbanas; de adequar o Código Penal de 1890, ainda concebido de acordo com os preceitos da escola clássica de direito penal, aos dispositivos legais e institucionais propostos pela escola positiva, de manter a responsabilidade penal, e ao mesmo tempo, ampliar e sofisticar os critérios de irresponsabilidade; de articular os campos da lei e da norma.⁷²⁰

Para Marcos Cesar Alvarez, a peculiaridade do discurso dos juristas, adeptos da criminologia e da nova escola penal, consiste, justamente, no fato deste discurso se situar nesse ponto de convergência e composição entre os ideais clássicos da justiça penal e as proposições da criminologia, entre o campo da norma e o campo da lei. Os juristas adeptos da criminologia, ao contrário dos médicos, que podiam se ater apenas ao campo da norma e descartar os ideais liberais e os

⁷¹⁹ VIANNA, P. D. **Direito Criminal**: segundo as preleções professadas pelo Dr. Lima Drummond na Faculdade livre de Ciências Jurídicas e Sociais do Rio de Janeiro. 2 ed. Rio de Janeiro: F. Briguiet e Cia, 1915, p. 201.

⁷²⁰ ALVAREZ, M. C. **Bacharéis, criminologistas e juristas**: saber jurídico e nova escola penal no Brasil. São Paulo: Método, 2003, p. 214.

princípios da escola clássica, tinham em contrapartida que compatibilizar os muitos dispositivos normalizadores, então propostos pela criminologia, com as estruturas e práticas legais já existentes, articulando lei e norma. Assim, por exemplo, a constante justaposição no discurso dos juristas das diferentes escolas criminológicas e a tendência, que vai se desenhando, de ressaltar as condições sociais envolvidas na gênese do crime e da criminalidade, traduziram a necessidade de evitar que concepções puramente naturalistas subordinassem totalmente o campo da lei ao campo da norma. Ainda, Marcos Cesar Alvarez aponta o caráter conservador do liberalismo (avesso aos ideais democráticos e à ideia de igualdade) como uma das facilidades e abertura para a recepção do pensamento criminológico.⁷²¹

Não discordamos da tese de Marcos Cesar Alvarez: de fato esta combinação existirá em alguns destes juristas e Lima Drummond é um exemplo emblemático – pois ele tenta combinar, internamente na discussão da ciência penal, elementos clássicos e positivos (responsabilidade moral e temibilidade, por exemplo). Todavia, podemos acrescentar a esta tese, o fato de que esta complementação não ocorre apenas como em Lima Drummond, que mescla elementos clássicos e positivos, oscilando de uma escola para outra, mas ocorre em termos mais amplos, como se verá em outros juristas, em que há uma adesão integral aos postulados da Escola Positiva (portanto, não se trata como em Drummond de identificar linhas de contato, mas sim de intensificar a oposição entre as escolas no campo da doutrina penal), sem se romper com o liberalismo, pois, muito pelo contrário, seu positivismo penal combinava-se e embasava-se em um discurso liberal. Embasar o positivismo criminológico em um discurso liberal não é apenas uma contradição performativa de alguns juristas brasileiros, mas uma possibilidade viabilizada pela própria contradição interna do liberalismo – liberdade/ordem; direitos individuais/defesa da sociedade - que na prática resolvia este impasse pela dualidade de sujeitos, por uma lógica de exclusão que lhe foi sempre constitutiva. E esta dualidade de sujeitos permite esta conciliação harmônica entre positivismo penal e liberalismo (proteção de direitos individuais de alguns e mecanismos de segurança para outros).

Como tem se tentado demonstrar, alguns elementos que são exaltados na nova escola (positiva), já existiam na “clássica” (liberal) – a dualidade de sujeitos,

⁷²¹ ALVAREZ, M. C. **Bacharéis, criminologistas e juristas**: saber jurídico e nova escola penal no Brasil. São Paulo: Método, 2003, p. 215.

preocupação com a defesa social, a temibilidade de alguma forma já aparece no conceito de perversidade, a norma e a disciplina no cárcere “normalizando” o delinquente para torná-lo um cidadão útil - estes elementos são reforçados no discurso positivo que, vinculado ao discurso médico, tende a fortalecer o campo da norma sobre o da lei, e cindir ainda mais a humanidade em tipos de homens graduados pelo perigo social – um perigo que parece medir-se sobre critérios científicos, mas que decorrem de uma ideologia muito precisa.

Em Lima Drummond, a combinação entre as escolas também se mostrava como uma tentativa de conciliar este impasse liberal, a proteção dos direitos individuais e a defesa social e, como se viu, esta conciliação em seu pensamento não deixa de estar “contaminada” pela lógica da dualidade de sujeitos, que não é apenas própria do positivismo penal, mas também está inserida no classissismo liberal.

4.2.4 Esmeraldino Bandeira: um fiel seguidor

Nasceu em Recife em fevereiro de 1865. Formou-se em direito pela Faculdade de Recife. Exerceu em Pernambuco o cargo de delegado de polícia, oficial maior da Secretaria de Governo, deputado estadual, prefeito do Recife, deputado federal em quatro legislaturas. No estado do Rio Grande do Norte foi chefe de polícia, no estado de Santa Catarina foi nomeado juiz de direito na cidade de Tubarão, mas não tomou posse. No Rio de Janeiro foi promotor público e procurador seccional da República. De 1909-1910 foi Ministro da Justiça e dos Negócios Interiores. Neste cargo organizou comissões e colaborou com diversos trabalhos, como a codificação e simplificação do processo criminal do Distrito Federal, um projeto de lei sobre o patronato dos egressos e liberados das prisões na Capital Federal e projetos e regulamentos sobre a Casa de Correção. Foi lente durante muitos anos de Direito Criminal da Faculdade Livre de Direito do Rio de Janeiro que depois, em 1920, funde-se com a Faculdade de Ciências Sociais e Jurídicas, formando a Faculdade Nacional de Direito, na qual também lecionou.

Da análise dos seus programas, pode-se constatar que Esmeraldino Bandeira foi um dos professores de direito criminal que mais minuciosamente

trabalhava com os principais temas do positivismo criminológico, tanto na disciplina de Direito Criminal, quanto na de Direito Penal Militar e Regime Penitenciário. Do programa de Direito Criminal, a parte geral, em que estes temas são desenvolvidos, conta com vinte e três páginas, enquanto a parte especial apenas duas (Vide anexo 2).

De uma breve análise de sua atuação profissional podemos identificar que Esmeraldino Bandeira, mais que um teórico, era um homem preocupado com as questões e problemas do seu tempo e via-se como responsável por eles. Assim mesmo ele afirma:

Hoje tornou-se impossível ser um puro juriconsulto. A vida social nos reclama e o dever parece incumbir a cada um o trabalho de levar á solução dos inquietantes problemas que aquella vida suscita, seu contingente, senão de sciencia, ao menos de boa vontade e de esforço.⁷²²

Esmeraldino Bandeira e Lima Drummond foram contemporâneos, lecionaram direito criminal no mesmo período (da década de 90 do século XIX até meados do século XX). Todavia pode se dizer que a postura de Bandeira é muito mais receptiva à escola penal positiva que a de Lima Drummond. Pode-se mesmo considerá-lo um exímio admirador e fiel seguidor. Em discurso pronunciado, em 21 de novembro de 1908, no Teatro S. Pedro de Alcantara, na cidade do Rio de Janeiro, em homenagem a Enrico Ferri assim se exprime:

Fallando a Ferri venho testemunhar a uma das mais formosas e fecundas mentalidades deste século a admiração collectiva de um professorado culto, que o sabe autor de uma doutrina, rigorosamente scientifica em suas bases e em suas premissas, nobremente humana em suas conclusões e em seus ensinamentos (...) É factó conhecido que a natureza se apraz ás vezes em reunir num só homem as qualidades superiores de uma raça; qualidades que, em regra, são parcimoniosamente distribuídas pela massa geral dos indivíduos (...) Ferri não é um homem que discursa; é uma época que fala.⁷²³

Teria sido Ferri o gênio que tão bem divulgou, organizou, sistematizou e aperfeiçoou as ideias de Lombroso, formando uma doutrina integral e sintética. E Garofalo, que como mestre colaborou na parte da reforma do direito criminal, “um

⁷²² BANDEIRA, E. **Estudos de Política Criminal**. Rio de Janeiro: Typographia Leuzinger, 1912, p. 14.

⁷²³ BANDEIRA, E. Enrico Ferri e a escola positiva de Direito Criminal. In: _____ **Estudos de Política Criminal**. Rio de Janeiro: Typographia Leuzinger, 1912, p. 227.

novo e brilhante espirito surgiu que ao critério do philosopho moderno reunia a moralidade do juiz”⁷²⁴.

Crítico do Código de 1890, considera-o atrasado e lacunoso e sustenta a necessidade de substituí-lo por um código moderno, ou seja, mais de acordo com as ideias da nova escola. Em suas palavras:

Dada a moderna orientação criminal e atentos os avanços da penologia contemporânea, não é possível protrahe por mais tempo a elaboração de um novo Código Penal e a reforma do regimen penitenciário existente. Distanciado de muitos anos, do actual momento, o Codigo que ainda vigora no Brazil carece urgentemente de ser substituído, por lacunoso na previsão de diversas figuras do polymorphismo criminal; errado, muitas vezes, na doutrina jurídico-científica; baldio de systema e de unidade theorica; deficiente em alguns casos e, em outros, excessivo nas medidas consagradas de repressão e correção. Da parte jurídica já lhe evidenciaram as omissões e os defeitos – Carvalho Durão e João Vieira, entre outros criminalistas brasileiros. E da parte que entende com a sciencia medico-legal, Souza Lima apontou inúmeros defeitos e omissões.⁷²⁵

Em “Estudos de Politica Criminal”⁷²⁶ condensa uma série de artigos publicados no “Jornal do Commercio” e alguns outros até então inéditos. No prefácio de apresentação percebe-se seu tom de adesão muito mais categórico que de Lima Drummond, crítico e ao mesmo tempo conciliador, como se viu. Deixa bastante claro que procurou apresentar nos artigos “os principaes ensinamentos da escola positiva de direito criminal, fundada na Italia por Lombroso, Ferri e Garofalo”.⁷²⁷ Aproveita o ensejo para defender a nova escola dos seus opositores (a escola clássica e a Terza escola), os quais considera impotentes para refutá-la e critica o debate que se fazia de modo unilateral, apenas impugnando as conclusões sem levar em conta os fundamentos da sistematização, nos quais

Não havia tocar por serem verdades demonstradas de sciencias positivas (...) A critica descarável, com que se tem fronteado a escola positiva, nada mais há conseguido do que tornar discutíveis certas de suas afirmações sobre pontos secundários e inferiores. Quanto a seus principios básicos, a seu methodo e a seu objetivo, ella se mantem inexpugnável e infrangível. Em matéria criminal não se raciocina nem se discute mais com os

⁷²⁴ BANDEIRA, E. Enrico Ferri e a escola positiva de Direito Criminal. In: _____ **Estudos de Politica Criminal**. Rio de Janeiro: Typographia Leuzinger, 1912, p. 234.

⁷²⁵ BANDEIRA, E. **Relatórios dos anos de 1909 e 1910 apresentado ao presidente da Republica dos Estados Unidos do Brazil em abril de 1910**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, p. XXXII, 1910. Disponível em: <http://brazil.crl.edu/bsd/bsd/u1906/000001.html>, acesso em 26/03/2015.

⁷²⁶ Bandeira define Política Criminal nos termos de Ferri, ou seja, a parte dos estudos criminais que buscam aplicar os princípios da Sociologia Criminal.

⁷²⁷ BANDEIRA, E. **Estudos de Politica Criminal**. Rio de Janeiro: Typographia Leuzinger, 1912, p. 7.

postulados e os syllogysmos da escola clássica (...), senão com os princípios e as experiências da doutrina italiana.⁷²⁸

Neste texto introdutório de Esmeraldino Bandeira há elementos bem interessantes para se analisar. Para ele o erro do direito antigo era tirar do criminoso sua qualidade humana, eram demonizados, vistos como um ser à parte, carregados de maldade. A partir de fins da Idade Média, o criminoso passa a ser visto como um homem a “hombrear entre os honestos e perfeitos”. Mas objeta Esmeraldino Bandeira,

Identificar, entretanto, o homem criminoso ao homem normal na sua constituição bio-psychica, nos moveis de sua conducta e na pratica de suas ações, equivale a confundir indivíduos que sentem, pensam e agem de modos fundamentalmente diversos e opostos. O direito moderno, por iniciativa da escola italiana, poz afinal o problema em seus termos verdadeiros – mantendo no criminoso a sua qualidade humana e distinguindo em certos homens a anormalidade criminal.⁷²⁹

Ou seja, na leitura de Esmeraldino Bandeira, a escola italiana teria encontrado um meio termo – os criminosos são homens, mas não são normais, são diferentes porque contaminados pela anormalidade criminal – “a criminologia estuda particularmente o *homem anormal*”.⁷³⁰ Todavia, o próprio uso recorrente da palavra “malfeitor” para se referir aos criminosos é um sinal bastante forte de que em alguns autores da escola positiva, como é o caso de Garofalo, trata-se de uma humanidade tão diferenciada e inferior que parece aproximá-la da primeira fase histórica criticada por Bandeira. Há também na nova escola um discurso demonizador, mas agora a maldade está inscrita no organismo, a partir de uma linguagem biológica, médica, científica. Bandeira não se dá conta deste viés na escola positiva, concebendo-a como uma evolução que teria enfim encontrado a verdadeira forma de abordar o homem criminoso em sua especificidade.

Acredita que a criminalidade é primeiramente orgânica e biológica, embora o meio ambiente, social e jurídico, favoreça a eclosão do seu desenvolvimento. Apresenta a classificação de Ferri como a mais verdadeira e científica. Para o jurista brasileiro,

⁷²⁸ BANDEIRA, E. **Estudos de Política Criminal**. Rio de Janeiro: Typographia Leuzinger, 1912, p. 7-8.

⁷²⁹ *Ibidem*, p. 9.

⁷³⁰ *Ibidem*, p. 10.

A classificação dos criminosos em suas categorias essenciaes, a votação de uma lei liberal e providente e a acção de uma administração penitenciária, moralizada e capaz, supprirão em muito as lacunas da penalogia contemporânea.⁷³¹

Prever a classificação dos criminosos não contrasta, portanto, em sua visão, com a aprovação de uma lei liberal – são ambos complementares para a melhoria da penalogia de então.

Defende a individualização da pena segundo o carácter do delinquente, que vise não apenas adaptar a pena às exigências da correção moral, mas às exigências da eliminação natural ou artificial, conforme a temibilidade do delinquente. Esta individualização pode ser feita em três etapas. Cabe à lei dispor ao juiz e ao administrador penas de natureza e regimes diferentes – os tipos de pena devem ser definidas objetivamente pela lei. Também entende Bandeira que a lei deveria determinar medidas de carácter preventivo, de viés mais sociológico do que penitenciário, portanto. A individualização judiciária é mais exequível, pois o juiz tem diante de si o criminoso e pode estudá-lo em sua individualidade antropológica e social, averiguando se o crime é compatível com sua personalidade ou não. Cabe a ele determinar a natureza e propor o regime da pena. Defende nos termos da escola positiva um processo com mais informações científicas e menos formalidades judiciárias e uma magistratura mais especialmente instruída. A individualização administrativa, por sua vez, realizada pela administração penitenciária é a que de fato pode detectar a possibilidade ou impossibilidade de reforma e readaptação. Para Bandeira é a esta que incumbe definir o regime (cuja prescrição pode ser cumulativa com o juiz) e, sobretudo, a duração da pena.

Para o jurista brasileiro a individualização da pena nestes termos é muito mais vantajosa para a defesa pessoal e coletiva que a doutrina da proporção entre a pena e o delito.

Sustenta a substituição da prisão por outros meios reduzindo-se ao máximo a reclusão penitenciária. Essa, em sua opinião, é “um cemitério onde se sepultam e se corrompem os vivos”.⁷³² Apenas em carácter excepcional justifica-se com relação aos criminosos perigosos e quando não há qualquer possibilidade de recorrer a outros meios. Ainda, as prisões devem priorizar o trabalho, pois não tem sentido

⁷³¹ BANDEIRA, E. Individualização da Pena. In:_____. **Estudos de Política Criminal**. Rio de Janeiro: Typographia Leuzinger, 1912, p. 64.

⁷³² BANDEIRA, E. O Homem Criminoso e a Penitenciária. In:_____. **Estudos de Política Criminal**. Rio de Janeiro: Typographia Leuzinger, 1912, p. 25.

punir a preguiça com a ociosidade e o crime com o silêncio. Defende, pois, um sistema que priorize a prevenção⁷³³ e meios que substituam a prisão, como a pena de multa, suspensão da execução da pena (*sursis*), suspensão da sentença condenatória, a prestação de trabalho, reparação do dano à vítima (também defende a competência do juízo criminal), repreensão ou admonição judicial, interdição de certos direitos.⁷³⁴ A lógica que guia este processo que visa a implementação destas novas formas de punição é a preocupação com os direitos do ofendido, que deve se impor como elemento essencial em um sistema de repressão, ainda que sem descurar dos interesses do criminoso.⁷³⁵

Em sua opinião, seguindo a escola positiva, são necessárias penas distintas para categorias distintas de criminosos. Uma mesma pena para todos parte da premissa errada da igualdade entre os homens. Para que haja igualdade da pena, ela deve ser tão diversificada quanto são diversos os criminosos. A forma mais oportuna, segundo Ferri, para se adaptar a forma de reação à ação anti-social é a análise do motivo determinante, combinada com o critério da categoria do agente. Esmeraldino Bandeira defende, todavia, não ser possível estabelecer todas as categorias de delinquentes na lei e por isso a escolha da pena, a partir dos tipos estabelecidos em lei, deve ser do juiz, que tem contato direto com o delinquente e pode analisar suas condições individuais e concluir pelo tipo de pena mais adequado.

Para Bandeira, as penas que visam a emenda ou reforma devem ser aplicadas àqueles criminosos passíveis de reforma, como os primários ou de hábito que não tenham cometido faltas muito graves. Todavia, diferentemente de Lima Drummond, entende que existem criminosos incorrigíveis e para estes cabem apenas as medidas repressivas. Assim expõe:

Embora o conceito da incorrigibilidade ainda esteja para ser formulado sob o ponto de vista legal e penológico, quer quanto à natureza, quer quanto ao número das infrações que o devem integrar: em todo caso a incorrigibilidade

⁷³³ “Colloco-me entre aqueles que, aceitando os ensinamentos da escola fundada por Lombroso, Garofalo, Ferri, Fioretti, Zerboglio e outros pensadores, não acreditam na eficácia da pena como remédio contra a criminalidade, reputando-a uma panacéia fácil e impotente para debelar a reincidência.” (BANDEIRA, E. Adaptação da Lei Bérenger no Brazil. Discurso e apresentação do respectivo projecto na sessão de 18 de julho de 1906 na Camara dos Deputados Federaes. In:_____. **Estudos de Política Criminal**. Rio de Janeiro: Typographia Leuzinger, 1912, p. 239).

⁷³⁴ BANDEIRA, E. Succedaneos da prisão. In:_____. **Estudos de Política Criminal**. Rio de Janeiro: Typographia Leuzinger, 1912, p. 99-142.

⁷³⁵ *Ibidem*, p. 120.

de certos criminosos é um fato de existência material e tangível que ninguém, com efeito poderá negar.⁷³⁶

Considera o móvel tão importante que na discussão do projeto que visava implantar no Brasil o sistema da suspensão da condenação em certos crimes e delitos, quando se tratasse de delinquente primário, propõe a inclusão do artigo que dispunha não ser possível a concessão da suspensão da pena no caso em que as circunstâncias materiais e os motivos morais do delito revelassem a perversidade ou corrupção do caráter do delinquente (artigo quinto).⁷³⁷ Na exposição de motivos de seu projeto indica que tal instituto correspondia à tendência moderna de subjetivação do direito penal (que é a tendência da escola positiva). Indica, ainda, nesta mesma exposição, que não se tratava de uma lei de bondade, de indulgência, de mansuetude, de perdão... e, sim, de inspirada providência social, pois a absolvição de uma primeira falta não representa o seu escopo, senão meio de evitar outras faltas futuras” tratando-se pois, “de um substitutivo penal, um tratamento suscetível de rigor.⁷³⁸

Defende que o alcance do *sursis* deveria levar em conta a distinção entre os incorrigíveis e inadapáveis e aqueles que cometeram um crime por um deslize momentâneo, mas que são homens moralizados e normais. Portanto, sempre como fundamento de fundo, a dualidade de sujeitos.

Seguindo esta lógica, Esmeraldino Bandeira discorre sobre as penas paralelas, ou seja, penas desonrosas (trabalho forçado, casa de correção) e não desonrosas (detenção ou sequestro, a multa, a condenação condicional, a reprimenda judiciária com ou sem caução pecuniária) previamente estabelecidas na lei, que seriam aplicadas aos delinquentes conforme o motivo e sua categoria, ainda que tenham cometido, por exemplo, o mesmo crime.

É a favor, ainda, da sentença indeterminada em termos absolutos, não aceitando as relativamente indeterminadas como professado por Lima Drummond. Para Bandeira, “A indeterminação é um conceito que não admite *graos de*

⁷³⁶ BANDEIRA, E. Sentenças Indeterminadas. In:_____. **Estudos de Política Criminal**. Rio de Janeiro: Typographia Leuzinger, 1912, p. 53.

⁷³⁷ BANDEIRA, E. Adaptação da Lei Bérenger no Brasil. Discurso e apresentação do respectivo projecto na sessão de 18 de julho de 1906 na Camara dos Deputados Federaes. In:_____**Estudos de Política Criminal**. Rio de Janeiro: Typographia Leuzinger, 1912, p. 244. O projeto de Bandeira não foi aprovado. O *sursis* só seria implementado no Brasil pelo Decreto 16588 de 6 de setembro de 1924. O jurista participou da comissão legislativa que redigiu o projeto, que foi aprovado em 1924, sendo a redação do decreto muito semelhante com a de seu projeto.

⁷³⁸ *Ibidem*, p. 245.

significação, quer sob o ponto de vista abstrato e logico; quer sob o aspecto objetivo e pratico”.⁷³⁹ Assim, a pena só deve terminar quando houver prova da emenda do criminoso – se não há como pré-determinar o tempo para a emenda, não há como pré-definir o período da pena.

Tão crítico às divagações abstratas da escola clássica, no que toca à pena indeterminada, Bandeira não se intimida em usar a lógica abstrata como argumento de defesa da sentença indeterminada. Assim se expressa:

É que si diversas legislações consagram (a nossa inclusive), e os juristas admitem a libertação ou o livramento condicional antes de findo o tempo prefixado da pena, quando o condenado parece ter dado provas de correcção; a consequência natural mesmo por força exclusiva da logica abstrata, deveria ser, como discute e conclue Enrico Ferri, o prolongamento da pena para o condenado não corrigido e ainda perigoso.⁷⁴⁰

Esmeraldino Bandeira está ciente de que essa questão tem como pano de fundo uma outra ainda mais importante: o confronto entre a liberdade individual e a defesa social e responde:

Em these penso com Enrico Ferri: - ceda o primeiro em proveito do segundo (...) Por toda parte a liberdade cede á necessidade (...) Assim como o individuo é um simples elemento da sociedade, a liberdade individual é uma simples parcela da defesa social (...) Além disso importa distinguir entre a liberdade que se deve a um homem normal e a liberdade que se póde conceder a um homem criminoso. As garantias de direito são regras abstractas que se têm de condicionar em sua aplicação aos homens e aos fatos. A atividade honesta e a atividade deshonesta não podem pretender acolhida igual nas regras de direito.⁷⁴¹

Este trecho é emblemático em Esmeraldino Bandeira. Nele é explícita a opção pela defesa social. De toda forma, em Esmeraldino Bandeira a prevalência da sociedade sobre o indivíduo, bem como a cisão entre homem normal e anormal, ou seja, o espaço sacro da liberdade aos homens normais e dele excluídos os anormais, possibilita a utilização de mecanismos que afrontem a liberdade destes sem maiores restrições. A desigualdade em sua condição de homem não permite que seus direitos sejam garantidos da mesma forma, afinal, em sua opinião “Não há

⁷³⁹ BANDEIRA, E. Sentenças Indeterminadas. In _____: **Estudos de Política Criminal**. Rio de Janeiro: Typographia Leuzinger, 1912, p. 39.

⁷⁴⁰ *Ibidem*, p. 43. Mas embora defenda a sentença indeterminada, não deixa de admitir que perante as condições de então da magistratura, da organização do processo e do quadro administrativo das prisões, a sua admissão seria ainda mais um flagelo nos regimes penitenciários existentes. Devem, portanto, ser implantadas, mas mediante a reforma processual, judiciária e administrativa.

⁷⁴¹ *Ibidem*, p. 41-42.

duvida que o *melhor* dos criminosos é sempre peor que o mais *vulgar* dos homens honestos (...).⁷⁴²

Porém, como Lima Drummond, defende a importância e necessidade dos Patronatos para auxiliar os ex-condenados no processo de reintegração social, uma vez que as condições negativas e muitas vezes miseráveis em que se encontram quando deixam a prisão muitas vezes os levam a reincidir, e o aumento da criminalidade se dá muito mais pela reincidência do que pelo aparecimento de novos delinquentes. Inclusive, foi por sua iniciativa, quando Ministro da Justiça e Negócios Interiores, que se aprovou o Decreto 8233 de 22 de Setembro de 1910, relativo ao Patronato, cujo projeto havia sido elaborado por Lima Drummond, como já se mencionou.

Esmeraldino Bandeira, apesar de sustentar a assistência aos criminosos por meio do Patronato, vendo este como justo e legítimo, não deixa de demonstrar em seu discurso uma dose de leitura malthusiana sobre a miséria. Entende, por exemplo, que a pobreza muitas vezes é consequência da ociosidade e da preguiça e a miséria o resultado de taras congênitas e moléstias adquiridas,

De modo que, em si próprias as causas da pobreza e da miséria não devem em muitos casos despertar as sympathias que, aliás, sempre despertam (...) Confrontem-se o vício e a ociosidade; a enfermidade e a segregação numa penitenciária que se acharão de natureza muito parecida as causas mais comuns do pauperismo e do delicto.⁷⁴³

Contudo, entende que apesar de doutrinas que sustentam a eliminação dos mais fracos e defeituosos, os séculos XIX e XX marcavam-se pela ênfase na assistência e proteção dos mais desgraçados. De qualquer forma, o pensamento que ilumina os debates sobre o patronato, segundo Bandeira, é o de que

Mais do que o criminoso vale o homem honesto, e mais do que o crime vale a miséria inofensiva (...) beneficiando embora a pessoa do criminoso, o patronato tem como objetivo superior a prevenção da reincidência, quer dizer, a defesa do agregado social contra a reiteração da criminalidade.⁷⁴⁴

⁷⁴² BANDEIRA, E. O Patronato. In: _____. **Estudos de Política Criminal**. Rio de Janeiro: Typographia Leuzinger, 1912, p. 151.

⁷⁴³ *Ibidem*, p. 152.

⁷⁴⁴ *Ibidem*, p. 172.

Entende, ainda, que o ideal seria que os patronatos fossem de iniciativa privada mas, considerando a pouca iniciativa dos povos latinos em assuntos de natureza social, entende a necessidade de serem oficiais.

Em Esmeraldino Bandeira, a questão do equilíbrio entre os direitos individuais e a defesa social parece dar-se exatamente nos termos da escola positiva concebidos por Ferri. Para este, uma característica importante desta escola, e que inclusive corresponde a uma oposição com relação à escola clássica, é a valorização do equilíbrio entre direitos individuais e sociais. A crítica de Ferri é que a escola clássica prioriza excessivamente os primeiros em detrimento da sociedade, uma vez que seu individualismo, para o autor, está focado essencialmente na figura do delinquente. Um dos meios para se chamar atenção a esta nova abordagem da escola positiva foi a valorização da vítima e sua família, bem como seus direitos no processo criminal.⁷⁴⁵ Na verdade, na maior parte dos argumentos da escola positiva, os interesses da sociedade tendem a prevalecer sobre o do indivíduo. O equilíbrio, então, parece ser buscado a partir do discurso que valoriza o indivíduo-vítima e não o criminoso, o que se sustenta e se fortalece por meio da ideia base desta escola que é a cisão entre o homem criminoso e, portanto, anormal e o homem normal. Em Esmeraldino Bandeira percebemos esta mesma dinâmica, pois esta cisão é a base a partir da qual pensa a criminalidade e as formas de reação e, ainda, como vimos, tanto quando defende a substituição da pena de prisão por outros tipos, ou quando sustenta a necessidade do Patronato, em auxílio aos liberados ou egressos, o faz sempre em nome dos interesses do ofendido e da sociedade.

Na verdade, Lima Drummond apesar de não aderir explícita e completamente aos postulados da escola positiva, argumenta o equilíbrio entre direitos individuais e defesa social em termos muito semelhantes aos de Esmeraldino Bandeira e dos criminalistas criminólogos.

Pode-se constatar, assim, que o pensamento de Esmeraldino Bandeira coaduna-se com o liberalismo republicano, que rearticula a dualidade liberal liberdade-segurança, pendendo a balança para a segunda, em nome da defesa da

⁷⁴⁵ “(...) Io penso (...) che i protagonisti del drama giudiziario siano tre: il giudicabile, lo Stato che giudica e la vittima del reato: la parte lesa, che è un protagonista del processo penale e deve essere messa in prima linea nelle preoccupazione giuridiche e morali della giustizia penale, invece di tenerla, come si è tenuta finora, quase in sospetto e in dispregio (...) nel processo penale la vittima del reato deve avere altrettante garanzie di giustizia quanta ne ha e ne deve avere il giudicabile, e quanta ne ha e ne deve avere lo Stato degli onesti offesi dal delitto.” (FERRI, E. Il progetto del Codice di procedura penale – Discorso parlamente (22 maggio 1912) In: _____. **Difesi penali**, v. III, 1886, p. 324).

sociedade e, portanto, o papel do direito criminal, nesta dinâmica, enquadra-se mais adequadamente nos termos da escola positiva.

4.3 RECIFE E O PENSAMENTO CRIMINOLÓGICO

4.3.1 Phaelante da Camara: o sucessor de João Vieira na Faculdade de Recife

Francisco Phaelante da Camara é natural de Pernambuco e bacharelou-se em direito, em 1885, pela faculdade de Ciências Sociais e Jurídicas de Recife. Foi lente de direito criminal desta mesma faculdade por mais de uma década, de acordo com os programas levantados de 1895 a 1908 (vide Anexo 2). É indicado por Antonio Paim como um dos juristas integrantes da Escola do Recife. Seguiu também carreira política, sendo deputado da assembleia provincial no período monárquico e deputado do congresso federal na República.

Em um texto publicado na Revista Acadêmica da Faculdade, “Algumas ideias expendidas ao começar o curso do processo criminal na segunda cadeira da quarta serie jurídica”, o autor deixa bastante clara sua filiação ao discurso racial e evolucionista, com pinceladas de Darwin, da época. Segundo o criminalista de Recife, as raças obedecem a dois fatores: herança e meio. Na África vivem os negros de cérebro estreito, crâneo alongado e nariz chato; na Ásia, a raça amarela, com uma inteligência mais desenvolvida e pragmatismo menos pronunciado e na Europa encontra-se “o creador da civilização do Occidente, mais elevado na hierarquia orgânica e por isso mesmo o mais correcto representante do mamífero humano”.⁷⁴⁶ Seguindo um escritor moderno, cujo nome não cita, menciona que as sociedades passam pelas seguintes fases: a nutritiva, sensitiva, psíquica, intelectual e científica. E, ainda, como a religião, a língua e a arte, o direito tem sua evolução. A justiça, portanto, para o autor, não deve ser concebida como uma estátua de mármore talhada com regras universais e absolutas, sendo, portanto, necessário

⁷⁴⁶ CAMARA, P. Algumas ideias expendidas ao começar o curso do processo criminal na segunda cadeira da quarta serie jurídica. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, v. I, p.101, 1891.

abandonar as ideias inatas de justiça, uma vez que o senso moral decorre de um processo longo e demorado e que mesmo na Europa contemporânea, criminalistas tem provado, afirma o autor, que o atavismo reproduz um certo número de selvagens da pedra polida. E conclui que, muito embora as sociedades estejam se aperfeiçoando e a luta pela existência esteja se humanizando em um processo “seleccionista no desenvolvimento dos meios diversos (...) eu não creio na inteira paz social e na correção completa da justiça, enquanto se der o choque de interesses ofendidos e paixões aculadas”.⁷⁴⁷

Pouca produção relativa ao direito criminal foi possível levantar deste autor. Mas da análise de seus programas, pode-se identificar a presença da escola antropológica tanto em suas lições sobre sistema penitenciário, quanto em suas preleções de direito criminal: apresenta a dicotomia sistema clássico e sistema positivo, explana sobre a segregação por tempo indeterminado; a adaptação dos meios defensivos às categorias antropológicas dos delinquentes contra a unidade clássica da pena; discorre então sobre a classificação ferriana - os criminosos natos (seus caracteres anatômicos e suas idiosincrasias) e a pena de morte; os delinquentes loucos e hospícios penais; os delinquentes de ocasião, os delinquente por paixão e sua relativa impunidade e, nos termos da escola positiva, analisa o sistema celular como uma aberração do século XIX; discorre sobre a mulher criminosa; da influência do clima nas revoltas e sedições; apresenta os substitutivos penais; comenta a identificação do criminoso por assinalamento antropométrico.

Ou seja, percebemos a partir de seus programas que ao menos apresentar os principais pontos da escola antropológica ou positiva o autor o faz. E analisando seu texto publicado “Do infanticídio” na Revista Acadêmica da Faculdade de Recife, tema de sua tese de ingresso na instituição, podemos extrair uma forte influência do positivismo penal em suas concepções e, portanto, podemos concluir por sua adesão à escola.

O autor é crítico tanto com relação ao Código Criminal de 1830,⁷⁴⁸ no que se refere à maneira em que se previu o crime de infanticídio, quanto com relação ao

⁷⁴⁷ CAMARA, P. Algumas ideias expendidas ao começar o curso do processo criminal na segunda cadeira da quarta serie jurídica. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, v. I, p.107, 1891.

⁷⁴⁸ O crime de infanticídio é previsto no Código de 1830 nos artigos 197 e 198:

Art. 197. Matar algum recém-nascido.

Penas - de prisão por tres a doze annos, e de multa correspondente á metade do tempo.

Art. 198. Se a propria mãe matar o filho recém-nascido para occultar a sua deshonra.

Código de 1890. Todavia, em face do primeiro, reserva uma crítica muito mais suave, levando em conta o seu prestígio na cultura jurídica da época, como já se analisou, e destacando o tempo em que foi elaborado, anterior às descobertas da nova escola. Assim expõe:

Prefiro aceitar aquella disposição aberrante das normas jurídicas e do bom senso, como um erro de apreciação ou um falso suposto acerca das opiniões de Bentham; mas, afirmando esta verdade com desassombro, não quero ser acusado de desrespeito e desamor a um dos mais respeitáveis documentos da nossa historia (...) Se atendermos a que aquella código foi discutido ainda na década do século passado; que conforme as leis portuguesas em vigor, vivíamos no regimen atroz da Idade Média em matéria penal; que o nosso legislador em muitos pontos agiu por conta própria e levou a barra adiante das elaborações da doutrina na Europa; se atendermos a tudo isto que a verdade dos factos impõe á justiça da Historia, o nosso amor próprio nacional não se sente melindrado por dizermos que o legislador de 1830 não compreendeu Bentham e aberrou do bom senso ao traçar os contornos do infanticidio no art. 197.⁷⁴⁹

Nenhuma escusa, todavia, merecia o Código de 1890,⁷⁵⁰ cujo erro foi imperdoável tendo em vista as críticas ao código imperial. Talvez a única justificativa para tamanha aberração jurídica fosse “a urgência da *fabricação* do código, no louvável desejo de oferecer ao ministério da justiça do governo provisório um monumento legislativo que assinalasse pelo futuro a dentro o inicio da era republicana”.⁷⁵¹

Uma das maiores razões de sua imperfeição está justamente no fato de ter ignorado as novas ideias, a despeito de, já na época de sua elaboração, estarem circulando e, portanto,

Eram e deviam ser conhecidas no Brazil as novas doutrinas da escola anthropologica, bem como o descredito em que havia cahido o modo de ver

Penas - de prisão com trabalho por um a tres annos.

Previu portanto no artigo 197 a noção lata, compreendendo nela a morte de recém-rascido mesmo quando não praticada por seus progenitores, especificando em artigo à parte uma pena quando o crime é realizado pela mãe para occultar sua desonra. Para Phaelante da Camara esta forma de regular o infanticídio era uma aberração que não se coadunava com as orientações nem de Beccaria e nem de Bentham, jurista que tanto é apontado como forte influência do Código Imperial.

⁷⁴⁹ CAMARA, P. Do infanticídio. **Revista Academica da Faculdade de Direito do Recife**, v. XI, p.184-185, 1903.

⁷⁵⁰ **Art. 298.** Matar recém-nascido, isto é, infante, nos sete primeiros dias de seu nascimento, quer empregando meios directos e activos, quer recusando a victima os cuidados necessarios á manutenção da vida e a impedir sua morte:

Pena de prisão cellullar por seis a vinte e quatro annos.

Paragrapho unico. Si o crime for perpetrado pela mãe para occultar a deshonna propria:

Pena de prisão cellullar por tres a nove annos.

⁷⁵¹ CAMARA, P. *Op. cit.*, p.191.

da velha escola, desprestigiada a tal ponto que o extraordinário esforço de Carrara apenas teve a virtude de evitar-lhe a corrupção dos tecidos, servindo-lhe de liquido para o embalsamento.⁷⁵²

Portanto, para Phaelante da Camara, “consoante os dados anthropologicos colhidos pela nova escola penal não é possível sinceramente admitir a minorante *causa honoris* nos termos latos em que se fez o nosso código”.⁷⁵³

A partir de uma fundamentação, nos termos da escola antropológica, Phaelante da Camara afirma que na mulher também existem os maus instintos, como demonstrado por Lombroso, sendo “facílimo fazer passar por crime ocasional o que é efeito do organismo ou da hereditariedade”⁷⁵⁴ e que os homens “do sexo forte” não devem se deixar influir neste assunto “por motivos fidalgos de cortesia”.⁷⁵⁵ Não cabe a minorante justificada pela honra, pois mais importante é estudar a criminosa, “as suas origens, os seus hábitos, as suas predisposições psychologicas, e toda a rede das suas hereditariedades”⁷⁵⁶, verificando ainda em que tipo de criminoso se enquadra a infanticida. Assim, segundo o criminalista de Recife,

O legislador sendo obrigado a desprezar os velhos preconceitos em vista das novas tendências que obrigam a dar fundamento a toda theoria sobre a função social da defesa contra os malfeitores a observação do individuo e da sociedade nas manifestações anormais do crime, deveria ter pensado que no caso do infanticidio sob pretexto da honra a mulher culpada pode ser também incluída em qualquer das cinco categorias dos criminosos scientificamente organizadas por Ferri; isto é criminosos *loucos, natos, de habito, occasionaes e por paixão*.⁷⁵⁷

Prossegue na crítica à minorante da honra a partir de um prisma evolucionista dos sentimentos e instintos: sustenta que na mãe infanticida chocam-se duas correntes psicológicas: o instinto de conservação da espécie e o sentimento da honra, sendo o primeiro muito mais antigo na evolução dos instintos, com raízes profundas e longas e, portanto, mais forte e internalizado do que o segundo, fruto da conquista da civilização e das convenções sociais e que, segundo Garofalo, não apresenta qualquer uniformidade entre as sociedades, famílias, classes sociais. Cita ainda Tarde, que estudando as estatísticas da França sobre infanticídio e aborto

⁷⁵² CAMARA, P. Do infanticídio. **Revista Academica da Faculdade de Direito do Recife**, v. XI, p.202, 1903.

⁷⁵³ *Idem*.

⁷⁵⁴ *Ibidem*, p. 203.

⁷⁵⁵ *Ibidem*, p. 202.

⁷⁵⁶ *Ibidem*, p. 212.

⁷⁵⁷ *Ibidem*, p. 203.

teria concluído que os algarismos apenas atestavam a voluptuosidade e a dissolução crescente dos costumes.⁷⁵⁸

Phaelante, todavia, finaliza seu texto com um ar um tanto desiludido no que se refere às mudanças, sobretudo, com relação ao espírito jurídico brasileiro:

(...) declaro que, ao traçar as observações que ahi ficam, não me preocupei, de modo algum, com o seu êxito, por saber que o velho espirito jurídico, em toda a parte e principalmente no Brazil, tem pontos de contacto com o dogmatismo astronômico d'aquelle teimoso professor peripatético.⁷⁵⁹

Não é possível precisar, mas muito provável que a ironia tenha sido dirigida ao autor do Código de 1890, João Baptista Pereira, o qual era considerado filiado da escola clássica e resistente às novas ideias da “escola antropológica”. Embora publicado em 1903, este texto havia sido escrito na década de noventa do século XIX, em que ainda pairava uma impressão da cultura jurídica penal de mais resistência do que adesão à “nova escola”.

4.3.2 Gervasio Fioravanti Pires Ferreira

Gervasio Ferreira ingressou na Faculdade de Recife em 1885 formando-se em 1889. Foi promotor público de 1890-1893. Em 1915 elegeu-se deputado federal por Pernambuco. Foi ainda redator de alguns jornais, como “A ordem” e “A República”. Aparece no quadro de professores de direito criminal da Faculdade de Recife de 1897 a 1928, dividindo a cátedra ora com Phaelante da Camara e depois com Octavio Hamilton Tavares. Em seus programas percebe-se a forte influência das ideias da antropologia criminal e da sociologia criminal, bem como a apresentação e confrontação entre as escolas clássica e positiva, como era frequente na forma de explanação das correntes penais da época. Tanto em seus programas relativos ao Direito Criminal, quanto àqueles referentes ao Direito Criminal Militar e Regime Penitenciário (programas que eram alternados pelos professores de direito criminal) a presença das novas ideias era significativa.

⁷⁵⁸ CAMARA, P. Do infanticídio. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, v. XI, p. 209-211, 1903.

⁷⁵⁹ *Ibidem*, p. 216.

Os programas, todavia, não são suficientes indícios para identificar o grau de adesão e a leitura que estes autores tinham sobre a antropologia e sociologia criminais. Assim, deste autor foram identificados dois textos: “Da reincidência do Código Penal”, trabalho de tese que apresentou em seu concurso para professor substituto na Faculdade, em 1896 e depois publicado pela Revista Acadêmica da Faculdade de Recife, em 1908, e o texto “A prisão celular é condição sine qua non de um bom sistema penitenciário?”, prova escrita também elaborada pelo autor no mesmo concurso, sem auxílio de livros e sem revisão, também posteriormente publicado na Revista da Faculdade. Não há, ou ao menos não foi localizado em qualquer das bibliotecas pesquisadas, uma obra que sistematizasse suas lições como de grande parte dos juristas aqui analisados. Mas a partir destes dois textos é possível situar o jurista no quadro da cultura jurídica penal da época.

No primeiro, em que discorre sobre a reincidência no Código de 1890, o autor não pode ser mais crítico com relação à opção legislativa brasileira à reincidência específica, tida como a “infância do direito criminal”. Como já se pôde analisar, a crítica ao código penal republicano era lugar comum na época e em Gervasio Ferreira não apenas ela estará presente, como também a visão do misoneísmo brasileiro no direito criminal (já pontuada acidamente por Viveiros de Castro) identificado com o apego ao Código de 1830. Em suas palavras:

Não há aqui uma expansão misoneísta, a que a iconoclastia republicana (no direito criminal, já se vê), desse azo; mesmo porque, como adiante se exporá, eu não ficaria, no assumpto de que vou tratar e em outros, senão de muito má vontade nos estreitos limites do Código de 1830. Mas incontestável que só a cegueira não vê que a reforma de certas disposições da anterior legislação e a transplantação de outras de Códigos estrangeiros para o da República deu um resultado esse amalgama confuso e ás vezes mysterioso, que se impoz como legislação criminal de um povo.⁷⁶⁰

Mais uma vez, o Código de 1830, embora também previsse a reincidência específica (em que pese não definir o que era crimes de mesma natureza, como o fez o de 1890) tem a seu favor o tempo – quando redigido “(...) não contava com a orientação dos progressos da anthropologia criminal (...) de modo porque se não dá com o de 1890, contemporaneo cego á sciencia e surdo á verdade”.⁷⁶¹

⁷⁶⁰ FERREIRA, G. F. P. Da reincidencia no Código e 1890. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, v. 16, p. 4, 1908.

⁷⁶¹ *Ibidem*, p. 15.

Para Gervasio Ferreira, o único mérito do código de 1890 teria sido ser original demais, criando uma reincidência própria e única – a “reincidência brasileira.” Obviamente que se refere a este mérito em um tom bastante irônico e vexatório.

Com esta previsão, segundo o autor, o código não pune mais severamente os mais perigosos, baseando seu argumento em Lombroso, para quem justamente aqueles indivíduos dotados de instintos anti-sociais indecisos são mais perigosos.

Ainda, Ferreira discorda do fato de que a reincidência sempre deva agravar, independente dos móveis do delito, que são os elementos mais centrais para se verificar a perigosidade do delinquente. Para o autor, sempre que a reincidência der a medida da temibilidade do réu deve ser aplicada, seja em crimes dolosos, culposos ou contravenções, seguindo aqui Garofalo, para quem os crimes culposos também eram indícios de temibilidade.

Referindo-se aos clássicos, considera que embora a lógica de quem analisa o crime como uma entidade metafísica e abstrata e não o criminoso (e por isso a dificuldade em encontrar o “nexo ontológico” entre o crime de hoje e o de amanhã) fosse não aceitar a agravação da pena para o reincidente, constata que grande parte deles a defende. Para Ferreira, tal nexos, “ídolo de teatro”, o conceito de temibilidade teria destruído, fazendo repousar sobre si a maior responsabilidade daqueles que não se adaptam à sociedade e, por isso, simbolizam maior perigo e alarma social e, assim, não o crime, mas o criminoso, não a imputação que se refere ao acto, mas a responsabilidade que se refere ao agente, serve de fundamento a esse instituto jurídico.⁷⁶²

Não entra no mérito da análise das causas sociais, naturais ou físicas do crime,⁷⁶³ mas afirma que muitas estão no próprio código e no sistema penitenciário. Em suas palavras:

Mas não é só a exiguidade das penas impostas aos reincidentes, as dificuldades da acção publica e a inactividade da policia entre nós e, como coroamento, a benevolência proverbial do jury, que constituem um novo incitamento para o crime. É ainda mais, a insistência nas mesmas penas depois de se ter reconhecido que ellas são inefficazes por sua própria natureza.

⁷⁶² FERREIRA, G. F. P. Da reincidencia no Codigo e 1890. **Revista Academica da Faculdade de Direito do Recife**, v. 16, p. 11-12, 1908.

⁷⁶³ Repete assertivamente alguns argumentos comuns da escola positiva: a religião e a instrução de nada valem para o controle da criminalidade.

E conclui com a comparação, a qual embora reconheça que muito repetida, não deixa de ser justa: “É o caso do medico que applicasse para todos os doentes os mesmos remédios apesar deles não darem resultado”.⁷⁶⁴

Assim, para o autor, o fundamento jurídico da reincidência é a maior temibilidade do criminoso. Fundamento que implicava, em sua opinião, uma casuística que os legisladores até então não haviam conseguido elaborar, mas que, de toda sorte, deveriam os códigos conter em linhas gerais, sendo tarefa do juiz a real individualização da pena. E aqui considerava fundamental o auxílio dado pela antropologia criminal, com seus estudos sobre o delinquente e seus aspectos psicológicos e sociais:

As formulas abstractas e os princípios absolutos das legislações não resolvem um problema psychologico e social. A anthropologia jurídica lançou a fecunda semente da classificação dos delinquentes e da pesquisa do character e da individualidade do criminoso, até então desdenhados (...) somente hoje, digo, o exame dos carcateres especiaes dos infractores da lei tem tomado vulto procurando-se reduzi-los a categorias discriminadas, como esgalhamentos da arvore sombria a que o gênio de Cesar Lombroso chamou *uomo delinquente*.⁷⁶⁵

Sem entrar no mérito das diferentes classificações que se apresentam, dando destaque, como de habitual, à teoria de Ferri, o autor defende que em matéria de reincidência o mais importante é identificar os incorrigíveis.

Ainda que não assuma uma postura radical quanto à incorrigibilidade, “Pondo de lado qualquer teoria absoluta e abstracta da incorrigibilidade que se queira fundar em dimensões craneanas, apêndices lemurianos, côr dos cabelos, etc.,” defende que “a questão tem um ponto de vista pratico e é sob ele que é preciso encaral-a”.⁷⁶⁶ Nestes termos, para o autor, os incorrigíveis são aqueles para os quais é necessário se tomar medidas excepcionais.

A estes afirma como necessária a eliminação, seja pela pena de morte seja, inclusive, pela transportação para ilhas ou paragens desertas como “meio seguro de eliminação, equivalente a uma pena de morte desfarçada, seleção spartana que eu

⁷⁶⁴ FERREIRA, G. F. P. Da reincidencia no Codigo e 1890. **Revista Academica da Faculdade de Direito do Recife**, v. 16, p. 37, 1908.

⁷⁶⁵ *Ibidem*, p. 39-40.

⁷⁶⁶ *Ibidem*, p. 40.

admito, mas *cum grano salis*".⁷⁶⁷ Meios eliminativos recomendáveis e aplicáveis não apenas aos reincidentes incorrigíveis, mas também àqueles criminosos que, embora em um único ato, tenham demonstrado uma perversidade excepcional.

Recomenda: para os dotados de energia criminosa, a agravação da pena; para os ausentes de energia (mendigos, vagabundos...), a sequestração relativamente indeterminada; para os casos patológicos, os manicômios.

O que para o autor é fundamental, portanto, é eliminar a uniformidade de tratamento aos delinquentes de hábito e de ocasião e o abuso das penas de pequena duração, uma das causas mais notáveis da reincidência, segundo o autor. Defende a criação dos patronatos, dos *cahiers judiciaires*, indispensáveis para o processo de individualização, pois nele constam as biografias dos delinquentes, não apenas seus dados criminais, medidas antropométricas, mas também indicações de sua existência social.

No texto "A prisão celular é condição sine qua non de um bom systema penitenciário?" também reproduz os ensinamentos da escola positiva – nas palavras de Ferri responde: a prisão celular é uma aberração. Não apenas emprestando os argumentos estrangeiros, endossa esta opinião tendo em vista as peculiaridades brasileiras, que tornavam tal medida ainda mais impraticável:

Entre nós, é indubitável, que as condições naturaes do meio, o clima tropical depauperador, veda a aplicação de um systema, que, felizmente ficou no domínio platônico das nossas penalidades. A prisão celular, pois não só não é uma condição *sine qua non* de um bom systema penitenciário, como até deve ser de qualquer d'elles relegada.⁷⁶⁸

Assim, podemos perceber, da análise destes textos, que a presença dos elementos da escola positiva em seus programas, não constava apenas a título de explanação das novas ideias. Em geral, o autor tende a aderir aos seus principais postulados como a temibilidade (como fundamento da reincidência), a incorrigibilidade e, por conta desta, a defesa de meios eliminativos, a individualização da pena tendo em vista os estudos da antropologia criminal sobre a classificação dos criminosos e a rechaço à pena de prisão celular.

⁷⁶⁷ FERREIRA, G. F. P. Da reincidencia no Codigo e 1890. **Revista Academica da Faculdade de Direito do Recife**, v. 16, p. 42, 1908.

⁷⁶⁸ FERREIRA, G. F. P. A prisão celular é condocção sine qua non de um bom systema penitenciário?". **Revista Academica da Faculdade de Direito do Recife**, v. 23, p. 26, 1915.

4.3.3 Octavio Hamilton Tavares Barreto

Aparece no quadro de professores de Direito Criminal da Faculdade de Recife de 1908 até 1929, juntamente com Gervasio Ferreira. Foi deputado estadual (várias vezes) e de 1919 a 1923 exerceu também a função de Presidente da Assembleia de Pernambuco. Em 1924 elegeu-se deputado federal por Pernambuco e em reeleição mantém o mandato até 1929.

A partir da análise de seus programas, também pudemos constatar uma presença significativa das ideias do positivismo penal. As únicas publicações localizadas pertinentes ao tema da presente pesquisa foram sua prova escrita, para o concurso de professor, publicada pela Revista Acadêmica, em 1908 - nesta o jurista responde à pergunta: “Pode o crime político ser, em sua gênese, explicado por influencias cósmicas e anthropologicas de preferencia ás sociaes? – Os crimes que constituem as figuras dos arts. 87^a 106 do Codigo Penal são políticos, e se acham bem catalogados sob a epigraphe do respectivo capitulo?”, bem como seu discurso professado, em 1924, perante a Câmara dos deputados, em que defende o caráter indeterminado da pena.

Analisemos a primeira. Ao questionamento central da prova o autor responderá, nos termos da escola positiva, sobretudo, de Ferri. Inicialmente aponta que a própria pergunta

Deixa fora de questão que o crime não deve ser encarado senão como um fenômeno natural, obedecendo as causas phisicas e sociaes. Ficamos assim dispensado de discutir o velho e já batido thema da escola espiritualista ou clássica de Direito Criminal, que ainda sustenta que o crime é um verdadeiro fiat da vontade humana.⁷⁶⁹

Ou seja, exatamente em termos ferrianos, parte da premissa do crime como um fenômeno natural, negando o livre arbítrio e, portanto, também a responsabilidade moral.

Cita a obra de Lombroso (e Laschi) “O delito político” em que este aponta a existência de um tipo antropológico do criminoso político, identificando como causas

⁷⁶⁹ BARRETO, O. H. T. Concurso de Direito Criminal realizado em 1908 na Faculdade de Direito do Recife. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, v. 25, p. 71-72, 1917.

do delito político as influências climatéricas, orográficas combinadas com o misoneísmo que caracteriza certas raças – as raças dolicocefalas com tendências a ideias adiantadas, enquanto as braquicéfalas conservadoras. Bem como, ainda, apresenta a distinção de revolução, fenômeno psicológico e a revolta, fenômeno patológico.

O autor, a partir das críticas também de Tarde, não segue o antropólogo italiano, afirmando ser sua tese aventurosa, “(...) mas que não deu outro resultado senão o de haver proporcionado ao notável cientista uma ocasião mais de fazer valer o seu engenho e o seu vasto saber”.⁷⁷⁰

Destaca, ainda, não concordar com a tese de Lombroso do tipo do homem criminoso, suficientemente rebatida, em sua opinião, no Congresso de Antropologia Criminal de Bruxelas, e portanto não mais “capaz de servir de base às reformas praticas e às aplicações científicas a que se propõe a escola positiva”.⁷⁷¹ Tendo sido o tipo do criminoso político construído a partir da mesma lógica, não aceita também esta categoria, seguindo Ferri, “o mais alto representante da cultura italiana, a figura mais notável da escola positiva do Direito Criminal”⁷⁷², no sentido de que o criminoso político não é um tipo específico, mas pode se enquadrar em qualquer das espécies de criminosos, demonstradas na classificação de Ferri.

Seguindo o eminente jurista italiano, então, “respondemos que em nome da própria escola positiva, representada pelo mais ilustre dos seus chefes, pode-se afirmar que é inaceitável a explicação da delinquência política por influencias cósmicas e anthropologicas de preferencia ás sociaes”.⁷⁷³ E nem tão pouco predominam as sociais, uma vez que o crime, afirma, como entende Ferri, é um fenômeno complexo no qual concorrem as causas físicas, biológicas e sociais, cuja combinação define a delinquência em geral e a política. Uma desorganização social, o despotismo, podem acarretar, por exemplo, manifestações revolucionárias, mas que devem atuar com a causa individual e biológica, sem as quais não eclodiriam.

Em seu discurso, de 1924, declara explicitamente que “após o formidável debate travado nestes últimos tempos em torno das teorias referentes ao delito, ao delinquente e à pena, passou a ser ponto assente que a penalidade não deve ser

⁷⁷⁰ BARRETO, O. H. T. Concurso de Direito Criminal realizado em 1908 na Faculdade de Direito do Recife. **Revista Academica da Faculdade de Direito do Recife**, v. 25, p. 72, 1917.

⁷⁷¹ *Ibidem*, p. 73.

⁷⁷² *Ibidem*, p. 74.

⁷⁷³ *Ibidem*, p. 75.

encarada senão como pura medida de defesa social contra o criminoso”.⁷⁷⁴ Defendia então que a repressão deveria buscar dois objetivos fundamentais: segregar os inadapáveis e tentar melhorar os delinquentes, quando possível, em elementos úteis à sociedade.

Para ele as soluções da escola positiva eram as mais adequadas e, neste sentido, entende que a duração da pena deveria depender da capacidade de adaptação do criminoso à vida social, o que não era possível determinar na sentença, sendo um perigo, para a sociedade, libertar um delinquente incorrigível. Mas, neste ponto, estava ciente da abertura a possíveis arbitrariedades, bem como da aplicação desigual da medida entre ricos e pobres, com a maior proteção daqueles e perseguição dos últimos. Para ele, então, a solução seria a criação de uma comissão técnica (composta pelo juiz criminal, médico da prisão, administrador e representante do ministério público), como propunha Liszt, responsável por uma revisão periódica da sentença, cercado de todas as garantias, portanto, o condenado.

Assim, podemos ver em Octavio Tavares uma adesão aos postulados da escola positiva, inclusive, por ele mesmo declarada. Adepto, porém, ciente dos perigos da concretização de uma de suas propostas centrais, a sentença indeterminada e do seu uso diferenciado (pobres e ricos). Sua cautela, todavia, não chega ao ponto de negá-la, mas apenas cercá-la de algumas garantias em favor do condenado, cujos interesses, porém, devem estar subordinados à defesa da sociedade.

⁷⁷⁴ BARRETO, O. H. T. Discurso pronunciado pelo deputado e professor Dr. Octavio Tavares na Camara Federal em novembro de 1924. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife.**, v. 32, p. 453-454, 1924.

4.4 SÃO PAULO E O PENSAMENTO CRIMINOLÓGICO

4.4.1 Pedro Lessa e a permeabilidade do pensamento criminológico na Academia Paulista

Pedro Lessa foi magistrado, político e professor de filosofia da Faculdade de Direito de São Paulo (1891-1909), onde se formou em 1883. Foi chefe de polícia do estado de São Paulo e deputado da Assembleia Constituinte em 1891, fazendo parte da elaboração da Constituição estadual. Em 1907, foi nomeado Ministro do Supremo Tribunal Federal. Em 1910 é eleito para a Academia Brasileira de Letras e foi membro do Instituto Histórico e Geográfico. Crítico com relação ao positivismo de Comte, absorve as influências da Antropologia e da Sociologia que remexiam, sobretudo, os alicerces do Direito Criminal e que partiam do evolucionismo, principalmente, de Spencer. Crítico da lei dos três estados de Comte, Lessa, pode ser considerado como um dos juristas paulistas mais heterodoxos, segundo Machado Neto - prova desta heterodoxia, de acordo com este autor, pode ser identificada em ter admitido “a inevitabilidade da metafísica e a convivência da religião com a ciência e a filosofia, e, em matéria política, o ter-se orientado para um ideal socialista”.⁷⁷⁵

Há um texto emblemático de Pedro Lessa, em que é possível vislumbrar sua heterodoxia de maneira bastante clara. Neste texto o autor busca responder a uma pergunta central: “Ha um direito natural?”. Lessa apresenta e desconstrói tanto o jusnaturalismo teológico, quanto o racionalista. O primeiro não demonstra cientificamente a existência de um direito natural e, tendo como fundamento algo sobrenatural, não se sustenta em vista do progresso das ciências modernas; o segundo, para o qual o direito natural corresponde ao conjunto de princípios concebidos pela razão, também não sobrevive em face das demonstrações da psicologia e da lógica, de acordo com as quais estes princípios e conceitos são

⁷⁷⁵ MACHADO NETO, A. L. **História das ideias jurídicas no Brasil**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1969, p 63. Para Lessa a ciência do direito “tem por objeto o conjunto orgânico das condições de vida e desenvolvimento do indivíduo e da sociedade, dependentes da vontade humana e que é necessário sejam garantidas pela força coercitiva do Estado.” (LESSA, P. **Estudo de Filosofia do direito**, 2 ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1916, p.82-83).

resultado de indução, uma apreensão discursiva e não uma intuição imediata. Para responder à pergunta, depois de desconstruídos os dois grandes sistemas de direito natural, o jurista segue apresentando algumas concepções do que seja “lei” segundo Comte, Stuart Mill, Spencer e define: “leis são as relações constantes e invariáveis que ligam os fenômenos”. Conclui que a nossa inteligência descobre a lei moral pelos mesmos processos que aplica aos estudos das leis físicas, ou seja, observação, comparação, abstração, indução e dedução. E que nos fenômenos morais prevalece a necessidade, assim como nos orgânicos. Necessidades que estão sujeitas a leis e, portanto, sanções naturais (perecimento ou estacionamento da sociedade) que são muito mais graves que as sanções criadas, sendo estas, na verdade, uma forma de evitar aquelas. As leis, os costumes, as instituições que regem a sociedade são constituídas por normas variáveis, mas algumas correspondem a um *quid* invariável, um *abstractum* de princípios fundamentais que são necessários e permanentes: “É impossível a existência de uma agremiação humana sem normas que, de qualquer modo, regulem a propriedade, a prestação de serviços contractados, a união do homem com a mulher, a transmissão de bens dos mortos aos sobreviventes”.⁷⁷⁶ E, para o autor, estes princípios fundamentais e específicos do organismo social constituem o direito natural. Ainda que não haja estas normas entre os selvagens, isso não quer dizer que elas simplesmente não existam, afinal, eles também infringem as leis da higiene e nem por isso estas leis deixam de existir, objeta o autor. Portanto, para Lessa

Sob este aspecto, o direito natural é perfeitamente comparável à higiene. As agremiações humanas que não se disciplinam juridicamente, sob o impulso do instinto de conservação, estão fatalmente votadas à decadência, à desagregação, à completa extinção.⁷⁷⁷

Perecebe-se, então, a sua heterodoxia exatamente no fato de que Lessa se utiliza de uma argumentação vinculada ao positivismo, ao evolucionismo (premissa selvagem homem civilizado) e ao naturalismo justamente para fundamentar a existência do direito natural. Desvinculando-o da metafísica e encontrando-o pelos métodos da ciência, indução e observação, o jurista concilia o que a princípio parece inconciliável: direito natural com uma leitura evolucionista do direito.

⁷⁷⁶ LESSA, P. Há um direito natural? **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito de São Paulo**, v. 2, p. 134, 1894.

⁷⁷⁷ *Ibidem*, p. 135.

Tendo em vista suas influências, interessou-se pela recepção do pensamento criminológico e as consequências que este teria para questões centrais do direito criminal, sobretudo, no que se refere à responsabilidade. Inclusive em alguns de seus programas de disciplina (1893-1896) noções de psicologia, como assim intitulava, como a razão, a sensibilidade e a vontade, e por sua vez nesta a questão do livre arbítrio e do determinismo, faziam parte dos tópicos trabalhados.

A análise deste jurista se dará sobretudo a partir de seu texto “O determinismo psychico e a imputabilidade e responsabilidade criminaes”. Neste texto, o autor pretende mostrar as duas teorias que buscam explicar o mecanismo da vontade: a do livre arbítrio e a do determinismo, o qual, segundo o autor, se ramifica em três doutrinas: determinismo mecânico (explica os fenômenos no mundo físico), determinismo fisiológico (explica os atos voluntários do homem pelos instintos, sentimentos, inclinações, influências do meio, temperamento – ao qual Lombroso e seus adeptos adotam) e por fim o determinismo psicológico, o qual além dos elementos indicados no anterior, admite também como fatores de volição a ideia, o pensamento, o raciocínio e os conhecimentos científicos.⁷⁷⁸

Para o autor no estado da filosofia de então, as doutrinas com considerável número de adeptos seriam a do livre arbítrio e a do determinismo psíquico. Segundo Lessa, a grande questão não se refere a afirmar ou negar se agimos conforme nossa vontade – isso é liberdade de ação, mas em que medida esta vontade é livre, ou seja, independente de influências internas ou externas.

O autor explica que para a teoria do livre arbítrio a vontade é um poder independente, uma entidade autônoma, não influenciada por motivos, sejam eles de qualquer natureza – estes não são causas para a volição.

Para o autor, a nossa vontade é o produto necessário da integração dos motivos (externos) e da atividade psíquica (interno - o caráter de cada um)⁷⁷⁹ – a energia que o motivo provoca depende da formação psíquica do sujeito e por isso um mesmo motivo produz efeitos diferentes de acordo com o indivíduo. O que qualifica uma volição de boa ou má é o motivo. Quando existem motivos de diferente natureza em conflito é a inteligência unida aos sentimentos (uma vez que não se trata de mero raciocínio científico) que fazem a deliberação de qual deve prevalecer.

⁷⁷⁸ LESSA, P. **O determinismo psychico e a imputabilidade e a responsabilidade criminaes**. São Paulo: Typ. Duprat & C., 1905, p. 6-7.

⁷⁷⁹ *Ibidem*, p 22.

Em cada pessoa as ideias e sentimentos (que constituem o seu carácter) dependem da educação física, moral e intelectual, da hereditariedade e dos meios cósmico, orgânico individual e social. E “De todos os elementos que concorrem para a formação do carácter, para a constituição psíquica ou ethos, o principal é a educação”.⁷⁸⁰

Se se partisse da ideia de livre arbítrio, a partir da qual os motivos não são causas da vontade e não a determinam, portanto, não haveria razão em ensinar o bem e os valores da justiça para as crianças, uma vez que suas ações decorreriam de uma vontade independente de qualquer elemento externo. Assim, segundo o autor, os estadistas e legisladores, quando estabelecem penas e recompensas, estão criando motivos para influir na vontade e, neste sentido, todos são deterministas.⁷⁸¹ Para Lessa, os códigos penais não passam de uma série de motivos integrantes das nossas condutas.

O determinismo de Lessa não corresponde a um determinismo fatalista, mas um determinismo que permite intervenção para melhorar o homem e a sociedade. Como afirma o autor:

Do que temos escripto deriva necessariamente este corollario: aproveitando-nos dos conhecimentos científicos, conhecendo as leis a que está subordinado o homem, individual e sociealmente considerado, podemos frequentemente intervir na produção dos fenômenos, de acordo com a teoria do determinismo.⁷⁸²

O autor se utiliza de uma das metáforas mais correntes da época e muito frequente nos argumentos da escola positiva – a analogia entre ação de cura do indivíduo, pela intervenção do médico e a possibilidade de cura da sociedade, por meio de intervenções que, viabilizadas pelo conhecimento das causas dos fenômenos sociais, age extinguindo alguns (os prejudiciais) e produzindo outros (os benéficos). Este raciocínio aplica ao direito penal, como bem formulam os positivistas:

⁷⁸⁰ LESSA, P. **O determinismo psychico e a imputabilidade e a responsabilidade criminaes**. São Paulo: Typ. Duprat & C., 1905, p 30.

⁷⁸¹ *Ibidem*, p. 38. “Se estamos convencidos de que os nossos actos voluntários são produzidos pelos motivos e pelo character, ou constituição psychica, de cada um, e por isso convém formar o espírito, imprimindo-lhe certa direção, gravando nelle certas tendências, habituando-o a certa corrente de acções, e preparando um seminário de motivos que sejam propulsores eficazes da vontade dos homens na sociedade, que é o que fazem os estadistas e os legisladores, quaisquer que sejam as suas teorias filosóficas, por esse modo manifestamos a convicção de que os factos se passam como ensina o determinismo psychico”. (*Ibidem*, p. 40).

⁷⁸² *Ibidem*, p. 41.

Conhecidas as más disposições, as tendências criminosas de um homem, reveladas pela perpetração de um acto criminoso, nada mais logico para um determinista do que, no interesse da conservação da sociedade, afastar desta o delinquente, ou tolher-lhe a actividade (...) Averiguada a relação entre a causa e o efeito, evitamos o efeito, tornando inerte a causa.⁷⁸³

Ainda, “E assim como pelos esforços da hygiene, privada e publica, se libertam os indivíduos da acção perniciosa de certas bactérias, assim também pelos esforços conjunctos do individuo, da família e do Estado, podemos e devemos eliminar a acção perniciosa de certos motivos, determinantes da conducta.”⁷⁸⁴

Reformar instituições injustas e melhorar os meios de vida, suprimindo a miséria econômica e moral, é agir no melhoramento psíquico do indivíduo – reduzir as desigualdades econômicas, intelectuais e morais é um meio eficiente de reduzir a criminalidade, segundo o autor.

Uma das intervenções mais eficazes para o autor, como já mencionado, é justamente a educação moral. Em suas palavras:

Devemos pela educação moral e pela cultura da inteligência, tirando todo proveito da teoria científica e incontestável do determinismo, oppôr aos moveis e motivos inferiores ou condemnados pela ethica, motivos mais elevados, cuja energia depende da educação moral e intelectual que tiver recebido o agente.⁷⁸⁵

Para ele, é por meio da educação que se adquire a ideia e o sentimento do bem, que correspondem a motivos que afastam a vontade do crime. Considerando a vontade como efeito da combinação do caráter com os motivos, pode-se determinar o sujeito como causa da ação e dando-se os mesmos motivos com o mesmo caráter (ideias e sentimentos), tem-se o mesmo comportamento.⁷⁸⁶

O autor apresenta em seu texto, ainda, as diferentes teorias sobre o fundamento do direito de punir, a partir do fundamento da própria pena. Menciona as teorias absolutas, relativas e mistas e filia-se às relativas no sentido de entender como fundamento da pena a conservação, a defesa social: “Defende-se a sociedade contra os delinquentes por meio da pena, para o fim de conservar a sociedade (...) O

⁷⁸³ LESSA, P. **O determinismo psychico e a imputabilidade e a responsabilidade criminaes**. São Paulo: Typ. Duprat & C., 1905, p. 87.

⁷⁸⁴ *Ibidem*, p. 109.

⁷⁸⁵ *Ibidem*, p. 44.

⁷⁸⁶ *Idem*.

direito de punir, pois, têm seu fundamento em uma necessidade, é um instrumento de conservação social".⁷⁸⁷

O jurista cita tanto clássicos como Carrara e Ortolan, quanto filiados à escola positiva, como Florian, afirmando que há um acordo entre eles de que o sofrimento, a causação de um mal é um dos fins essenciais da pena. Equivoca-se o autor neste momento: cita Florian, indicando os fins da pena apontados por este autor (impossibilidade de fazer um mal, emenda e correção, afastar os outros indivíduos da senda do crime) identificando nestes elementos a ideia, semelhante à dos clássicos, de que um dos fins da pena é fazer o delinquente sofrer. Nem há nestes elementos a indicação do sofrimento como um fim e nem esta é uma ideia preconizada pelos positivistas, que afirmavam que esta visão de pena como castigo pertence a uma concepção metafísica de raízes quase teológicas do direito criminal, em que nada se coaduna com suas concepções científicas de que o delinquente é um ser doente e anormal que precisa de tratamento/cura.

Na sequência aponta as divergências no que se refere à emenda como possível finalidade da pena. Não menciona filiação de escolas, mas apenas comenta que alguns criminalistas entendem que se este for um fim da pena, a consequência seria a necessidade de penas indeterminadas, o que provocaria a prevalência do arbítrio sobre a lei e outros, ainda, indicam que este fim (a emenda) é irrealizável, apontando como principais seguidores desta postura, os adeptos das classificações de criminosos, constando nelas sempre uma classe de delinquentes tidos como incuráveis, instintivos, natos, incorrigíveis.

Equivoca-se mais uma vez o autor. Primeiramente se esquece de mencionar que para muitos que entendem que a pena deve ter função de emenda a consequência de as penas se tornarem indeterminadas não é refutada, mas pelo contrário, defendida como medida essencial para a defesa social, e munindo este argumento contra todas as possíveis objeções ligadas ao arbítrio que prevaleceria em detrimento da lei. Ainda, com relação ao segundo grupo por ele mencionado, os criminalistas que aderem à classificação dos delinquentes também, em certa medida, defendem a possibilidade de emendas de determinados tipos de criminosos. De fato, para os incorrigíveis prevêem meios repressivos mais drásticos

⁷⁸⁷ LESSA, P. **O determinismo psíquico e a imputabilidade e a responsabilidade criminaes**. São Paulo: Typ. Duprat & C., 1905, p. 53-54.

e eliminatórios, mas para tantos outros, medidas que visam exatamente amoldar e corrigir o caráter, tornando-os mais adaptáveis ao meio social.

Conclui com Florian que então a emenda deve ser considerada fim accidental e não principal, uma vez que entende que de fato “a observação nos mostra que há delinquentes, que não se corrigem nunca, facto incontestável”.⁷⁸⁸

Assim, além do fim principal de intimidar e oferecer um motivo que freie ou propulse a vontade do homem e do fim accidental de corrigir, a pena deve servir para *eliminar* os delinquentes defeituosos ou anormais (palavras do autor), “de impossibilitá-los para a prática do crime, processo de *seleção artificial* aplicável a todos os criminosos incorrigíveis, mas somente a estes, e por isso limitado, pelo que não constitui um *fim essencial* da pena”.⁷⁸⁹

É impossível não perceber a influência da escola positiva em Lessa. O autor é bem explícito quando em artigo publicado na Revista Acadêmica de São Paulo faz críticas diretas à escola antropológica, que teria generalizado ideias, mergulhado em profundas contradições e partido de uma ideia sem base verdadeiramente científica, que é o criminoso nato. Mas, neste mesmo texto, elogia a escola sociológica, na medida em que valoriza, sobretudo, os elementos preventivos contra o crime (higiene das habitações, educação física e moral da infância, união profissional...) e o grau de intensidade do móvel anti-social e as condições do meio que o impelem.⁷⁹⁰ Todavia, para Lessa, o conceito de crime da escola sociológica é inaceitável além de que, para ele, algumas de suas ideias já tinham sido preconizadas e aplicadas pela escola clássica.

Não seria verdadeiro defini-lo como um adepto e seguidor, portanto, da escola positiva, mas as ideias do positivismo penal que circulavam naquele momento histórico pululam em seu texto. O termo seleção artificial é usado por Garofalo, como já se analisou anteriormente, traduzindo uma espécie de darwinismo social. Adere à teoria cujo fundamento da pena é a defesa social, utiliza de analogias como a medicina do indivíduo e a cura social, admite a existência de indivíduos incorrigíveis; confere razão a Ferri em se considerar temerário fundar a reponsabilidade no livre arbítrio; cita ainda Puglia, Florian e Garofalo como

⁷⁸⁸ LESSA, P. **O determinismo psychico e a imputabilidade e a responsabilidade criminaes**. São Paulo: Typ. Duprat & C., 1905, p.57.

⁷⁸⁹ *Ibidem*, p. 58.

⁷⁹⁰ LESSA, P. O direito no século XIX. **Revista Acadêmica da Faculdade de São Paulo**, v. 8, p. 178-179, 1900.

combatedores do livre arbítrio e conclui afirmando que esta é a tendência dos criminalistas modernos:

Se, como diz Lucchini, desde Cremani até Pessina a imputabilidade criminal tem sido sempre abstractamente fundada no livre arbítrio, por outro lado os mais modernos criminalistas repelem, em geral a hypothese do livre arbítrio, ou, pelo menos, pensam que é necessário admittil-a, como já vimos, para dar um fundamento aceitável á imputabilidade e á responsabilidade.⁷⁹¹

A conclusão do autor, no que se refere à consequência de se considerar o livre arbítrio fundamento da pena, é exatamente a mesma dos positivistas como Ferri: “os delinquentes mais perigosos para a sociedade são exatamente os que devem ser absolvidos e soltos”.⁷⁹² Cita Garofalo e com ele questiona: “que motivo temos para enfraquecer a defesa social, quando o delinquente foi arrastado ao crime por um estado pathologico permanente, ou por um impulso interno, violento, irresistível, cuja reprodução é permitido prever.” Recomenda para tais casos, como Garofalo, meios mais enérgicos de reação e indica como medida desta não o livre arbítrio, mas a medida do temor que estes delinquentes inspiram, ou seja, o seu grau de temibilidade – justamente o critério proposto por Garofalo para definir a punição do autor, em substituição à imputabilidade. Assim, indica meios repressivos para os capazes de emenda e eliminatórios para aqueles que tem intrínsecas em seu espírito as causas criminogênicas.⁷⁹³ Para os criminosos alienados, indica asilos ou manicômios criminais.

Critica o código penal brasileiro em razão de ser fundado no livre arbítrio e, assim, abrir guarda para advogados ardilosos, que apelam para algum mal mental, como o epiléptico, para conseguir a absolvição,

Nem tampouco poderíamos defini-lo como clássico, uma vez que ataca veementemente o livre arbítrio. Lessa afirma o livre arbítrio como uma força inexplicável e superior, uma vontade autônoma, indiferente a qualquer motivo e, neste sentido, questiona:

Em taes condições como ligar por um vinculo qualquer o delicto ao individuo A? (...) O individuo A foi apenas o veiculo, de que se serviu o poder extranho e insondável, equal em todos os homens, para produzir este efeito

⁷⁹¹ LESSA, P. **O determinismo psychico e a imputabilidade e a responsabilidade criminaes**. São Paulo: Typ. Duprat & C., 1905, p. 71.

⁷⁹² *Ibidem*, p. 88.

⁷⁹³ *Ibidem*, p. 89.

- delicto (...) sem dependência alguma da educação, da instrução, da índole, do carácter, da constituição psychica (...) nem da solicitação dos motivos que actuavam na vontade.⁷⁹⁴

O autor indica como uma incoerência dos códigos penais, fundados no livre arbítrio, a presença de disposições que prevêm atenuantes e agravantes, em razão dos motivos. Talvez aqui esteja uma confusão do próprio autor e não de todos os criminalistas e códigos modernos clássicos. Estes, quando defendem o fundamento da responsabilidade na liberdade moral, não ignoram a influência de motivos; partem da premissa de uma vontade, que orientada pela inteligência, pode discernir entre os motivos e agir de acordo com a norma e mesmo contra os motivos mais determinantes.

A compreensão do livre arbítrio nos termos de Lessa inviabilizaria, em grande parte, como ele mesmo pontua, o direito penal (e todas os fins da pena), uma vez que uma das suas funções é justamente criar motivos para interferir nas ações humanas (“Se o homem é dotado do livre arbítrio, *nenhum dos fins da pena é realizável*”)⁷⁹⁵. Inutilizar o direito penal não corresponde ao que os criminalistas clássicos defendiam – muito pelo contrário. Se alguma corrente tende a eliminar a utilidade e necessidade do direito penal, esta é, sim, a da escola positiva, como bem alerta Tobias Barreto.

É curioso perceber nestes autores da escola positiva que, ao mesmo tempo em que buscam romper com a corrente “metafísica” do direito criminal, sobretudo, por meio de argumentos de ciência (observação dos fatos, empirismo), eles mantêm uma dose de maniqueísmo teológico, calcado na dicotomia bem X mal – o criminoso passa a ser o “malfeitor”, mas a demonização não vem mais de um espírito que toma o corpo, mas está no próprio corpo, por defeitos orgânicos e hereditários ou corrupção do meio. De qualquer forma, a despeito do organicismo da escola positiva, que influencia o pensamento criminológico brasileiro, a alma insiste em aparecer também no discurso dos juristas nacionais:

(...) **almas** que só respiram egoísmo, sequiosas de vinganças, e não raro ladrões codimos, estelionatários e bandoleiros de ínfima espécie, como esperar que tais indivíduos se submetam uniformemente às leis do trabalho

⁷⁹⁴ LESSA, P. **O determinismo psychico e a imputabilidade e a responsabilidade criminaes**. São Paulo: Typ. Duprat & C., 1905, p. 44.

⁷⁹⁵ *Ibidem*, p. 86.

e da igual restrição das atividades individuais, que são a essência do coletivismo bem compreendido?⁷⁹⁶

Lessa cita uma análise de Ferri, que considera incontestável, segundo a qual na observação das agremiações humanas pode-se identificar, a partir do aspecto da bondade e da maldade, três diferentes categorias de homens: os bons por natureza e índole, os maus de tendências inatas e incoercíveis e a mais vasta, constituída por aqueles que oscilam entre a bondade e a maldade, não sendo, por índole, nem bons nem maus e que, por isso, moldam-se, sobretudo, em função do meio e da educação que recebem.⁷⁹⁷ Uma análise como esta é no mínimo questionável em termos científicos.

Lessa afirma que o ideal para a criminologia seria evitar a reprodução dos “maus”, medida que todavia ainda não era possível, pois os dados antropológicos não eram seguros quanto à hereditariedade do crime. Assim, constata que “(...) ao Estado não é possível, pelo menos por enquanto, promulgar leis eficazes para evitar *este imenso desastre social, fonte ubérrima de loucura e de crimes, a união de degenerados*”.⁷⁹⁸ Para os incorrigíveis a eliminação artificial, a segregação perpétua. À maioria, intermediária, procura-se criar um meio adequado e instruir com as ideias do bem, com a educação moral (aqui o autor vai além de Ferri, para quem a educação não oferece tantas possibilidades de recuperação quanto se costuma acreditar – para o positivista italiano, administrar e intervir no meio social é o mecanismo mais eficaz).

Como um dos instrumentos da educação moral, Lessa indica a religião que deve estar presente, pois

Assim como a humanidade começou pelo theologismo, e só muitos séculos depois logrou formular os fundamentos científicos da ethica, assim também o individuo, cujo desenvolvimento esta sujeito á mesma lei, tem necessidade nos primeiros anos da existência de uma base concreta, de um arrimo facilmente perceptível, para as suas normas de conducta.⁷⁹⁹

Para Lessa, o Estado deve tomar conta da educação moral da infância e da mocidade, da instrução profissional para tornar o homem habituado ao trabalho e da

⁷⁹⁶ LESSA, P. **O determinismo psíquico e a imputabilidade e a responsabilidade criminaes**. São Paulo: Typ. Duprat & C., 1905, p. 141.

⁷⁹⁷ *Ibidem*, p. 132.

⁷⁹⁸ *Ibidem*, p. 133.

⁷⁹⁹ *Ibidem*, p. 136.

educação física de seus cidadãos, para que se tornem laboriosos, disciplinados, bons e capazes de prover sua subsistência.⁸⁰⁰

Como já se disse, não podemos afirmar categoricamente que Lessa é um discípulo da escola positiva, mas inegável a influência desta corrente em seu pensamento. E este trecho de Lessa é mais uma vez emblemático:

Se queremos reduzir a criminalidade, nos limites do possível, devemos combatel-a com um tratamento científico, e este só se consegue, partindo do pleno conhecimento da actividade psychica do homem, e dos factores que nella influem, para evitar o crime – tornando-lhe inertes as causas, cortando-lhes as raízes, estancando-lhe as fontes, dando caça aos seus antecedentes anthropologicos e sociaes, mais recônditos e afastados. Importa que o ministério penal só empregue a quantidade do mal necessária para alcançar o bem. Não é pelo mal que se há de vencer o mal. É pelo bem.⁸⁰¹

Nele percebemos a influência inegável de Ferri, pela indicação da necessidade de se combater as causas da criminalidade *de modo científico*, a partir dos antecedentes antropológicos e sociais. Conclui assinalando este combate como uma disputa entre o bem e o mal – e aqui percebemos não apenas esta incoerência que é própria dos positivistas (seu apego à cientificidade e ao mesmo tempo um forte resquício maniqueísta teológico), mas também uma incoerência do autor, no que se refere a uma confusão entre as correntes doutrinárias – o autor afirma-se filiado à corrente que fundamenta o direito de punir na defesa social – esta nega a ideia de pena como mal e castigo; há trechos que afirma que o sofrimento da pena é necessário para servir como motivo determinante de conduta (a pena como mal em retribuição a outro mal o autor engloba nas teorias absolutas) e por fim, neste trecho acima citado, adere à teoria mista do direito de punir, segundo a qual a pena deve ser um mal, uma retribuição em nome da justiça, mas na medida da necessidade e utilidade social.

Conclui o autor que as medidas para reprimir e evitar de maneira eficaz a criminalidade são: a eliminação artificial dos incorrigíveis, a educação física, intelectual e sobretudo moral àqueles adaptáveis, para que se tornem “membros normais” (palavras do autor) da sociedade e estabelecer as regras do direito em harmonia com a ciência complexa “que estuda a necessidade social orgânica da

⁸⁰⁰ LESSA, P. **O determinismo psychico e a imputabilidade e a responsabilidade criminaes**. São Paulo: Typ. Duprat & C., 1905, p. 138.

⁸⁰¹ *Ibidem*, p. 120.

restrição das atividades individuais – indispensável à conservação e ao progresso da coletividade e dos membros (...).⁸⁰² Evidentemente influenciado pelo organicismo de Spencer, para o autor, a teoria científica do direito deve buscar a harmonia das atividades individuais, assim como no corpo do animal estão harmonizadas as funções dos órgãos.⁸⁰³

Concebe a evolução da humanidade na ordem ética como um dever de aperfeiçoamento – do egoísmo ao altruísmo e solidariedade e “(...) o progresso (...) em adquirir ideias verdadeiras, sãs, úteis, justas (...) acompanhadas de um sentimento que nos leva a realizá-las”.⁸⁰⁴ Encerra o texto com Hamlet, e uma citação que poderia ser vinculada ao racionalismo mais extremo: “amortecer o vivo fulgor da resolução com o pallido clarão do pensamento”.⁸⁰⁵

Como se pode perceber, Lessa é um jurista complexo. A leitura de seu texto mostra que ele é um autor que absorveu as principais ideias de seu tempo – organicismo, evolucionismo, cientificismo, sem necessariamente negar o jusnaturalismo. Não parece aderir a uma “escola” criminal propriamente dita. De fato, como expõe Machado Neto, é um jurista heterodoxo e esta característica também se pode perceber na forma em que recebe e absorve o pensamento criminológico. Defende inúmeras ideias próprias do positivismo penal (defesa social, temibilidade, seleção artificial, criminosos incorrigíveis, manicômios criminais), embora critique a antropologia criminal. Seu determinismo psíquico, que tanto contrapõe ao livre arbítrio dos “clássicos”, não parece diferir dos moldes que a responsabilidade penal é transposta nos códigos “clássicos” – se neste se partisse de uma vontade absolutamente autônoma, não existiria sentido a previsão das circunstâncias atenuantes e agravantes, por exemplo, como, inclusive, pontua o próprio Lessa. Compreender seu pensamento não depende, todavia, de enquadrá-lo em uma ou outra escola, pois como vimos esta leitura classificatória muitas vezes é bastante comprometedor e simplista. Mas neste caso, mesmo se seguissemos uma leitura da história a partir das escolas, este seria um autor que dificilmente nos permitiria enquadrá-lo em uma determinada rubrica. Seu ecletismo e sincretismo é patente, em termos filosóficos e criminológicos, e não é uma característica apenas de Lessa,

⁸⁰² LESSA, P. **O determinismo psíquico e a imputabilidade e a responsabilidade criminaes**. São Paulo: Typ. Duprat & C., 1905, p. 142.

⁸⁰³ *Ibidem*, p. 126.

⁸⁰⁴ *Ibidem*, p. 143.

⁸⁰⁵ *Idem*.

mas de muitos juristas brasileiros influenciados pela “geração de 70”. Pedro Lessa não integrou a Escola do Recife, mas como já pontuado, absorveu muito das discussões trazidas neste movimento e as divulgou em São Paulo. E como bem pontua Juliano Rodrigues Torres, este ecletismo era uma marca da Escola do Recife, onde se manifestavam diferentes tipos de positivismo (legalista, sociológico, naturalista, conceitualista) e evolucionismos, ligados a Darwin, a Spencer e ao empirismo inglês e, portanto, “A despeito desse jogo de oposições entre as teorias jurídicas positivistas no ambiente europeu, certo pensamento jurídico brasileiro que as recebe e incorpora, entre as décadas de 1870 e 1920, construiu um discurso em que todos esses aportes aparecem juntos e sem maiores conflitos”.⁸⁰⁶ Como se pode perceber, parece ser este o procedimento que Lessa realiza ao analisar as correntes e as ideias criminais daquele momento histórico.

4.4.2 Severino Prestes: a recepção do Pensamento Criminológico no ensino do Direito Criminal em São Paulo

Nos programas (1891-1893) de Joaquim Leite de Moraes já se pode identificar a presença da escola positiva. Ele comenta a responsabilidade a partir do livre arbítrio e do determinismo e, ainda, os principais fundamentos da penalidade perante a escola positiva.⁸⁰⁷

Pela análise dos programas e do Parecer de 1894, já analisado, elaborado pela Faculdade de São Paulo, sobre o projeto de João Vieira de revisão do Código Penal republicano, de que fez parte, podemos verificar que Joaquim Moraes, em que pese a acusação de Viveiros de Castro da ignorância da maior parte da doutrina, com relação às novas ideias, estava atualizado e as transmitia em suas lições, embora não ainda com a mesma profundidade e detalhamento que percebemos nos programas, sobretudo, a partir da primeira década do século XX.

⁸⁰⁶ TORRES, J. R. **A ordem e a fera: o fenômeno jurídico no pensamento de Clovis Bevilacqua**. 176 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p.71, 2013.

⁸⁰⁷ Nos programas de 1894 e 1895 ele faz comparações entre o Código de 1830 e o de 1890, porém já não há mais referência à responsabilidade a partir da análise específica da escola positiva.

Deste autor ainda identificamos um texto escrito na Revista “O Direito” em 1883 (anterior ao texto de Tobias Barreto, de 1884) em que analisa os diferentes sistemas penitenciários conhecidos, fazendo um resgate histórico do seu aparecimento, na Europa e Estados Unidos, e analisando as tentativas brasileiras de adequação, com destaque ao personagem de Pádua Fleury, então diretor da Faculdade, que participou de comissões inspetoras da Casa de Correção (1874-1875), elaborando relatórios para o Ministério da Justiça, visitou penitenciárias, colônias agrícolas, estabelecimentos de educação correcional para menores na Europa, para descrever seus sistemas e introduzi-los em nossa legislação penal e representou o Brasil no Congresso Penitenciário de Stockolmo, de 1877, elaborando, a partir deste, um vasto parecer. Neste texto de Joaquim de Moraes, Lombroso é mencionado apenas uma vez – como se pode ver, pela data, não há uma efetiva divulgação das ideias da escola positiva ainda no país. Um dos argumentos centrais do texto do jurista da academia de São Paulo era a possibilidade de correção, regeneração do criminoso por meio da pena e neste sentido insere, com um tom de crítica, o psiquiatra italiano, questionando:

Quando todos os seres tendem a desenvolver-se aperfeiçoando-se – só o homem delinquente, assim denominado por Lombroso, com o seu delicto impossibilitou o seu aperfeiçoamento moral, e estancou no caminho da existência sem poder mais conseguir o seu destino?⁸⁰⁸

Para o jurista paulista a pena é não apenas um mal, mas deve ser, necessariamente, também um instrumento de correção. Em sua opinião, entre os que defendem a reforma radical e generalizada, julgando possível a regeneração de todos os criminosos e aqueles que a julgam possível apenas excepcionalmente (aqui incluem-se os adeptos da escola positiva), o jurista defende um meio termo, “(...) indicado pela razão em nome da historia, pela justiça em nome da sciencia”.⁸⁰⁹ Defende, ainda neste texto, a abolição da pena de morte, a de galés perpétua e de prisão simples pela prisão com trabalho, pois considera este um verdadeiro instrumento moralizador. Entende, porém, que sem alterar a penalidade, sem criar estabelecimentos preventivos e correcionais para menores e sociedades de patrocínios, nenhum sistema penitenciário seria efetivo e qualquer reforma seria

⁸⁰⁸ MORAES, J. A. L. Qual o melhor dos systemas penitenciários conhecidos? **Revista O Direito**, v. XI, p. 484, 1883.

⁸⁰⁹ *Ibidem*, p. 484.

improfícua. E conclui, então, afirmando “Convém corrigir – sem duvida – mas é melhor prevenir – já dizia Cousin; a educação do povo é o fundamento necessário de todo o regimen penitenciário”.⁸¹⁰

Embora não tenha publicado uma obra com suas preleções para que pudéssemos apreender a medida da influência positiva de suas concepções penais, a análise do parecer e deste pequeno texto, em que analisa os sistemas penitenciários, são indícios suficientes de que o autor não aderira à nova escola.

Em São Paulo, portanto, o primeiro professor em que pudemos identificar esta adesão expressa à nova escola foi Severino Prestes.

Este jurista nasceu no Rio Grande do Sul em 23 de abril de 1861 e faleceu em São Paulo em 1896. Doutorou-se em direito pela faculdade de São Paulo. Dedicou-se à advocacia e à imprensa em Porto Alegre. Volta para São Paulo por conta da guerra civil, onde se torna lente da faculdade paulista.

Deste jurista, além dos programas (vide Anexo II), pudemos localizar uma publicação, de 1897, de suas lições colecionadas e redigidas por um estudante da Faculdade de São Paulo, Francisco de Castro Junior. Na apresentação do texto, Francisco de Castro já esclarece o posicionamento do professor no âmbito do embate de ideias da ciência penal:

No movimento científico moderno, em matéria de criminologia, estabeleceu-se uma nova corrente de idéas, a cujo ímpeto não resistem as antigas doutrinas. A essas idéas obedecia o magistério do Dr. Severino Prestes; são ellas que aqui se encontrarão resumidas.⁸¹¹

Quando discorre sobre o “Desenvolvimento histórico e científico do direito de punir na humanidade” já levanta-se contra a concepção de Carrara, para quem a justiça é imanente ao espírito humano, estando presente desde as origens da humanidade, inatas no primeiro homem, Adão, pois isto importaria aceitar a teoria de que a raça humana teria surgido de um só tronco, o que em sua opinião era “facilmente combatível”.⁸¹²

⁸¹⁰ MORAES, J. A. L. Qual o melhor dos sistemas penitenciários conhecidos? **Revista O Direito**, v. XI, p. 506, 1883.

⁸¹¹ PRESTES, S. **Lições de Direito Criminal**: collecionadas e redigidas por Francisco de Castro Junior. Rio de Janeiro-São Paulo-Recife: Laemmert & C. – Editores, 1897, p. VIII.

⁸¹² *Ibidem*, p. 3.

Para o autor os sentimentos, inclusive o da justiça, respeitam as leis da evolução e desenvolvem-se de diferentes formas conforme a raça, os climas, os acidentes topográficos.

Mais uma vez, nesta retrospectiva histórica da evolução do direito de punir, Beccaria aparece como divisor de águas entre um direito criminal cruel e bárbaro e um direito criminal humanitário e que respeita os direitos individuais. Menciona a doutrina que a segue na França (Rossi, Ortolan, Garraud) e na Itália (Filangieri, Romagnosi e Carrara, Pessina, Mancini, Lucchini). Chama este último de Dom Quixote, que armado até os dentes combate princípios que a nova escola sequer cogita.⁸¹³

E este movimento científico, de Beccaria a Carrara, considera o ciclo da “escola clássica do direito penal”, que, em sua opinião “deu já o que podia dar”.⁸¹⁴ Ao lado dela teria se desenvolvido a escola penitenciária, sobretudo, a partir da figura de John Howards, cuja fórmula se baseia no isolamento, trabalho e instrução para o melhoramento moral do criminoso. O autor associa as escolas, pois considera que ambas levam em conta o delito como um abstração, esquecendo-se de examinar o criminoso. Estas escolas seriam as inspiradoras dos códigos modernos, mas em face da sua ineficiência em conter a criminalidade, emerge, a partir das doutrinas de Spencer, Comte, Darwin e Haeckel, a nova escola denominada “Escola Positivista do Direito Criminal”, fundada por Lombroso, Ferri e Garofalo.⁸¹⁵

Neste autor, percebemos a influência do positivismo em suas diferentes significações, tanto a que se refere ao positivismo jurídico legalista, segundo o qual direito é aquele produzido por meio da lei do Estado e o positivismo sociológico evolucionista, vinculado ao discurso racial. Para Severino Prestes, embora a nacionalidade brasileira seja constituída pelas raças negra, americana e portuguesa, as duas primeiras não teriam influído como fator jurídico: a raça negra por ser representada por uma gente bárbara, brutal, submissa e inferior na escala da criação natural, não exercendo papel no fator jurídico, senão como coisas sujeitas a uma legislação especial; a americana por desconhecer a noção de Estado, respeitando apenas a força e, portanto, impossibilitada de concorrer com a raça branca. Sendo assim, o direito brasileiro, para o jurista paulista, não nasceu do

⁸¹³ PRESTES, S. **Lições de Direito Criminal**: colleccionadas e redigidas por Francisco de Castro Junior. Rio de Janeiro-São Paulo-Recife: Laemmert & C. – Editores, 1897, p. 31.

⁸¹⁴ *Ibidem*, p. 32.

⁸¹⁵ *Ibidem*, p. 34.

choque entre populações, mas foi importado “sem embaraço nenhum”. O processo de nacionalização, portanto, para o autor estava ainda se constituindo, não tendo sido, até o momento de então, possível expurgar do direito brasileiro as instituições da metrópole portuguesa, embora já “carcomidas”, trabalho que caberia aos espíritos cultos da pátria.⁸¹⁶

Ao fazer um resgate histórico das leis criminais brasileiras, resgata o contexto da elaboração do Código Criminal do Império, e identifica na doutrina utilitária de Bentham sua grande influência.

Segundo o autor, na época de sua aprovação, seguida logo pelo Código de Processo Criminal de 1832, “dominava um extraordinário liberalismo” em que a alçada policial teria sido altamente limitada: ninguém era pronunciado senão pelo juiz, concedia-se facilmente o Habeas Corpus, até mesmo a estrangeiros. Mas contemporiza, afinal, “em política, observa-se a lei natural – tudo tem o seu tempo; de sorte que o liberalismo teve o seu revez, abrindo ensejo aos conservadores de elaborarem reformas suas”⁸¹⁷, sendo logo então sancionada a lei de 10 de junho de 1835, pela qual eram condenados à morte todos os escravos que matassem seus senhores, feitores, mulheres e parceiros; as noções de tentativa extintas, punindo-se com o mesmo rigor o crime consumado e tentado; a Lei n. 52 de 3 de outubro de 1833, que ampliou o artigo 153 do código, desterrando os monetários falsos para a ilha de Fernando de Noronha; a Lei de 3 de dezembro de 1842 em que se dava amplos e ilimitados poderes à polícia, lei que segundo Severino Prestes simbolizava a reação do partido conservador ao liberal.

Severino Prestes é sem dúvida um republicano. Considera a transição para a República a passagem para a liberdade, comandada pelo “valoroso marechal Deodoro da Fonseca” que teria “tomado a defesa da causa do povo oprimido” proclamando a República.⁸¹⁸ Era a favor, com a mudança do regime político, à elaboração de um novo código penal para a República e será uma das poucas vozes a defendê-lo. Embora atribua ao Código filiação à escola penitenciária que parte da premissa da regeneração moral, da qual não compartilha o autor, defende-o: “Muitos, sem razão, digamos desde já, têm denegrado com os peiores epithetos o

⁸¹⁶ PRESTES, S. **Lições de Direito Criminal**: colleccionadas e redigidas por Francisco de Castro Junior. Rio de Janeiro-São Paulo-Recife: Laemmert & C. – Editores, 1897, p. 36-37.

⁸¹⁷ *Ibidem*, p. 50.

⁸¹⁸ *Ibidem*, p. 52.

código penal da Republica. O nosso código tem muita cousa boa.”⁸¹⁹ E justifica como uma das possíveis razões para suas falhas, não só a dificuldade, em si, de se elaborar um código, mas a rapidez em que foi feito. Não menciona, por exemplo, como Phaelante da Camara, o fato de não ter tido o código absorvido as novas ideias, em que pese estas já circularem e serem de conhecimento da cultura jurídica penal.

Severino Prestes é fiel a muitos dos importantes fundamentos da nova escola: considera o júri “uma excrescência jurídica”;⁸²⁰ a instrução primária inútil no combate ao crime (podendo mesmo ser uma iniciação),⁸²¹ defende a pena de morte como meio de “seleção na sociedade de organismos imprestáveis, perniciosos e incuráveis”,⁸²² é contra, seguindo Garofalo, a divisão entre crimes particulares e crimes públicos,⁸²³ e está de acordo com a nova escola no que diz respeito à tentativa, considerando que a escola clássica sobre o assunto teria feito nada mais do que “desperdiçar rhetorica e dar azas á metaphysica”.⁸²⁴

Quando discorre sobre o fundamento do direito de punir assim declara expressamente: “Nós, influenciados pelos princípios da nova escola penal, de que somos defensores intransigentes, fundamentaremos apenas a teoria da escola que seguimos”.⁸²⁵ Mas em seguida, quando deve se posicionar com relação a uma das pedras angulares da nova escola, aparece a primeira hesitação: prefere simplesmente não se ocupar da vontade humana. Assim justifica:

Por mais fortes e convincentes que sejam as provas da negação do livre arbítrio, o nosso espirito hesita porque falam muito alto os princípios da religião que desde cedo começamos a venerar. Talvez seja uma chimera o que ensina a religião; si o é, porém, não nos podemos libertar dela, e antes preferimos acredita-la, porque é uma chimera divina.⁸²⁶

É curioso perceber que embora critique a concepção de justiça de Carrara como algo inscrito no homem, desde Adão, ou seja, uma concepção ainda muito legatária a um jusnaturalismo teológico, quando deve negar o livre arbítrio, a partir

⁸¹⁹ PRESTES, S. **Lições de Direito Criminal**: colleccionadas e redigidas por Francisco de Castro Junior. Rio de Janeiro-São Paulo-Recife: Laemmert & C. – Editores, 1897, p. 54.

⁸²⁰ *Ibidem*, p. 12.

⁸²¹ *Ibidem*, p. 46.

⁸²² *Ibidem*, p. 53.

⁸²³ *Ibidem*, p. 147.

⁸²⁴ *Ibidem*, p. 164.

⁸²⁵ *Ibidem*, p. 60.

⁸²⁶ *Ibidem*, p. 61.

dos fundamentos científicos do determinismo, resiste justamente a partir de argumentos religiosos. Uma dualidade no autor difícil de passar despercebida, que não demonstra apenas uma simples contradição ou uma imaturidade teórica, mas mais que isso, as continuidades que persistem mesmo nos discursos que se autoproclamam rompedores com a tradição.

Assim, sem entrar no mérito da negação do livre arbítrio, Severino Prestes explicita a ideia de responsabilidade social de Ferri e a ela se filia – por viver em sociedade, deve o criminoso responder por seu ato. Assim proclama: “O direito de punir (...) não é mais do que a defesa social”.⁸²⁷

Àqueles temerosos do esvaziamento do direito criminal Severino Prestes declara: “não queremos dizer que o direito criminal deva desaparecer, abolido pela sociologia criminal”⁸²⁸. Para o autor, este deve sempre existir, porém, de acordo com as ideias e princípios da sociologia criminal.

O discurso racial é bastante forte no jurista, destoando aqui com a argumentação de Lilia Schwarcz, como já pudemos mencionar. Mas embora concorde com a premissa de Nina Rodrigues, expressa em seu famoso texto, “Raças humanas e sua responsabilidade penal no Brasil”, de que as raças inferiores não podem alcançar o grau de aperfeiçoamento da raça branca, cuja civilização vem de herança, não admite diferentes códigos para diferentes raças, como defende o médico baiano.⁸²⁹ Desta diferença biológica, não conclui que a punição não deva ser a mesma e prossegue,

⁸²⁷ PRESTES, S. **Lições de Direito Criminal**: colleccionadas e redigidas por Francisco de Castro Junior. Rio de Janeiro-São Paulo-Recife: Laemmert & C. – Editores, 1897, p. 61.

⁸²⁸ *Ibidem*, p. 76.

⁸²⁹ Em sua obra *As Raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*, Nina Rodrigues expõe uma perspectiva apurada, conformada aos princípios da nova escola, a partir de sua crítica ferrenha ao livre arbítrio, de sua visão evolucionista do progresso das civilizações e identificação das causas da criminalidade em fatores psíco-fisiológicos. Mesclando o evolucionismo com o organicismo, Nina Rodrigues acredita que o senso moral e de justiça dependem da evolução do cérebro humano, que teria se aperfeiçoado de maneira muito lenta e isto acarretaria uma experiência histórica em que a justiça e a moral variam, sendo, portanto, valores relativos ligados ao grau evolutivo das civilizações e das raças, não podendo se sustentar, nesta sorte, o conceito de livre arbítrio, que segundo o autor, estaria ligado a uma percepção absoluta de moral e justiça (como no modelo kantiano). Para ele cada raça, por ter um diferente grau de desenvolvimento, detém por consequência, um tipo de criminalidade. Assim, as raças superiores (branco-europeia) têm um senso de justiça e moral a que as raças inferiores (negros, índios e principalmente mestiços) não podem compreender e, portanto, responder de acordo com elas por seus atos. Para Nina Rodrigues, por conta do Brasil ser um país de muitas raças e misturas, nas mais diversas regiões, de diferente clima e disposição geográfica, deveria o país ter uma legislação penal compatível com esta realidade diversificada, tanto no sentido físico-geográfico quanto humano. Em sua opinião, para responder a esta diversidade e se conformar aos fundamentos da nova escola – estes sim corretos, pois entendem o criminoso não a partir do seu livre arbítrio, mas sim de suas condições psico-fisiológicas – o Brasil deveria ter códigos penais

Demais, o selvagem, o individuo das raças inferiores, não é digno de excessiva brandura nos castigos, porque esses, cujo senso moral não é completo, estão quase na mesma plana dos criminosos natos. Ainda mais. Quando se legisla não se faz a lei para as excepções, e sim para a generalidade dos casos, das pessoas.⁸³⁰

Este trecho é realmente emblemático: ao mesmo tempo em que parte da premissa racial, de que os homens são por natureza desiguais, faz uso da generalidade da lei como argumento para não se legislar de acordo com a desigualdade. Generalidade, aqui, não corresponde ao princípio fundamental liberal da igualdade de todos perante a lei – generalidade aqui se traduz em um sentido simplesmente utilitário e pragmático, pois inviável seria “uma anarchia constante, uma enormidade de leis e penas, confundindo-se e contradizendo-se”.⁸³¹ Quando se trata de selvagens ou criminosos natos, a severidade na repressão se justifica em nome da “generalidade” dos indivíduos – aqui não vale a máxima “tratar desigualmente os desiguais”, bastante usada pelos positivistas penais. Mas, logo em seguida, quando discorre sobre criminosos políticos e anarquistas (os quais entende como verdadeiros bandidos, epiléticos, criminosos natos) ele afirma “Não podem estar no mesmo pé de egualdade o homem serio e o bandido. A manifestação do principio da verdadeira democracia, disse Aristoteles, está em tractar desigualmente os entes deseguaes”.⁸³² Se combinarmos os dois trechos, mais do que uma aparente contradição, poderemos deduzir uma máxima no pensamento do autor: a de que partindo-se da premissa de que há indivíduos inferiores, estes devem ser punidos com mais severidade, independente das razões que os tornam inferiores: a raça ou a criminalidade congênita. Ainda, aparente contradição, pois, como vimos, a partir da premissa da dualidade liberal, a adequação de discursos conforme os destinatários é bastante frequente. Mais que esquizofrenia do discurso, trata-se de dar coerência a uma dualidade aparentemente incoerente.

regionais (pelo menos quatro). Uma vez que raça também é critério para se dosar a responsabilidade (não no sentido moral, mas legal e social de Ferri) e em cada região se vê o predomínio de certas raças e misturas, nada mais coerente do que aplicar a elas um universo normativo compatível ao grau do seu desenvolvimento e, conseqüentemente, de seu senso moral e de justiça. (RODRIGUES, R. N. **As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1894).

⁸³⁰ PRESTES, S. **Lições de Direito Criminal**: colleccionadas e redigidas por Francisco de Castro Junior. Rio de Janeiro-São Paulo-Recife: Laemmert & C. – Editores, 1897, p. 85.

⁸³¹ *Idem*.

⁸³² *Ibidem*, p. 103.

Declaradamente republicano e liberal; declaradamente adepto da escola positiva e de um discurso racial: Severino Prestes simboliza, portanto, os termos do liberalismo republicano brasileiro das primeiras 4 décadas, em que ser liberal era assumir o postulado da defesa social, afinal, tratava-se de uma liberdade assentada na diferença, fundamentada pelo discurso da raça e que se afirma apenas a um espaço sacro delimitado, o qual exclui os criminosos, que tendem a coincidir com os racialmente inferiores e que devem ser segregados para a segurança e defesa da sociedade (composta pelos indivíduos do espaço sacro da liberdade).

4.4.3 José de Camargo Aranha: resistência à Nova Escola

José de Camargo Aranha foi professor de Direito Criminal da Faculdade de São Paulo de 1900-1911. Monarquista, jusnaturalista e seguidor da escola clássica, para este autor, a escola positiva e as dela derivadas (como a Terza Scuola) colocam o direito criminal em uma posição subalterna e secundária.

De seus programas não é possível extrair nenhuma referência explícita à escola positiva, mas tivemos acesso a uma publicação, de 1906, de suas preleções tipografadas por Augusto Moreira Soares. Nelas pudemos analisar em que medida este professor absorveu e trabalhou com as ideias do positivismo penal.

Já no início de suas lições, em que apresenta a noção histórica do direito criminal e seu fundamento filosófico, concebe como falsa a perspectiva individualista e contratualista da sociedade. O homem, segundo o jurista, sempre viveu em sociedade e assim é, inclusive, por questões de necessidade física, sem a qual pereceria. Entende, ainda, possível o aperfeiçoamento moral do homem, mas este também apenas realizável em sociedade, pois assim teria definido o “Criador”. Para o jurista, como os corpos inorgânicos se submetem às leis físicas, os organismos às leis fisiológicas, os homens, por serem dotados de inteligência e liberdade, que os conferem a autodeterminação de suas ações, submetem-se ainda às leis morais, e define estas como “(...) regras de necessidade metaphysica, cujo cumprimento é necessário para que o homem possa, como criatura que é, realizar o fim da criação,

cumprir o seu destino.”⁸³³ O direito, para o autor, nada mais é do que estas leis morais dotadas de coercitividade, ou seja, vinculam-se a uma coerção externa que determina a esfera de atividades do homem. Este é, portanto, necessariamente um ser moral e, dessa forma, livre e justamente por ser livre “pode se determinar por motivos, pode escolher entre eles, praticando ou não praticando certos actos”.⁸³⁴

Para o autor, Beccaria teria causado uma verdadeira revolução no direito penal e o que marcou esta transformação foi justamente o espírito investigativo da época, que buscava compreender as causas dos fenômenos, as leis que regulam o mundo e que acabou elaborando, pela primeira vez, a sistematização do direito criminal, a sua transformação em uma ciência, a partir da busca do fundamento do direito de punir.⁸³⁵ Beccaria, em si, não pretendia formar um sistema científico - na opinião do autor, seu texto tinha um teor maior de protesto. Mas este protesto foi o suficiente para dele florescerem as novas bases do Direito Criminal Moderno, com Bentham, Carmignani, Rossi, Pessina, Ortolan.

José de Aranha resgata a história do Direito Criminal Brasileiro e como não poderia deixar de ser, é bastante elogioso com relação ao código do Império, cuja redação da primeira parte considera “magnífica”, sem necessidade de reformas urgentes, mesmo tendo se passado, à época, mais de sessenta anos, pois “calcadas sobre as verdadeiras bases em que deviam ser estabelecidas”.⁸³⁶ Como se percebe, os elogios ao código imperial prescindem de uma filiação definida de escola: clássicos e positivistas consideravam-no uma grande obra da cultura jurídica brasileira.

Mas é crítico com relação à penalidade, sobretudo à presença na lei da pena de morte, a qual “condenamos de modo absoluto, de modo completo”.⁸³⁷ O autor narra inclusive que do processo de aprovação do código, o único tema mais discutido foi a questão da pena de morte e que o argumento da comissão que decide mantê-la referia-se à “ignorância” do povo brasileiro e que a sua manutenção no código seria um meio mais eficaz de manter a segurança social.

⁸³³ ARANHA, J. M. **Preleções de Direito Criminal**. Typografadas por Augusto Moreira Soares, 1906, p. 7.

⁸³⁴ *Ibidem*, p. 11.

⁸³⁵ *Ibidem*, p. 39.

⁸³⁶ *Ibidem*, p. 55.

⁸³⁷ *Ibidem*, p. 56.

Dessa forma, embora demonstre preferência ao Código do Império, admite que o Republicano teria feito mudanças que se faziam urgentes e necessárias, como a abolição da pena de morte e de galés. Assim expõe:

Posto que admirador do Código de 1830, cuja leitura recomendo de preferência o de 1890, porque nelle aprendemos como se pode redigir de modo irreprehensível uma lei pela clareza e pureza de linguagem, não nego, entretanto, que em certos pontos o Código de 1890 fez reforma necessária, fez reforma indispensável.⁸³⁸

Mas embora a necessidade de reforma da penalidade, acredita que na maior parte dos pontos o código de 1830 deveria apenas passar por uma simples revisão. Em suas palavras: “Não ponho duvida em afirmar a revisão era o meio melhor para se colocar o Código de 1830 de acordo com a época, evitando-se o perigo de uma reforma completa, como aconteceu em 1890”.⁸³⁹

Apresenta as diferentes teorias do fundamento do direito de punir e segue Carrara, um eclético, que o fundamenta no direito natural, na justiça absoluta, ordem estabelecida pelo criador, combinada com a medida da utilidade social. Está na tutela jurídica o fundamento do direito de punir - a sociedade é um meio pelo qual o homem afirma os seus direitos. Assim, há uma prevalência do indivíduo com relação à sociedade – esta é apenas instrumento de realização dos direitos do homem e o direito de punir existe para garantir estes direitos. E se o homem é livre para seguir ou não os princípios do direito natural, a pena se torna necessária, para impedir que esta liberdade extrapole os limites da ordem. Assim, em última instância, expõe o jurista brasileiro, para Carrara “é na liberdade do homem que se funda o D(ireito) de punir”.⁸⁴⁰

Para o jurista brasileiro, mesmo que os crimes e as penas variem no tempo, isso não significa que não exista uma regra imutável, que é a que decorre do Direito Natural. Este determina a distinção entre o bem e o mal, é invariável e verdadeiro em todos os tempos e lugares. Assim, para o autor, “é indiscutível que o Direito Criminal é um Direito Natural”.⁸⁴¹ Ao legislador cabe, por meio da razão, apurar a partir do Direito Natural as verdadeiras normas para estabelecê-las no texto da lei,

⁸³⁸ ARANHA, J. M. **Preleções de Direito Criminal**. Typografadas por Augusto Moreira Soares, 1906, p. 57.

⁸³⁹ *Ibidem*, p. 58.

⁸⁴⁰ *Ibidem*, p. 85.

⁸⁴¹ *Ibidem*, p. 108.

consagrando-as, portanto, no Direito Positivo – este, portanto, apenas declara aquilo que por natureza é um delito.

Assim, com base em uma fundamentação jusnaturalista do direito, o jurista brasileiro rebate o fundamento do direito de punir na defesa social. Para tanto, além de Carrara, se utiliza de Lucchini, um dos adversários mais argutos da escola positiva, pouco citado, na verdade, pelos juristas brasileiros. Embora Carrara apareça com frequência nos textos, seja dos adeptos, seja dos mais receosos ou mesmo críticos da nova escola, como é o caso de José de Aranha, Lucchini tem uma aparição rara. Mas o jurista paulista o cita, inclusive, para sustentar a ideia de que o direito de punir existe antes para o indivíduo e para a proteção de seus direitos, do que para a defesa da sociedade. Assim sustenta:

Eu insisto em dizer que a sociedade pune os crimes para conservar-se em estado de ser a instituição necessária para prestar aos indivíduos, para servir aos indivíduos como meio de sua conservação e de desenvolvimento porque os srs não de encontrar escriptores sustentando que não é propriamente a defesa social que legitima a punição. Lucchini, por exemplo, na sua excelente obra Direito Penal, em que ele combate com tanto talento a escola positiva, a nova escola italiana, procura demonstrar com grande copia de argumentos que a sociedade para se conservar não tem necessidade de meios repressivos, não tem necessidade de empregar a punição (...) o acto do delinquente, o crime, as acções criminosas não produzem, não podem produzir, ainda que (...) vão crescendo numa escala assustadora, a dissolução da sociedade, não podem pôr em perigo a própria existencia da sociedade.⁸⁴²

O autor ainda rebate as acusações feitas pela escola positiva com relação à clássica de que esta apenas estuda o crime e não o criminoso, afinal, na visão do autor “Quando os escriptores dizem que o objeto do D.(ireito) Criminal é o crime, tem subentendido que o D. Criminal tem por objeto também o estudo do delinquente em sua própria pessoa”.⁸⁴³ Não admite, nos termos de Lucchini, a famosa analogia, usada pela escola positiva, do direito criminal com a medicina (assim como esta não olha a doença, mas o doente, o direito deve olhar o criminoso e não o crime) e ainda defende que a escola clássica, embora estabeleça as regras tendo em vista aquilo que há de essencial no homem, ou seja, a identidade da natureza humana, não ignora as individualidades dos homens e simplesmente deixa a análise das questões fisiológicas e psicológicas à fisiologia e à psicologia. Assim,

⁸⁴² ARANHA, J. M.. **Preleções de Direito Criminal**. Typografadas por Augusto Moreira Soares, 1906, p. 122.

⁸⁴³ *Ibidem*, p. 125.

(...) aceitando como verdade os ensinamentos da physiologia e da psychologia, chegou a estas conclusões: que com relação á atividade instintiva, não resultando ella de um acto livre do homem, não sendo consequência de uma determinação da sua vontade, estes actos não são imputáveis ao homem, isto é, deles não resulta responsabilidade moral para o auctor do acto.⁸⁴⁴

Assim, para o autor a escola clássica aborda o homem, o delinquente, mas assim o faz partindo da premissa do livre arbítrio.

A escola clássica tanto considera o indivíduo que “estuda todos os motivos que podem influir na vontade (...) estuda o homem considerado no meio em que ele vive, estuda as causas phisicas e sociaes que influem na vontade para verificar se ele é responsável pelo acto que pratica”.⁸⁴⁵ E chega ao ponto de ironizar a escola antropológica: “O que a escola clássica não faz, e que afinal é desnecessario e inútil, é entrar nas prisões, como faz Lombroso, com regua, compasso, trena e giz para medir o tamanho das orelhas dos criminosos (...)”⁸⁴⁶. Em sua opinião a lei não dispensa a antropologia, a fisiologia... mas não é necessário uma antropologia criminal, uma fisiologia criminal... Pondera o jurista brasileiro que a diferença entre as escolas não está no fato de a clássica ignorar o criminoso – ambas o abordam, mas a partir de premissas distintas e, portanto, chegando a conclusões diferentes.

Critica a escola positiva, pois entende que suas considerações acabam suprimindo o Direito Criminal e o substituindo por outras ciências, como faz Ferri, por exemplo. Mesmo com relação a Von Liszt, que defende a separação Direito Criminal e Sociologia Criminal (o primeiro aborda o crime no seu aspecto jurídico e a segunda em seu aspecto social), resguardando assim a autonomia do direito, manifesta-se criticamente, não aceitando sua concepção de que Direito penal é uma ciência essencialmente jurídica. Assim se expressa: “Eu começo a estranhar essa classificação de *sciencia essencialmente jurídica*, porque não posso conceber uma sciencia do Direito que não seja essencialmente jurídica”.⁸⁴⁷

Assim, o autor se mostra tão crítico com relação à *Terza Scuola*, representada por Von Liszt, quanto à escola antropológica, pois considera que

⁸⁴⁴ ARANHA, J. M.. **Preleções de Direito Criminal**. Typografadas por Augusto Moreira Soares, 1906, p. 145.

⁸⁴⁵ *Ibidem*, p. 149-150.

⁸⁴⁶ *Ibidem*, p. 150.

⁸⁴⁷ *Ibidem*, p. 126.

ambas acabam desnaturando o Direito Criminal. A partir delas, questiona-se o autor, “o que restaria do Direito Criminal?”⁸⁴⁸

Merece, ainda, destaque o teor de umas das preleções de José de Aranha. Ele dedica uma lição inteira, interrompendo o seguimento do programa da disciplina, para criticar a pretensão sugerida por Joaquim Nabuco, então embaixador do Brasil no governo de Washington, quando presidia o Congresso Panamericano ocorrido no Rio de Janeiro, de criação de um Direito Internacional Americano. Para José de Aranha, naquele momento histórico isto não se justificava. Assim se expressa:

Ora, eu devo supor que o critério com que o sr Joaquim Nabuco pretende estabelecer um Direito Internacional americano não é tirado desta inferioridade das nações americanas, comparadas ou postas em confronto com a civilização europeia (...) Eu acho que nós estamos, pela nossa cultura, pela consciência que temos da nossa independência, pela consciência que temos de nós mesmos, nós estamos em posição de nos colocarmos em frente das nações europeias em pé de igualdade. Eu considero contrária á ideia fundamental essa politica que pretende fundar um D. continental americano para contrapor ao D. europeu (...) nós temos como povo, nós temos como nação essa capacidade, essa atividade, essa força indiscutível para o progresso, para o engrandamento (...) Acredito que nem mesmo a má politica, nem mesmo a má orientação governamental pode de modo completo entrar o nosso progresso, porque ele resulta da nossa índole, da nossa força, da nossa atividade, da nossa aplicação ao trabalho. Já vêm os srs. que eu, posto que monarchista, não sou pessimista.⁸⁴⁹

Defende, como se percebe, a capacidade de trabalho do povo brasileiro e critica, inclusive, diretamente Silvio Romero, que afirmava a índole passiva, preguiçosa e indisciplinada de nossa gente.

Monarquista e jusnaturalista, adepto da escola clássica e otimista quanto à índole do povo brasileiro, marcada pelo trabalho e destinada para o progresso. José de Aranha, naquele momento, representava em termos políticos e científicos (no âmbito penal) um passado e uma tradição, mas em termos culturais uma vanguarda, pois ainda prevalecia em muitos daqueles que pensavam o povo brasileiro, uma concepção se não pessimista, ao menos duvidosa, quanto à sua aptidão para o progresso, justamente pela força que o discurso racial imprimia na lente que se tentava ler a nação brasileira. Assim, tanto no âmbito político, quanto cultural e

⁸⁴⁸ ARANHA, J. M. **Preleções de Direito Criminal**. Typografadas por Augusto Moreira Soares, 1906, p. 128.

⁸⁴⁹ *Ibidem*, p. 133, 134-136.

científico (do direito penal), José de Aranha, na segunda década republicana, parecia “remar contra a corrente”.

Afinal, o governo era “republicano” e nele precisava reinar, além do progresso, a ordem. Neste período, todavia, a República brasileira ainda era bastante imatura e sua sociedade muito instável. Talvez não à toa, os juristas adeptos do republicanismo, neste momento, aderiam, em sua maioria, ao fundamento do direito de punir com base no princípio da defesa da sociedade. Para o progresso é necessário a ordem e a segurança e, portanto, aqueles que pareciam colocar o indivíduo como central com relação à sociedade, como José de Aranha, representavam o “conservadorismo” e o passado.

4.4.4 Candido Nazianzeno Nogueira da Motta e a consolidação da criminologia positivista no ensino em São Paulo

Nasceu em Porto Feliz, estado de São Paulo, cursou direito na faculdade Largo São Francisco (1888-1891), na qual se tornou professor, anos mais tarde, de direito criminal (1908). Antes disso foi promotor público (1892), segundo delegado da capital (1896), deputado estadual e membro da comissão de instrução pública (1898), quando promoveu a fundação do Instituto Disciplinar; em 1901 reelegeu-se deputado estadual e em 1905 vereador da Câmara Municipal da cidade de São Paulo; em 1908 tornou-se deputado federal, mandato que renunciou para assumir a Secretaria de Agricultura do Estado (1916). Em 1922 elegeu-se senador estadual, ocupando a vice-presidência do senado até 1930. Não apenas participou, mas foi presidente do Conselho Penitenciário do Estado.

Este jurista paulista, de grande relevância para o estudo do discurso criminológico no Brasil, teve uma atuação acadêmica e política bastante intensas, atividades que conciliadas caracterizam de alguma forma os criminólogos positivistas. Imbuídos pela necessidade de transformação social, estes pensadores envolvem-se na política como uma forma de interferir objetivamente não apenas na produção de leis, mas na criação de instituições que incorporem as ideias que defendem e propagam, de modo que elas saiam do papel e tomem forma no contexto social, para concretizar as reformas do homem e da sociedade.

Adepto das ideias de Lombroso, Garofalo e Ferri, demonstra um grande domínio de suas teorias, inclusive dos impasses e desencontros entre eles, aderindo ora a um ora a outro, conforme adequa às suas próprias concepções. Na dissertação elaborada para o concurso de lente substituto da terceira secção de direito criminal, “Classificação dos criminosos” o jurista expõe as principais teorias sobre o assunto, destacando, sobretudo, a de Ferri.⁸⁵⁰

Introduz o texto afirmando o delito como um “fenômeno necessário” como todos os demais do mundo orgânico e inorgânico e, portanto, sujeito a leis invariáveis, embora passe por transformações ao longo do tempo e do espaço,⁸⁵¹ o que deixa evidente sua filiação à base epistemológica do positivismo da época, cuja tendência naturalista induzia à identificação natureza e sociedade e ao evolucionismo

Mas, diferente do evolucionista e liberal Spencer, Candido Motta defende a ação do Estado para conter a criminalidade. Na lógica do positivismo penal, pontua que o foco de tais ações não é o crime em si, pois este é um fato abstrato, mas o criminoso; e daí a necessidade de estudá-lo, desvendá-lo, conhecê-lo, dividi-lo, individualizá-lo, *classificá-lo* - o modelo de conhecimento das ciências naturais é a classificação e, portanto, aqui ela também se aplica. Conhecer o criminoso pressupõe necessariamente nesta lógica classificá-lo, e conhecê-lo e classificá-lo se justifica na medida em que o tratamento deve ser adequado ao tipo específico de criminoso (como na lógica médica, em que o tratamento se adequa às especificidades do paciente).⁸⁵² Todavia, constata que, não obstante à diferença dos tipos antropológicos, todos os criminosos apresentam um caráter psicológico comum – “uma anormal força impulsiva para os actos criminosos”.⁸⁵³

Dentre os inúmeros autores que elaboraram teorias sobre a classificação dos criminosos citados pelo autor (Ferrus, despine, Nicholson e tantos outros)⁸⁵⁴ é a

⁸⁵⁰ MOTTA, C. **Classificação dos criminosos**. Dissertação apresentada para o concurso à vaga de lente substituto da 3ª secção (direito criminal) na Faculdade de São Paulo. São Paulo: Typographia a Vapor Carlos Gerre & Cia, 1897.

⁸⁵¹ *Ibidem*, p. 9.

⁸⁵² “(...) si para enfermos da mesma moléstia, devido á sua organização particular, ao seu temperamento, á sua idiosyncrasia, ao ambiente physico, o medico tem necessidade de particularizar o remédio, assim também para os criminosos de um mesmo delicto a therapeutica repressiva não póde deixar de ser vária, tanto mais que á variabilidade dos fenômenos physiologicos corresponde a dos fenômenos psychologicos”. É preciso então tratar desigualmente os desiguais e daí a necessidade de classificação (*Idem*).

⁸⁵³ *Ibidem*, p. 21.

⁸⁵⁴ *Ibidem*, p. 18.

de Ferri que defende pela superioridade científica.⁸⁵⁵ O texto, então, discorre detalhadamente a respeito dos tipos criminosos identificados por Ferri: natos (instintivos); de ímpeto; de ocasião, habituais, alienados.

É difícil não associar o tom de Motta, quando discorre a respeito dos criminosos natos, com um darwinismo social muito próximo do de Garfalo. Respondendo à crítica que a ideia de criminoso nato gerou na época, segundo a qual conceber que um indivíduo nasce escravo do seu organismo é uma afronta à dignidade humana, escreve:

Queremos crer que a dignidade humana está em piores condições que o direito natural: só poderá ter algum valor, como sonora e retumbante figura rhetorica (...) Pois si a natureza recusou os seus dons a uns não poderia recusar-os a outros? Tanto o cego, como o criminoso-nato não são uma aberração do *homem normal*?⁸⁵⁶

Usando das palavras de Herzen, afirma que a ciência não tem que ver com as consequências morais e jurídicas de suas conclusões e uma destas conclusões é a inexistência do livre arbítrio. Determinismo e darwinismo social combinam-se em uma defesa bastante ácida de um conceito que a Europa, há muito, já repelia.

A estes “ismos” oitocentistas soma-se o discurso racial – para Motta, dentre os fatores que devem ser observados para se fazer o estudo do criminoso está a raça. Aqui Candido Motta reproduz mais uma vez o discurso europeu (Le Bon, Gobineau, por exemplo), dando como dada e inquestionável a divisão dos homens entre raças, a inferioridade de umas em relação às outras e os efeitos negativos do cruzamento.

Parece hoje em dia firmada a grande divisão das raças, segundo as cores, em branca, amarela e preta (...) O prognatismo, por exemplo, no branco, é evidentemente um estigma de regressão ao typo ancestral; entretanto, ele faz parte da constituição physica do negro, cuja raça é inferior, por se ter conservado estacionaria.⁸⁵⁷

⁸⁵⁵ Ferri a elabora para suprir as críticas à obra de Lombroso “O homem delinquente” cujas primeiras edições não fazia estas distinções trabalhando com uma categoria única de homem delinquente. Nas próximas edições de sua obra, Lombroso adota parte das ideias de Ferri, adequando sua teoria do tipo criminoso.

⁸⁵⁶ MOTTA, C. **Classificação dos criminosos**. Dissertação apresentada para o concurso à vaga de lente substituto da 3ª secção (direito criminal) na Faculdade de São Paulo. São Paulo: Typographia a Vapor Carlos Gerre & Cia, 1897, p. 24.

⁸⁵⁷ *Ibidem*, p. 32.

Identifica nos negros as mesmas características dos homens primitivos, com poucas variações (indiscreto, imprevidente, preguiçoso, sensualidade exacerbada, não são adaptáveis à liberdade, tem tendência servil e falta de iniciativa). Quanto à mistura entre as raças, afirma: “a que é muito inferior muitas vezes passa á outra só os seus vícios, muito mais em harmonia com as suas próprias tendências que as qualidades”. Cita Darwin e a teoria da regressão e completa com o ditado árabe: “Deus creou o branco. Deus criou o negro, o diabo criou o mestiço.”, reconhecendo que há nele um fundo de verdade.⁸⁵⁸ Segundo o autor, “Os crimes contra a pessoa cometidos pelos mestiços são quase sempre revestidos das mais atrozes circunstancias e da mais requintada crueldade”.⁸⁵⁹

Não faz nenhuma ressalva a esta teoria racial, bem nos moldes de Gobineau, não a problematiza e menciona o Brasil apenas para ponderar que aqui há uma dificuldade de estudo por não termos um tipo puro, em razão dos contínuos cruzamentos e da extensão territorial do país. Também não analisa as consequências que um tipo de análise como esta implicaria para a compreensão do Brasil e da criminalidade brasileira.

Ao discorrer sobre os criminosos de ocasião discorda de Garofalo - para quem o dizer “a ocasião faz o ladrão” não tem razão de ser, pois se no indivíduo não existe o germe do crime, não há ocasião que o faça desenvolver – e afirma que as circunstâncias podem levar um homem bom a delinquir, relativizando, neste sentido, o determinismo de Lombroso e Garofalo.

Quando apresenta os criminosos alienados, identifica alguns destes antropologicamente com os natos, como os loucos morais ou epiléticos como o faz Lombroso e defende no mesmo sentido de Ferri, que devem ser condenados, não pela responsabilidade moral, que obviamente não a têm, mas pela responsabilidade social, devendo ser segregados da sociedade em um asilo que atenda à sua circunstância especial de alienados.

Ao comentar dos criminosos habituais (dotados de fraqueza moral, mais do que tendências inatas e levados pelas circunstâncias a delinquir), Candido Motta aproveita para sustentar uma das ideias mais presentes em sua atuação – a criação de estabelecimentos onde não apenas seja veiculada a educação profissional, como

⁸⁵⁸ MOTTA, C. **Classificação dos criminosos**. Dissertação apresentada para o concurso à vaga de lente substituto da 3ª secção (direito criminal) na Faculdade de São Paulo. São Paulo: Typographia a Vapor Carlos Gerre & Cia, 1897, p. 35.

⁸⁵⁹ *Idem*.

também moral. Este é um ponto crucial no discurso do autor – a moralização da sociedade, que deve focar, sobretudo, nos jovens, pois estes ainda estão em processo de formação de caráter. A verdadeira solução para a reforma da sociedade e para a construção de uma sociedade modelo é a moralização. Neste ponto, concorda com Garofalo de que a educação não pode formar o caráter, mas é um importante elemento modificador, quando interfere na primeira infância.

Na sua obra sobre “Os menores delinquentes e seu tratamento no Estado de São Paulo”, apresentada ao Quarto Congresso Científico, Primeiro Pan-Americano em Santiago do Chile, Candido Motta apresenta sua proposta para a questão, como o título expõe, o tratamento de menores. Justifica: “(...) o embrutecimento da nova geração é a primeira das calamidades sociais, das quaes é forçoso occuparmo-nos para impedir que os jovens, apenas atingida a puberdade tornem-se inquilinos dos cárceres”.⁸⁶⁰ Entende o cuidado com os menores como uma questão premente, pois estes ao invés de se tornarem um perigo para a sociedade, devem se tornar homens de bem. E nesta linha incorpora a defesa dos substitutivos penais, centrais nas propostas de Ferri, equiparados por ele às prevenções sanitárias (como beber água fervida em tempos de epidemias), analogia presente de modo tão frequente nos textos do autor italiano.⁸⁶¹

Na opinião de Motta, deve-se tratar os menores de modo a prevenir o mal físico e moral, cercá-los de um ambiente higiênico e livre da influência perniciosa de criminosos e vagabundos.⁸⁶² Em suas palavras:

Precisamos de um asylo em que, a par da instrução litteraria, recebam os menores uma educação *moral* e cívica rigorosa, em que se possa formar o caráter pelo estímulo e pelo exemplo para os naturalmente amoldáveis e *modificar* o dos que congenitamente são refractarios.⁸⁶³

Neste sentido, o autor, ainda como promotor público, apresenta à Câmara dos Deputados um projeto para a criação de um estabelecimento especial para menores (moralmente abandonados), correccional, industrial e agrícola ao qual intitula Instituto Educativo Paulista, nos moldes do Reformatório Elmira, dos Estados

⁸⁶⁰ MOTTA, C. Os menores delinquentes e seu tratamento no estado de São Paulo. **Diário Oficial**, São Paulo, p. 8, 1909.

⁸⁶¹ *Ibidem*, p. 7.

⁸⁶² *Ibidem*, p. 9.

⁸⁶³ *Ibidem*, p. 11.

Unidos.⁸⁶⁴ Indica como um tipo de estabelecimento que comporta estas necessidades o Hospício do Juquery.

Como narra Candido Motta, este projeto foi aprovado com muitas simplificações e converteu-se na Lei n. 844, de 10 de Outubro de 1902, regulamentada pelo Decreto n. 1079, de 30 de dezembro do mesmo ano, estabelecendo assim o Instituto Disciplinar.⁸⁶⁵

A classificação dos menores é uma questão central para Motta, porque dela depende a separação destes nas diferentes *classes/categorias* conforme o temperamento, tendências e caráter. No projeto o autor ressalta que se previa uma divisão em três tipos: os duvidosos (segunda classe de observação); os maus (presunção legal, primeira classe) e os bons (terceira classe).⁸⁶⁶ É impossível não se impressionar com o uso dos termos bons/maus/duvidosos. De fato é curioso notar como estes autores, que se declaravam seguidores tão fiéis da ciência, ignoravam que tais termos estão para além dos limites da objetividade científica. É corrente identificar como estes criminólogos se traem em seu discurso.

Ao defender o trabalho agrícola para os menores, por ser ao ar livre, e absorver suas forças físicas, o autor mais uma vez afirma “Emquanto cultiva a terra,

⁸⁶⁴ Dentre os diversos artigos do projeto, o nono é bastante emblemático, pois exige que o juiz ao proferir a sentença condenatória deve enviar ao instituto informações sobre a natureza do crime, circunstâncias, antecedentes, não apenas do detido, mas de seus parentes, assim como uma diagnose completa de condições física, intelectual e *moral* do indivíduo e sua família. Este artigo demonstra a preocupação em se definir e classificar o indivíduo, até porque a proposta é que estes sejam separados em diferentes categorias/classes dentro do estabelecimento de acordo com a sua *natureza*. No artigo 10, parágrafo único, ainda, possibilita a criação de sub-classes, tendo em vista a idade, o caráter e as tendências. Outra curiosidade diz respeito à administração do instituto, a qual deve ser confiada a uma pessoa formada em direito ou medicina.

⁸⁶⁵ Mudança de nome que foi criticada por Candido Motta, que considerava o anterior mais apropriado, pois menos comprometida com possíveis associações a instituições repressivas - mais uma vez seguindo os ensinamentos de Ferri – e menos degradante para a imagem do menor, que não deve conceber em seu internamento algo negativo mas sim benéfico para seu futuro. Tanto o nome quanto a arquitetura (na forma de colégios e pensionatos) deveriam guardar por uma aparência neutra. Embora elogie o exterior do prédio destinado à instalação do estabelecimento, o autor é bastante crítico no que se refere às suas proporções e disposição, a partir das quais “não é possível fazer classificações racionais, e evitar a comunhão das classes. Como é possível evitar o contágio dos bons pelos máus, como é possível exercer vigilância e fazer um estudo systemático e acurado do carácter dos recolhidos, como é possível enfim ali praticar-se a individualização da educação?” (MOTTA, C. Os menores delinquentes e seu tratamento no estado de São Paulo. **Diário Oficial**, São Paulo, p. 53, 1909).

⁸⁶⁶ *Ibidem*, p. 75. A lei aprovada modificou o projeto. São admitidos no Instituto Disciplinar maiores de 9 e menores de 14, que tiverem agido com discernimento; os maiores de 14 e menores de 21, condenados como vagabundos e os pequenos mendigos, viciosos, abandonados de 9 a 14 anos. Haveria duas secções: a primeira para as duas primeiras categorias (cujo internamento dependeria da sentença) e a segunda para a última. Estas categorias, por sua vez, podendo ser divididas em classes a partir de três critérios: idade, a natureza da infração e a conduta moral. Estas eram formadas pelo diretor e ouvidos o professor, mestre de culturas e os médicos.

emquanto contempla a natureza que o cerca e o encanta, o seu espirito paira mui longe das idéas do mal para concentrar-se n'aquellas outras, que elevam e nobilitam o homem".⁸⁶⁷

Em uma mescla curiosa entre o saber médico e os conhecimentos da alma, na medida em que o primeiro é o meio para se alcançar o segundo, estes pensadores oscilam entre a ciência e a metafísica, pois querem desvendar pelo corpo/organismo os segredos da alma. Quando discorre a respeito da administração destas instituições para menores, Motta afirma:

O educador exerce as *funções de medico*, devendo fazer a diagnose do mal e saber achar o remédio adequado á cura; assim bem árduo é o seu papel e bem complexa a sua capacidade pois é *difficillimo o estudo de uma alma* estragada pelo exemplo, pelos contactos, pelos maos hábitos, á qual se impõe a mentira e a hypocrisia, á qual a ociosidade continua roubou todas as energias uteis.⁸⁶⁸

No projeto exige-se que a função de diretor deve ser exercida por médico ou advogado e ressalta-se que a indicação de médico nem precisa ser justificada. O médico auxiliado de um pedagogo deve, segundo Motta, citando Laurent, criar uma nova ciência, a ortopedia moral, pois trata-se de realizar a "*cura moral*" destes "*espíritos enfermos*." E "quem melhor que um médico poderá classificar os menores segundo a psychologia de cada um?"⁸⁶⁹

A definição do caráter deve ser feita, segundo o autor, ao longo de uma observação atenta e a partir de um ponto de vista psicológico e antropológico que estabeleça o grau de degenerência, de perversidade, pois muitas vezes, um mendigo pode ser mais degenerado que um assassino, como afirmara Ferri.⁸⁷⁰

Critica a lei quanto à não limitação do efetivo dos recolhidos, o que inevitavelmente poderia acarretar a aglomeração, problema que, segundo Ferri e lembrado por Motta, é um inconveniente, sobretudo, entre sujeitos desta *categoria* psicológica, cujas conseqüências são a fermentação e a putrefação.⁸⁷¹ Além do contágio, dificulta a classificação e individualização.

Conforme a escola positiva, segundo o autor, a pena indeterminada é a mais adequada para o tratamento dos menores, pois estes apenas podem ser liberados

⁸⁶⁷ MOTTA, C. Os menores delinquentes e seu tratamento no estado de São Paulo. **Diário Oficial**, São Paulo, p. 98, 1909.

⁸⁶⁸ *Ibidem*, p. 118.

⁸⁶⁹ *Ibidem*, p. 120.

⁸⁷⁰ *Ibidem*, p. 70-71.

⁸⁷¹ *Ibidem*, p. 55.

após a regeneração, a qual deve ser identificada somente pelo diretor e demais funcionários do estabelecimento, e não pelo juiz.

Contágio, análise do caráter, individualização da educação, equiparação da instituição com um hospício, fermentação, putrefação, enfim, encontra-se em Candido Motta a essência do pensamento criminológico, ou seja, institucionalizar o indivíduo, analisá-lo para classificá-lo e classificá-lo para moldá-lo e sempre num discurso em que fica evidente a analogia com a medicina, embora aqui a intervenção seja no indivíduo, mas com o intuito de curar o social. Um dos meios desta cura é justamente o trabalho.

Sobre uma das proposições feitas na tese apresentada para lente da faculdade de direito de São Paulo, em 1897, o emprego da mão de obra de condenados nas secções móveis, Candido Motta escreve um artigo para a revista desta mesma faculdade. Sobre o encarceramento penitenciário, afirmava:

Desde que a observação e a experiência foram empregadas como método no estudo da criminalidade chegou-se ao resultado inegável, positivo, em que pése ao misoneísmo dos nossos escolásticos, de que nem todos os criminosos são suscetíveis de regeneração; e isto porque grande parte deles é levada à prática do crime pela ausência absoluta e hereditária do senso moral e pelos defeitos da sua organização psico-fisiológica. A conclusão a tirar-se é que o encarceramento penitenciário é de uma relatividade á toda prova, ocupando UM PLANO INFERIOR nos sistema de repressão penal. Por melhores que sejam, portanto, as intenções do Sr. Dr. Presidente do Estado, e por mais perfeito que seja o trabalho da distinta Comissão, tudo será sem grande alcance porque parte de um princípio errôneo da escola correccionalista, contra o qual se levanta o número sempre crescente dos reincidentes estrangeiros, a despeito de todas as reformas e melhoramentos nas prisões.⁸⁷²

Não havendo prisão perpétua no Brasil, Motta destaca a inevitabilidade dos condenados eventualmente serem reincorporados à sociedade. No sistema de então, a partir dos ofícios que os presos aprendem no interior da prisão, seria impossível tal incorporação, porque raras vezes deles se ocupam quando fora da instituição carcerária. Para Motta, “A sociedade, portanto, a prevalecer tal sistema só receberá em seu seio INVALIDOS ou INCAPAZES. Será o asilo substituindo o cárcere”.⁸⁷³

Para Motta, mais uma vez baseado nas leituras e informações a partir do estrangeiro, a solução está no trabalho ao ar livre e fora das muralhas do presídio,

⁸⁷² MOTTA, C. A mão de obra penal. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, v. 29, p. 238, 1933.

⁸⁷³ *Ibidem*, p.261.

“(...) no trabalho braçal, pesado embora, mas que retempera as forças físicas, desenvolve a robustez, desanuvia o espírito, garante a saúde”.⁸⁷⁴ Ao ar livre, fora das muralhas e empregada no interesse público. O trabalho ao ar livre, segundo o autor, “(...) desperta as energias abatidas, incita à luta corajosa pela vida, estimula as aptidões, e restitue à sociedade elementos ainda capazes de influir no seu progresso”.⁸⁷⁵ Neste trecho Motta demonstra em seu discurso sua filiação aos elementos chave do evolucionismo darwinista característico do século XIX e base de muitos pensadores da escola positiva – a luta pela vida e a ideia de progresso, ambos pelo instrumento moralizador e regenerador – o trabalho.

Além dos bons resultados econômicos que esta medida pode trazer, não poderia deixar de faltar na argumentação de Motta, o resultado *moral*, indicando como prova disto a redução da criminalidade na Inglaterra, onde esta sistemática se realizou.⁸⁷⁶

A filiação de Motta à escola positiva evidencia-se também em suas aulas. O programa de sua disciplina, dentre todos os programas elaborados pelos professores da disciplina de direito criminal, entre os anos de 1889-1930, é o que mais apresenta as ideias da escola positiva. Mais da metade de seu curso discorre sobre os fundamentos desta escola e em várias ocasiões coloca-se a favor destas “novas” ideias, percebendo-as como o resultado de uma evolução na ciência penal (uma vez que, como afirma o autor, tudo está sujeito às leis da evolução).⁸⁷⁷

Adota a dicotomia de Ferri, Escola Clássica e Escola Positiva, como o fazem todos os juristas analisados. Da Escola Clássica, que estudava o crime como entidade abstrata, abstraindo o agente, doutrina que para Motta está completamente esgotada e é completamente incapaz de remediar os males sociais, a ciência penal desenvolveu-se (no mesmo sentido da medicina, que transferiu seu olhar da doença para o doente) para uma perspectiva que volta o seu olhar para o criminoso, sua organização física e psíquica, seu ambiente físico e social, sendo este olhar orientado pelo método da observação e experiência.

Motta discorre minuciosamente no ponto 5 do programa sobre os estigmas morfológicos dos delinquentes – peso, estatura, envergadura, medidas do crânio,

⁸⁷⁴ MOTTA, C. A mão de obra penal. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, v. 29, p. 240, 1933.

⁸⁷⁵ *Ibidem*, p. 261.

⁸⁷⁶ *Ibidem*, p. 265.

⁸⁷⁷ MOTTA, C. **Direito Penal**. São Paulo: texto datilografado, 1927, p. 1.

da face, cor de cabelos, pés, mãos, esqueleto, órgãos genitais, fazendo constantes citações dos estudos, medições e constatações de Lombroso e Marro.⁸⁷⁸

Além destas características físicas, Motta ressalta que os criminosos têm atitudes, expressões próprias que revelam o “caráter da alma” no seu semblante, expressões que segundo o autor podem recordar tendências e atitudes atávicas:

Os órgãos que são a sede principal dessa atitude são os olhos e a boca. É no olhar torvo e feroz que se revela sobretudo o delinquente, olhar no qual se reflecte o cynico, a insensibilidade ao sofrimento próprio e alheio e o prazer mesmo de produzi-lo. A boca também apresenta aquelle rictus cynico, satânico, tão conhecido do vulgo que o domina “cruel”⁸⁷⁹.

Motta parece mais descrever um monstro que um homem.

O autor faz a ressalva de que é difícil encontrar um criminoso com todas estas características, mas que tais estigmas são muito mais frequentes e numerosos nos delinquentes do que nos homens comuns, como aponta Garofalo, e como teve a chance de constatar analisando cerca de 200 presos na penitenciária da capital onde, apesar da diversidade étnica, constatou anomalias na maior parte deles. Conclui que, deixando de lado alguns exageros dos antropologistas, é incontestável que os criminosos apresentam muitos estigmas morfológicos notáveis.⁸⁸⁰

A respeito dos estigmas psicológicos admite serem estes mais difíceis de se estabelecer, uma vez que pressupõem “penetrar nos íntimos recessos da alma humana”, para prescrutar-lhes as anomalias do sentimento (...).⁸⁸¹ Trata-se de descobrir, como diz Motta, anomalias funcionais do “espírito”, que determinam o modo de agir e de pensar.

⁸⁷⁸ Como, por exemplo, a menor estatura e peso dos delinquentes quando comparados à média (menos nos menores delinquentes, pois estes tem um desenvolvimento precoce); a circunferência da caixa craneana anterior é menos desenvolvida que a posterior, maior largura da face (sinal de regressão atávica) enquanto o crânio é menor, maior mandíbula (também estigma atávico), olhos oblíquos, fronte fugidia, zigomas salientes e volumosos, assimetria na face, nariz desviado para o lado, retilíneo, largo e grosso, lábio superior fino, orelha de asa grandes ou muito pequenas, ponteagudas relembrando as orelhas de animais inferiores, prognatismo labial e maxiliar inferior, colorado pálido, cabelos espessos e escuros, pouca barba, mãos longas, dedos e unhas compridas, distância entre o primeiro e segundo dedo (característica atávica, pois lembra animais que usam os pés para agarrarem às árvores), pé chato, grande número de corcundas, papo, desenvolvimento do seio nos homens e anomalias nos órgãos genitais. De todas estas características “resulta uma physionomia especial que é diversa da dos homens que não os possuem. Compreende-se como essa physionomia será tanto mais visinha do typo completo quanto maior for o número de estigmas e quanto mais grave e notáveis forem eles.”(MOTTA, C. **Direito Penal**. São Paulo: texto datilografado, 1927, p. 12).

⁸⁷⁹ *Idem*.

⁸⁸⁰ *Idem*, p. 12.

⁸⁸¹ *Ibidem*, p. 16.

Curioso perceber que em um dos primeiros pontos do programa Motta indica que a psicologia deve ser enquadrada como um ramo da biologia e fisiologia, ou seja, demonstra sua filiação à corrente organicista. Mas, ao mesmo tempo, a associa a um “penetrar na alma” e descoberta das anomalias do “espírito”. Como Lombroso, Motta realiza o percurso confuso do espírito ao corpo e do corpo de volta ao espírito, por meio do critério moral.

Ainda, para o jurista paulista o crime não é um fenômeno anatômico ou fisiológico, mas sobretudo psicológico. Portanto, para ele, é desvendando a constituição psíquica do criminoso, a relação dos motivos e contra motivos que determinam as suas ações, que se deve buscar a causa do comportamento anti-social. Esta busca se dá pela análise das três faculdades do espírito: a inteligência, o sentimento e a vontade.

As anomalias mais comuns nos criminosos são as que afetam os sentimentos. Estes, segundo Motta, e não a razão são os verdadeiros impulsos, motivos de nossas ações, porque são eles que determinam a nossa vontade, como afirmara Ferri. O que faz certos sentimentos prevalecerem sobre outros não depende dos indivíduos, mas de sua constituição física e psíquica, determinada pela hereditariedade, pelo meio, pela educação e por isso não se pode mais admitir a ideia de livre arbítrio. É a faculdade do sentimento e não intelectual que determina a vontade e, portanto, a ação, “ao passo que a parte intelectual permanece até certo ponto, simples espectadora deste jogo de moveis diversos e opostos á mesma acção”.⁸⁸² Somos honestos ou desonestos por uma questão de fatalidade e não de escolha, portanto. Assim como não podemos escolher ser um Dante, não podemos escolher ser honesto. Portanto, segundo Motta

Todo o homem, em summa, dispõe de uma certa dose de inteligência e de uma certa dose de sentimentos moraes; e desta ultima modalidade de nosso espírito deriva em grande parte, o ser ou não ser criminoso. É pois nos sentimentos que se deve procurar as mais graves anomalias que caracterizam os delinquentes.⁸⁸³

Ou seja, no que se pode chamar “senso moral”, no qual deve predominar o respeito aos semelhantes.

⁸⁸² MOTTA, C. **Direito Penal**. São Paulo: texto datilografado, 1927, p. 17.

⁸⁸³ *Idem*.

Neste ponto é sobretudo Garofalo quem inspira Motta, seja na ideia de que são os sentimentos os determinantes da vontade, seja no sentido de que o senso moral (constituído pelos sentimentos de piedade e probidade) se constitui pela simpatia com o semelhante de onde deriva o respeito aos seus direitos.⁸⁸⁴

A falta destes sentimentos, que os torna cruéis e insensíveis aos sentimentos e sofrimentos alheios, se associam, ainda, a outros estigmas atávicos, segundo Motta, como a tendência à preguiça e à vagabundagem, a resistência ao trabalho. São atávicos porque demonstram que estes indivíduos atuam na *luta pela existência* como os animais inferiores ou selvagens, pois sobrevivem às custas da eliminação e destruição do outro e de todas as regras do convívio social.⁸⁸⁵

No âmbito psicológico, portanto, segundo Motta estes indivíduos podem ser considerados como de fraco ou inexistente senso moral; vontade fraca (reagem de modo exagerado aos estímulos externos), sendo caracterizados por uma forte impulsividade e inferior capacidade intelectual, pois são afetados por perturbações nas associações das ideias, que deveriam, segundo Motta, agir como contra-motivos ao impulso criminoso. Todavia há uma certa contradição neste ponto pois, se afirma que são os sentimentos que determinam a vontade e que a inteligência é apenas espectadora do processo de sua formação, como pode ao mesmo tempo dizer que as ideias têm influência? Se ser ou não honesto é uma fatalidade, não há como resistir, se não há como resistir, não seria a normal associação de ideias que permitiria tal resistência.

Sobre a responsabilidade penal apresenta o debate entre as escolas clássica e positiva. O autor, a partir de Ferri, defende a responsabilidade social e determina que a medida da reação penal deve se dar de acordo com a temibilidade, conforme propunha Garofalo. Afirma que mesmo

(...) admitindo que o determinismo das acções humanas, esteja ainda duvidoso e não esteja preremptoriamente estabelecido, a sciencia e a legislação não podem fazer repousar a responsabilidade penal sobre a liberdade moral que é tão energicamente negada e conduz a abusos perigosos pelo fraccionamento das penas, dando logar a ideia de liberdade parcial e atenuada (...) A responsabilidade social é a mesma para todos: o modo de reacção é que varia segundo os indivíduos.⁸⁸⁶

⁸⁸⁴ MOTTA, C. **Direito Penal**. São Paulo: texto datilografado, 1927, p. 18.

⁸⁸⁵ *Ibidem*, p. 19.

⁸⁸⁶ *Ibidem*, p. 142.

Em uma lógica conciliatória, Candido Motta aponta que a escola positiva admite em alguns casos a mera predisposição ao delito, que na presença de fatores externos neutralizadores, pode não se manifestar; a escola clássica, por sua vez, pode reconhecer a realidade destas predisposições e concluir:

Parece dever comportar, em qualquer escola o seguinte: os pensamentos de simples intimidação, pelos delinquentes sem criminalidade, destinados a servir o adversamento por todos; os pensamentos de reforma para os delinquentes criminaes, os pensamentos de eliminação para os delinquentes habituaes e incorrigíveis. A penalidade deve sem distinção de escola, ser completada pelas constituições preventivas destinadas a combater e a neutralizar a influencia do meio.⁸⁸⁷

E complementa defendendo a pena indeterminada, proposta pela escola positiva, “que (...) pode ser aprovada sem comprometer a crença da liberdade e a responsabilidade moral (...)”.⁸⁸⁸

Neste autor percebemos uma significativa reprodução das teorias criminológicas, sobretudo, da escola italiana (Lombroso, Ferri e Garofalo). Há pouca problematização no que se refere a estas teorias, pois não apenas não as analisa criticamente, como pouco ou quase nada comenta sobre as críticas a que as teorias positivistas foram alvo desde o segundo Congresso de Antropologia Criminal, na França, já em 1889.

Luta pela existência e aptidão pelo trabalho são elementos presentes em seu pensamento e que justificam uma intervenção do Estado, sobretudo, com relação aos menores, sujeitos principais da preocupação de Candido Motta. Não à toa o jurista vincula-se de maneira tão incisiva às ideias de Ferri. As premissas deste autor acarretam um Estado extremamente interventor – de um determinismo matizado pelas problemáticas sociais, desemboca-se em uma estatolatria, que, por meio dos substitutivos e dos meios preventivos, busca moldar o indivíduo em um cidadão laborioso e apto na luta pela existência. E esta formatação, ou normalização, ocorre, sobretudo, em seu caráter.

E neste aspecto, analisando os textos de Candido Motta, podemos identificar que as contradições inerentes ao positivismo criminológico, nele se reproduzem no processo de sua recepção. Emerge em seu discurso, por exemplo, com frequência, a necessidade de formação do caráter e da moral, que por sua vez, estão sempre

⁸⁸⁷ MOTTA, C. **Direito Penal**. São Paulo: texto datilografado, 1927, p. 145.

⁸⁸⁸ *Ibidem*, p. 146.

inseridos em um discurso que envolve a alma, em que pese o autor filiar-se a uma corrente organicista, materialista e naturalista.

Assim, em que pese reivindicar uma análise científica do crime e do criminoso, acaba analisando este criminoso a partir de premissas e de modelos muito mais morais que médicos e que, portanto, não se submetem ao mesmo crivo científico, justamente porque muito mais ideológicos do que objetivos. Como bem pontuou Turatti, ligado ao socialismo jurídico italiano, o maior equívoco da escola antropológica estava na sua incapacidade de fazer uma crítica a fundo da sociedade de então, não se dando conta, por exemplo, de que certos comportamentos definidos como normais, para os padrões burgueses, poderiam ser considerados condenáveis de um ponto de vista externo à moral burguesa.

O moralismo e intervencionismo de Motta não se refere apenas aos menores e aos criminosos, mas também à prostituição. O jurista considera a prostituição o resultado de fatores antropológicos, físicos e sociais, mas tendo em vista que é um mal necessário, deve-se tolerá-la, mas ao mesmo tempo neutralizá-la, por meio de medidas administrativas relativas às mulheres. Para Motta, deve-se viabilizar a intervenção da *polícia* para que algumas medidas de caráter *moral e higiênicos* sejam tomadas, tendo em vista a proteção, sobretudo, da moralidade e ordem públicas (e não dos direitos individuais das mulheres).⁸⁸⁹ Tais medidas, ou instruções preventivas, foram publicadas sob o título de Regulamento Provisório da Polícia de Costumes e entregue às mulheres, mas foram alvo de inúmeras críticas - atentado à liberdade individual, incompetência da polícia para regulamentar uma instituição não reconhecida etc. Ciente de alguns abusos com relação à execução do regulamento, Motta responde: "(...) esses abusos que são sempre punidos, são preferíveis á devassidão publica, aos escândalos que tanto nos envergonhavam".⁸⁹⁰

Assim, Candido Motta pode ser visto como um jurista que se adequou à lógica intervencionista republicana do Estado brasileiro. Como se sabe, esta

⁸⁸⁹ a) não são permitidos os hotéis, devendo tais mulheres viver em domicílio particular de até 3 pessoas (medida voltada a impedir o caftismo); b) as janelas devem ter cortinas na parte de dentro e persianas na de fora (para impedir que se possa testemunhar o que lá dentro se passa); c) não se pode abordar os transeuntes, por meio de palavras ou gestos e com eles conversar; d) as persianas devem permanecer fechadas em determinados horários; e) devem se vestir de maneira decente quando estiverem nas ruas, resguardando o corpo e o busto; f) nos eventos públicos, como teatros, devem se portar com recato, não podendo conversar com os homens onde possam ser observados pelo público. (MOTTA, C. Prostituição. Polícia de Costumes. Lenocídio. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**. v. 5, p. 312-315,1897).

⁸⁹⁰ *Ibidem*, p. 315.

intervenção marcou-se de maneira significativa pelo autoritarismo e desrespeito às garantias individuais, em termos de um intervencionismo segregador (que atinge sobretudo determinados sujeitos), não apenas vinculado à uma higiene física, mas também moral.⁸⁹¹ E neste sentido, o discurso criminológico parecia adequado, pois legitimava esta intervenção, inclusive, com argumentos de “ciência”, afinal, um Estado em defesa da sociedade não apenas pode, mas *deve* intervir.

4.5 BAHIA E O PENSAMENTO CRIMINOLÓGICO

4.5.1 Moniz Sodré e a propagação dos postulados da Escola Antropológica Positiva

Nasceu em 13 de junho de 1881 na cidade de Salvador. Formou-se em direito pela Faculdade de Direito da Bahia em 1903. Lecionou nesta e no Rio de Janeiro direito criminal, inclusive no curso de doutorado da Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil. Já em 1907 publica sua obra mais conhecida “As três escolas penais” que o consagrou como jurista. Foi deputado estadual e federal por várias vezes e Senador Federal da Bahia, de 1920-1926. Foi diretor do “Diário da Bahia”, dirigiu no Rio o “Correio da Manhã”. Foi Procurador-Geral do Estado do Rio de Janeiro e Secretário do Interior e Justiça. Proclamava-se defensor da liberdade e dos ideais democráticos. Em discurso de Paraninfo dos Bacharelados em 1931 da Faculdade de Direito da Bahia assim declarou:

Orgulho-me em ser um espírito revolucionário, para as conquistas da liberdade, a cujas magnificências rendo o culto de minha ardente devoção, porque ela, a liberdade, constitui elemento imprescindível, a condição primeira para a felicidade dos homens e a dignidade dos povos (...) O despotismo é, portanto, a fonte de todas as desgraças, ainda que seja o despotismo branco, que concede generosamente a liberdade como dádivas de favor. O despotismo dissimulado, hipócrita, lavrado, é a morfina da tirania (...) Prefiro a tirania franca e violenta, em plena ostentação de seu poder desvairado, à ditadura falsa e mentirosa que, por entre melífluas promessas de liberalismo insincero, espolia de todas as garantias os nossos direitos, pondo a propriedade, a vida, a liberdade, a honra, de todos os cidadãos sob discricção exclusiva do capricho pessoal do poder (...) os homens são apenas instrumentos dóceis e quiça inconscientes (...) na

marcha evolutiva de sua acidentada trajetória pelo bátrato da vida, até atingir o píncaro de seus nobres ideais de perfeição.⁸⁹²

Ressaltando seu viés democrático, afirmava Evandro Moniz Corrêa de Menezes, nas apreciações biográficas de Sodré:

E a palavra eloquente ainda há pouco verberava, com o seu habitual fulgor, contra a tirania e os tiranos. Nessa época, as hordas vandálicas do nazi-fascismo se exibiam no auge do poder, causando abalos profundos em espírito como o seu, que se mostrava, entretanto, malgrado a sua incontida revolta, certo da vitória final da Democracia nesse grande combate.⁸⁹³

Declaradamente liberal, democrático e, como veremos, exímio defensor da escola positiva do direito penal e um dos grandes divulgadores de suas ideias.

As duas obras centrais de Moniz Sodré para a análise da presente pesquisa são “As três escolas penais”, cuja primeira edição data de 1907, que teve grande ressonância na cultura jurídica penal das primeiras décadas do século XX (contando com algumas reedições), bem como seu “Curso de Direito Criminal”, parte 1. Em ambas as obras Moniz Sodré faz uma explanação bastante didática e completa das diferentes correntes penais, resgatando historicamente seus antecedentes e analisando-as a partir de seus principais pontos de divergência. Em “As três escolas penais” apresenta o fundamento da responsabilidade criminal do criminoso, o conceito de crime, o homem criminoso, o conceito e os efeitos da pena, conforme o ponto de vista das três escolas (Clássica, Antropológica, Crítica), como indica no título. Pode-se perceber que corresponde a uma obra muito mais densa e analítica que a de Viveiros de Castro, com objetivo para além de informar, divulgar as ideias positivas. No “Curso de Direito Criminal”, após algumas explicações gerais como o enquadramento do direito penal no âmbito das ciências jurídicas e a sua importância, discorre sobre o fundamento de punir, a lei penal e o crime também e sempre a partir das três escolas.

O autor explica no prefácio da quarta edição de “As três escolas penais”, que esta corresponde ao estudo do direito penal como ciência social, enquanto o seu curso seria o estudo do direito penal como ciência jurídica, sendo o direito como ciência social “a base, a fonte inspiradora do direito como ciência jurídica”.⁸⁹⁴ Por

⁸⁹² SODRÉ, M. **As três escolas penais: clássica, antropológica e crítica** (estudo comparativo). 8 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977, p. 8-10.

⁸⁹³ *Ibidem*, p. 13.

⁸⁹⁴ *Ibidem*, p. 18.

isso o autor considera “As Três escolas Penais” como uma espécie de introdução ao seu curso, com noções propedêuticas de Direito Criminal. Para não incorrer em explanações demasiadamente detalhadas e até mesmo repetitivas, a análise das obras se fez, sobretudo, a partir das ideias centrais que o autor discute de acordo com as três escolas, selecionando trechos em que o autor deixa clara a sua filiação com relação à escola positiva antropológica. Justamente por isso acabou se privilegiando a análise de “As três escolas penais”, por ser um texto em que o autor assume uma missão mais propagandista e divulgadora e, portanto, suas críticas são mais certeiras e seu posicionamento mais explícito (embora não deixe de ficar clara sua adesão à escola antropológica em seu “Curso de Direito Criminal”). Além disso, como bem explica o autor, em “As três escolas”, sua análise é do direito penal como ciência social e este foco de estudo para a presente pesquisa é mais fértil do que sua explanação na obra “Curso de Direito Criminal”.

Em “Três escolas penais” apresenta Beccaria e sua obra “Dos delitos e das penas” como pedra angular dos sistemas clássicos; Lombroso acompanhado de Ferri e Garofalo os mentores da escola positiva e Colajanni, Alimena, Lacassagne, Tarde, Prins e Liszt como formadores da escola eclética, a qual se liga à escola positiva pelo método, mas diverge de algumas conclusões da antropologia criminal (estre os juristas brasileiros adeptos desta escola situa Clovis Bevilacqua e José Higino).⁸⁹⁵ Na verdade, quanto à escola crítica Sodré busca identificar muito mais pontos de semelhança com a escola antropológica do que divergências.⁸⁹⁶

Uma das críticas centrais de Sodré à escola clássica refere-se justamente à falsa premissa da igualdade fundamental de todos os homens, honestos ou criminosos, fazendo deste princípio pedra angular do monumento de suas teorias jurídico-abstratas e de suas doutrinas “sem que o tivesse jamais sujeitado ao cadinho da experiência, a fim de verificar se ele se harmonizava com a verdade dos

⁸⁹⁵ SODRÉ, M. **As três escolas penais**: clássica, antropológica e crítica (estudo comparativo). 8 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977, p. 33.

⁸⁹⁶ “Para ambas (antropológica e crítica) o direito repressivo tem por fundamento a necessidade de defesa social, para ambas muito rara e dificilmente se obtém, com a aplicação da pena, a regeneração dos criminosos, máxime se não se trata de jovens delinquentes; para ambas, os meios preventivos, na luta contra o crime, são muito mais eficazes do que as medidas repressivas. O desacordo versa apenas sobre pontos secundários e questões acessórias, segundo Sodré. Consiste: 1) em que a escola antropológica não distingue a penalidade dos outros instrumentos de defesa social; 2) em assinalar às penas um maior ou menor poder de prevenção contra o crime, pela intimidação que exerce sobre o espírito comum dos indivíduos, por isso a escola italiana vê nos meios repressivos uma insignificante resistência às avalanches de criminalidade, enquanto a terceira escola, acorde neste ponto com a doutrina clássica, julga que a punição dos culpados é por si só um freio, não raro, suficiente para impedir o aumento dos crimes.” (*Ibidem*, p. 249-250).

fatos, inteligentemente observados”.⁸⁹⁷ Para ele os clássicos arquitetavam teorias no ar, brilhantes, embora falsas e mentirosas.

Defende Lombroso contra as críticas que consideravam simplistas as análises do mestre italiano. Para Sodré, tratava-se de uma visão desleal, daltônica e deformadora, que ignorava o exame minucioso e complexo que Lombroso teria feito do homem criminoso, não se limitando a análises anatômicas e fisiognômicas, mas abrangendo caracteres somáticos, patológicos e psíquicos. Afirma como incontestável a verdade a que Lombrosos teria chegado, de que um dos fatores precípuos da criminalidade é a constituição orgânica e psíquica do malfeitor, cuja individualidade física e moral deve constituir, mais do que o crime, o objeto da ciência criminológica. Compara a concepção antropológica do delinquente, como conquista da criminologia, à doutrina de Darwin do transformismo evolucionar na luta pela existência.

Considera a antropologia criminal a ciência mais fecunda das ciências biológicas, por suas aplicações práticas em poder assegurar as condições de existência da sociedade na luta contra a criminalidade. Luta cuja eficiência depende do princípio norteador de que o criminoso é uma variedade antropológica à parte do tipo moral do homem desenvolvido e civilizado. Para Sodré, as teorias explicativas desta profunda desigualdade biológica, somática ou psíquica, podem ser discutidas e negadas, “Mas o reconhecimento dessa desigualdade se impõe hoje à consciência de todos os cientistas, como uma verdade suprema, absolutamente inderrogável”.⁸⁹⁸

Considera ainda criticamente que a escola clássica não teria conseguido definir exatamente o delito. Definir crime como aquilo que a lei o define como tal é cair em um círculo vicioso ou no mais puro arbítrio:

O raciocínio é este: - o crime é a violação da lei penal; a lei penal é a vontade dos legisladores, logo o crime é filho desta vontade, e o seu conceito deles está dependente. Poderíamos, por conseguinte, definir: - crime é a vontade do legislador – fórmula que encerra em si o que o despotismo tem de mais odioso e a tirania de mais aviltante.⁸⁹⁹

Ao invés de classificações antropológicas de criminosos os clássicos insistem nas classificações dos crimes “mais ou menos arbitrárias, e de valor

⁸⁹⁷ SODRÉ, M. **As três escolas penais**: clássica, antropológica e crítica (estudo comparativo). 8 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977, p. 34.

⁸⁹⁸ *Ibidem*, p. 52.

⁸⁹⁹ *Ibidem*, p. 102.

científico quase nulo”⁹⁰⁰ segundo Sodré. O crime como entidade abstrata seria o objeto “quase que exclusivo das suas especulações metafísicas”.⁹⁰¹ A reação que alguns criminalistas clássicos teriam contra esta visão da escola positiva, como Filinto Bastos (professor de direito criminal da faculdade Livre da Bahia, que em breve analisaremos), de que a escola clássica aborda sim o criminoso, apenas não a partir da premissa de que é um ser anômalo, embora verdadeira, segundo Sodré, não elimina a crítica de seu método apriorístico e seu desconhecimento das ciências físico-naturais, portanto, embora de certa forma considerem o criminoso, não levam em consideração muitos aspectos que passam a ser centrais a partir de uma análise mais complexa (físio-psico-social) como a positiva.

Considera que a escola clássica atribui mais valor à objetividade do ato do que à subjetividade do agente, ou seja, a intenção criminosa, e lamenta que

(...) essa doutrina absurda e imoral, repugnante aos sentimentos naturais de justiça e senso moral do comum dos homens honestos, está consignada nos dispositivos legais do nosso código criminal, modelado, como é, pelo espírito da escola clássica.⁹⁰²

A proporcionalidade da pena e do delito (quanto maior o dano, o alarma social e maior a culpabilidade moral do agente, mais grave a pena), um dos fundamentos da escola clássica, é vista com desprezo por Sodré. Para ele “É incontestável a dificuldade enormíssima, e não raro invencível, com que lutam os adeptos da escola penal metafísica, para, na prática, aplicar com justiça o princípio, para eles fundamental, da proporcionalidade das penas aos delitos”.⁹⁰³

Sodré defende a tese do tipo criminoso e rebate as objeções a ela a partir de Ferri. Neste momento é curioso notar que os criminólogos, tão orgulhosos de seu método experimental e positivo em analisar o delinquente, partem de uma premissa metafísica sobre o crime, porque deslocado de tempo e lugar. Vejamos: uma das objeções à teoria do tipo era justamente a que, partindo-se da premissa da indeterminação do crime na história, ou seja, se o crime varia historicamente, como se pode definir um tipo de homem criminoso? A resposta de Ferri, apresentada por Sodré, é a de que esta premissa da indeterminação não é completamente

⁹⁰⁰ SODRÉ, M. **As três escolas penais**: clássica, antropológica e crítica (estudo comparativo). 8 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977, p. 128.

⁹⁰¹ *Idem*.

⁹⁰² *Ibidem*, p. 134.

⁹⁰³ *Ibidem*, p. 138.

verdadeira, pois aplica-se apenas a um universo de criminalidade, a criminalidade evolutiva, e não à criminalidade constituída pelos delitos fundamentais, de caráter atávico e anti-humano – essa comporta certos crimes que, embora variem os critérios de punição, sempre foram crimes em qualquer sociedade e em todos os tempos – assim, parece que de alguma forma os criminólogos acreditam em um núcleo de justiça absoluta e recaem, ironicamente, nas armadilhas da metafísica a partir do terreno do positivismo evolucionista.

Assim defende Sodré:

Cremos (...) que se fosse possível sujeitarem-se a um exame antropológico completo os grandes criminosos de outras eras, neles se encontrariam os principais estigmas que caracterizam os delinquentes contemporâneos (...) Em resumo, de tudo que temos dito deve concluir-se que a existência do tipo antropológico do delinquente está demonstrada pela realidade dos fatos colhidos pela experiência, e que ele resulta de um conjunto de caracteres anatômicos, fisiológicos, patológicos, fisionômicos e psicológicos; mas que todos estes caracteres não têm a mesma importância, um valor igual como indício da criminalidade. Os estigmas anatômicos, fisiológicos e patológicos são apenas sinais certos de degenerência, provam somente que os indivíduos que os apresentam são seres anormais; mas tais estigmas não são sinais característicos e sintomáticos da delinquência por si só não distinguem os delinquentes dos outros degenerados. A fisionomia especial dos criminosos e, mais do que tudo, as suas anomalias psíquicas e que são os caracteres específicos verdadeiramente patognômicos da criminalidade.⁹⁰⁴

Defende a responsabilidade social e a temibilidade como critério da punição, ou seja, escolha e medida da pena, mas é contrário ao sequestro com base apenas no perigo, visto como um atentado aos direitos invioláveis da personalidade e às garantias individuais do cidadão. O sequestro deve ocorrer em decorrência de um ato criminoso, único sinal revelador da perigosidade do indivíduo. Neste sentido, critica a incoerência de que, exatamente os criminalistas que defendem o criminoso como ser normal (menciona expressamente Prins e Liszt) e que pleiteiam a ele um direito protetor são os

Que sustentam devam ser processados e sentenciados indivíduos pelo fato de parecerem perigosos antes de praticarem qualquer ato delituoso, o que consiste um atentado à personalidade humana, assim arbitrariamente ferida nos seus direitos invioláveis, cujas garantias estão no princípio de *nulla pena sine legis*.⁹⁰⁵

⁹⁰⁴ SODRÉ, M. **As três escolas penais**: clássica, antropológica e crítica (estudo comparativo). 8 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977, p. 166-169, 170.

⁹⁰⁵ *Ibidem*, p. 186-187.

Sodré está atento às críticas à escola antropológica que partem do despotismo do argumento da defesa social, ou seja, da ideia de que por detrás do manto da defesa social qualquer ato de arbítrio se justifica. Isto quer dizer que o autor não ignorava as objeções que se faziam à escola a partir do ângulo mais liberal de proteção aos direitos individuais e do princípio da legalidade. Neste sentido, defende a escola antropológica, primeiramente utilizando um argumento ferriano, de que a história demonstra uma sucessão de abusos e um sangrento martirólogo de vítimas, embora o direito de punir se fundasse na mais absoluta justiça divina e, ainda, a partir do argumento de que essa escola busca, sim, o equilíbrio entre os direitos individuais e as garantias sociais - tanto é assim, sustenta o jurista brasileiro, que para combater o abuso de poder seus adeptos recomendam a ação penal popular (não restando ao exclusivismo do Ministério Público), reparação dos erros judiciários em benefícios dos injustamente condenados e processados e a exclusão de fatos tidos como crimes que passariam a ser meros delitos civis. Assim, analisa este suposto equilíbrio:

É certo que a escola antropológica não faz como a clássica que, a começar de Baccaria, o seu real fundador, muito se esforçara para rodear progressivamente a personalidade do criminoso das maiores garantias, mesmo em prejuízo da justiça, e contra os interesses da própria sociedade. Mas se no século XVIII era justificável esta corrente de idéias generosas em prol dos delinquentes como uma nobre reação contra as medidas bárbaras e crueldades processuais da idade média, hoje, que não se pode mais aceitar a teoria errônea do Estado inimigo do indivíduo, torna-se indispensável uma contra-reação em seu tempo útil e necessária, como um forte paradeiro e baluarte irreduzível aos caprichos cegos da tirania. Mas convém lembrar ainda que se a escola metafísica surgiu com um programa em que vinha gravado o lema da defesa dos indivíduos acusados contra as exorbitâncias do poder, todavia o seu individualismo ficou incompleto e unilateral, sempre imperfeito, porquanto a pessoa e os interesses da vítima dos crimes foram sempre descuidados, e jamais mereceram dos criminalistas clássicos uma atenção especial, preocupados como estavam com a idéia de proteção dos delinquentes.⁹⁰⁶

Dessa forma, podemos perceber que Sodré está preocupado em justificar as críticas à escola antropológica que concebiam nela um perigo para os direitos individuais. Clamando-se um democrático e liberal, poderia não parecer muito coerente sua filiação a uma escola à qual se vinculava a possibilidade de abuso de poder. O argumento então é justamente o equilíbrio entre direitos individuais e

⁹⁰⁶ SODRÉ, M. **As três escolas penais**: clássica, antropológica e crítica (estudo comparativo). 8 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977, p. 340.

defesa social, bem como a justificativa de redução de garantias dos delinquentes e/em defesa dos direitos da vítima, a partir, inclusive, de um discurso que concebe em ambos diferenças no âmbito de sua humanidade, em termos muito semelhantes de Ferri e de Esmeraldino Bandeira (e de Lima Drummond), como acima se analisou.

Para Sodré, a escola clássica dava seus últimos suspiros e, embora ainda permanecesse nos códigos e nos espíritos conservadores e misoneístas, inimigos da evolução, já estava superada na doutrina, pois entre os criminalistas sábios a escola antropológica tendia a tornar-se unânime e conquistaria “definitivamente a palma da vitória nesta luta contínua de todos os dias em prol da verdade”.⁹⁰⁷

Em sua opinião, próximo estava o momento em que a pena se mesclaria a todos os mecanismos de defesa social, uma vez que, pelos avanços da ciência, o campo da irresponsabilidade, leia-se, anormalidade, apenas ampliava:

(...) à medida que o espírito humano se desenvolve e a ciência progride, mais amplo se torna o círculo da irresponsabilidade. Atualmente a classe dos irresponsáveis não é somente constituída pelos loucos de todos os gêneros; a ela também pertencem os surdos-mudos, os sonâmbulos, os ébrios, os hipnotizados. Natural é, pois, que se creia que não está longe o tempo em que será verdadeira banalidade o dogma da filosofia determinista de que todos os homens são moralmente irresponsáveis (...) A pena será então por todos encarada como uma medida de preservação social, tal como ora a compreende a escola antropológica, e não mais, por este lado, se distinguirá de nenhum outro sentimento de defesa social.⁹⁰⁸

Em Sodré isto não era visto de forma alarmante, como um perigo, muito pelo contrário, era uma consequência natural dos avanços da ciência. Muito diferente, portanto, de Tobias Barreto, para quem, ainda no final do século XIX, lucidamente previa que levadas às últimas consequências as premissas da antropologia criminal, todos seriam internados em um manicômio.

⁹⁰⁷ SODRÉ, M. **As três escolas penais**: clássica, antropológica e crítica (estudo comparativo). 8 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977, p. 342.

⁹⁰⁸ *Ibidem*, p. 246.

4.5.2 Filinto Bastos: a resistência na Bahia

Baiano, abolicionista, começou a Faculdade de Direito em São Paulo, fazendo o último ano na Faculdade de Recife, concluído em 1882, ano em que voltou para a Bahia, onde assumiu o cargo de promotor público na comarca de Camisão; em 1884 assume o cargo de juiz municipal da mesma comarca. Com a República foi nomeado juiz de carreira tendo exercido este cargo em Caetité, Caravelas e Amargosa. Em 1892 é promovido para a capital como juiz de primeira entrância, tornando-se, depois de cinco anos, desembargador do Tribunal de Revista e Apelação da Bahia. Neste mesmo ano tornou-se professor da Faculdade da Bahia exercendo a cátedra até a sua morte em 1939. Foi um dos fundadores da Academia de Letras da Bahia e sócio do Instituto Geográfico e Histórico do mesmo Estado.

Tomamos como base para analisar a recepção das ideias do positivismo penal neste autor a publicação das lições de direito criminal do jurista, publicadas também no ano de 1906.

O jurista inicia suas aulas delimitando o campo jurídico e definindo sua autonomia de outras ciências - para este autor a ciência do direito penal não deve se confundir com a antropologia criminal e a sociologia criminal (subdivisões, como define Liszt da criminologia) e deve, portanto, abordar o delito e a pena como fatos da ordem jurídica. O delinquente, o delito e a pena devem estar sob as vistas desta ciência, que não deixa de socorrer-se dos ensinamentos das outras que mais de perto se ocupam do homem e dos fenômenos da vida física e moral (a filosofia, a história do direito, a ciência política e a política criminal, a economia, a estatística criminal, a antropologia, a medicina judiciária, a polícia médica).⁹⁰⁹

Quando analisa os diferentes sistemas que explicam o direito de punir, ponto comum entre vários programas da disciplina de direito criminal, dispara contra as teorias contratualistas, as teorias moralistas e as teorias utilitárias,⁹¹⁰ filiando-se à teoria eclética, onde combinam-se a noção de justiça absoluta e a

⁹⁰⁹ BASTOS, F. **Breves Lições de Direito Penal**: de conformidade com o programa adoptado na Faculdade Livre de Direito da Bahia. Bahia: Libro-Typographia Almeida, 1906, p. 5-6.

⁹¹⁰ Critica o sistema de Bentham, maculado de um puro utilitarismo, que suprimindo o elemento moral das ações humanas, ignorando a noção de justiça, impõe "(...) como razão ultima do direito de punir o interesse publico, este systema chega ás mais deploráveis consequências, exigindo o predomínio da força á altura de principio da sciencia do governo". (*Ibidem*, p. 16).

utilidade/necessidade da conservação social (Carrara). Sua filiação à “escola clássica” é bastante clara. Assim afirma:

Sem embargo do variado matiz das opiniões e dos conceitos que vieram modificar ou enriquecer o plano primitivo da escola clássica, esta se tem mantido nos códigos criminaes, nas lições e nos tratados dos sábios, resistindo às teorias que pretendem annullal-a, mostrando, portanto, a elevação dos princípios cardeais da sua doutrina e a utilidade pratica que de sua aplicação colhe constantemente a humanidade.⁹¹¹

Rebate as afirmações de Ferri de que a escola clássica teria chegado ao seu fim histórico, estando os seus sectários condenados a uma discussão bizantina de fórmulas escolásticas e um exercício infecundo de ruminação científica. Considera tais críticas exclusivistas e autoritárias, além de baseadas em trechos colhidos de obras clássicas e analisadas fora de seu contexto para forçar uma interpretação mais conveniente.⁹¹²

Não aceita a crítica positiva de que a escola clássica teria prescindido do delinquente, pontuando várias hipóteses em que os códigos levam em conta questões subjetivas e pessoais do criminoso para definir sua imputabilidade e pena:

(...) as questões referentes á idade, aos estados pathologicos, ao erro, á coação, ao medo irresistível, á reincidência, ás circuntancias agravantes e atenuantes, á surdimudez, á legitima defesa e á imminencia de um mal maior; a aplicação de certas penas ás mulheres e aos velhos; a atenção á maternidade em certos delictos; o parentesco, e muitas outras relações; deixam patente que se a escola clássica estudava o delicto como uma abstração jurídica, o estudava também como uma realidade produzida pelo criminoso.⁹¹³

Sobre o delito natural de Garofalo, coaduna-se com as objeções de Tarde (ter se apoiado como ponto fixo para analisar o crime exatamente em algo tão fluido quanto a sensibilidade), considerando vago este conceito e, portanto, não sendo critério seguro de uma fórmula geral. Assim, em sua visão, “A noção de Garofalo, se não erige o crime em entidade abstracta, como tanto se censurou aos clássicos, não é tão precisa e determinada que imponha a abolição da noção do crime segundo os juristas”.⁹¹⁴

⁹¹¹ BASTOS, F. **Breves Lições de Direito Penal**: de conformidade com o programa adoptado na Faculdade Livre de Direito da Bahia. Bahia: Libro-Typographia Almeida, 1906, p. 26.

⁹¹² *Idem*.

⁹¹³ *Ibidem*, p. 28.

⁹¹⁴ *Ibidem*, p. 75.

Com relação ao criminoso típico dispara uma crítica irônica à Ferri e aponta que até mesmo Lombroso teria dele desistido:

Ferri procurou lançar o ridículo sobre ‘este caixilho symetrico das consequências jurídicas e abstractas onde os juizes tinham de colocar, á fina força, a pessoa viva e real de cada criminoso’ mas não se lembrou talvez de que ao caixilho tão artisticamente emoldurado pelos brilhantes sectários da escola anthropologica havia de faltar sempre a personagem sonhada que nelle devia figurar – o criminoso typico, ou melhor, o typo anthropologico do criminoso – criatura já repudiada pelo creador, que se convenceu da chimera que tomou como realidade, principio illusorio de uma escola, desfeito pela confissão do mesmo Lombroso, seu genial inventor.⁹¹⁵

Filinto Bastos, ainda, não admite a responsabilidade social. Para ele a punição não se justifica apenas nos interesses sociais. A sociedade não é causa das faculdades humanas, mas apenas meios para estas se realizarem. Resiste à concepção organicista da sociedade que tende a ver no indivíduo uma simples célula,

(...) confundido-o com os demais seres, até supprimir-lhe a responsabilidade moral, para fazer recair sobre ele a pena, como o cão hydrophobo o toxico mortífero, essa tendência não chegará a convencer os que levam as teorias ao ultimo exagero que está dita a ultima palavra: haverá para estes uma eterna incógnita; e deles se poderá dizer o que da doutrina de Ferri disse Dallemagne: ‘Ha uma indeterminação a pesar sobre esta teoria como um ponto de interrogação. A doutrina de Ferri termina por um X.’⁹¹⁶

Mas também não entende o direito de punir como passível de concessão por parte dos particulares. Assim posiciona-se quando analisa o consentimento do ofendido como não excludente ou dirimente da intenção criminosa. Para Filinto Bastos, os sujeitos não podem consentir na violação de seus direitos individuais – a ordem social existe para garanti-los e não está subordinada aos caprichos dos indivíduos.⁹¹⁷

É curioso verificar que neste ponto manifesta-se diversamente Ferri – para este deve-se considerar os motivos que determinaram o homem que auxiliou o suicida. Segundo o jurista italiano, todos os direitos são em alguma medida inalienáveis e intangíveis e, em outra, alienáveis e tangíveis. O único critério positivo de limitação é o da necessidade de existência social. Para Ferri, “il diritto è

⁹¹⁵ BASTOS, F. **Breves Lições de Direito Penal**: de conformidade com o programa adoptado na Faculdade Livre de Direito da Bahia. Bahia: Libro-Typographia Almeida, 1906, p. 106.

⁹¹⁶ *Ibidem*, p. 110.

⁹¹⁷ *Ibidem*, p. 171.

intangibile soltanto fin dove non arriva la necessità della esistenza sociale.”⁹¹⁸ E este princípio vale inclusive para o direito à vida, à existência humana. Segundo o autor, assim como o homem tem o direito de viver, tem o direito de morrer, sendo o direito à vida um direito passível de renúncia.

Ainda que considere não existir uma separação absoluta entre moral e direito, Ferri admite que, embora o suicídio possa ser considerado um ato reprovável em termos morais e religiosos, no âmbito social e jurídico, considera um direito do homem dispor de sua vida.

Os argumentos em contrário devem pressupor a questão: a sociedade e a família têm direito sobre a existência de qualquer um de seus membros? Ferri aponta que se poderia supor nesta linha de argumentos a corrente socialista, em que o Estado tem uma preeminência sobre o indivíduo e estabelece quase um domínio sobre a vida individual. Mas ressalta ser justamente das correntes ligadas ao individualismo a sua defesa.

Como já se pontuou, característica importante da escola positiva, para Ferri, e que inclusive corresponde a uma oposição com relação à escola clássica, é a valorização do equilíbrio entre direitos individuais e sociais. A crítica de Ferri é que a escola clássica prioriza excessivamente os primeiros em detrimento da sociedade. Pois bem: ao mesmo tempo em que se pode dizer que o centro da escola clássica seja o indivíduo e o cerne da escola positiva seja a sociedade, quando se diz respeito ao suicídio, a perspectiva mais “liberal” associa-se a Ferri – é justamente um dos mestres da escola positiva que defende maior autonomia ao indivíduo. E o autor mesmo indica que são as correntes individualistas que sustentam que a sociedade tem direito sobre a existência de seus membros. Estaríamos diante de uma contradição? Não necessariamente. Se pensarmos que os suicidas eram vistos pelos positivistas como degenerados, assim como os criminosos, legitimar o suicídio por meio de um argumento que concilia direitos individuais e interesse social parece uma boa saída para justificar a eliminação dos mais fracos – uma seleção que interessa, portanto, à própria sociedade. Trata-se da adaptação do discurso: com relação aos suicidas, cuja eliminação interessa, prevalece o direito individual de morrer; “deixar morrer”; com relação ao criminoso, prevalecem os interesses da defesa social e, portanto, aqui pode-se inclusive “fazer morrer”.

⁹¹⁸ FERRI, E. **Sociologia Criminale**. Milano: Feltrinelli, 1979, p. 60.

Tanto é assim, que em seu texto *L'omicidio-suicidio*, Ferri deixa claro que na sociedade também deve prevalecer o princípio da seleção natural, em que os mais fracos são eliminados, sendo suicídio e a eutanásia mecanismos funcionais para isto. Segundo Accattatis, o princípio da seleção natural absorvido pelos teóricos da escola positiva adveio da leitura de Haeckel, em que este princípio adquire uma dose diferente da de Darwin.

Nesta obra Ferri defende que o homem não tem obrigação de existir, de viver. Se o homem tem o direito de emigrar (deixar sua sociedade) também deve ter o direito de suicidar-se. Ferri, inclusive, demonstra a influência do pensamento de Malthus, segundo a qual uma das causas da miséria social é o excesso populacional.⁹¹⁹

No meio social, assim como na biologia, os mais fracos tendem a perecer, e o suicídio corresponde ao ato daqueles mais fracos na luta pela existência, também um tipo de seleção (no meio social) para que ocorra o melhoramento humano nas gerações futuras. Assim, na sociedade, alguns têm o direito de viver, outros o direito de morrer, em benefício mesmo do organismo social (que tende a eliminar suas células doentes e mais fracas).⁹²⁰

Filiado à teoria da responsabilidade moral, que liga a punição ao livre arbítrio, Filinto Bastos esclarece que para a escola clássica que segue esta lógica, não se trata de uma vontade que direciona a ação sem motivos. Trata-se, porém, de uma vontade que diante dos motivos pode discernir entre eles – por mais forte que possam ser os motivos que direcionam a uma determinada ação, a vontade, à luz da consciência, pode guiar-se de maneira contrária – é ato do homem a apreciação dos motivos que atuam na vontade, bem como a determinação tomada em virtude desta apreciação – é um ato do homem e não dos motivos. Assim: “O motivo que concorre para a determinação não pode executar-se senão mediante a vontade; e esta, por assim dizer, fecundando-o, dá vida á determinação, que é incontestavelmente um fenômeno da atividade livre”.⁹²¹

Segundo Filinto Bastos, a visão de responsabilidade moral, sem livre arbítrio, propugnada pela escola crítica, segundo a qual a vontade é o eu desposando o

⁹¹⁹ ACCATTATIS, V. Introduzizione In: FERRI, E. **Sociologia Criminale**. Milano: Feltrinelli, 1979, p. 19.

⁹²⁰ *Ibidem*, p. 20.

⁹²¹ BASTOS, F. **Breves Lições de Direito Penal**: de conformidade com o programa adoptado na Faculdade Livre de Direito da Bahia. Bahia: Libro-Typographia Almeida, 1906, p. 112.

motivo, acaba recaindo no livre arbítrio. Questiona: “Mas, porque se casa com o motivo o *eu*? É impelido por uma força que lhe elimina a liberdade, ou por acto de sua voluntariedade livre?”⁹²² Faz objeção ao jurista brasileiro José Hygino, filiado a esta escola, que elaborou o prefácio da tradução do “Tratado de Direito Criminal”, de Von Liszt, no sentido de que este teria confundido livre arbítrio com fatalismo, ao vincular exclusivamente ao determinismo a ideia de que a vontade é determinável por motivos. Assim responde:

Ora, o livre arbítrio não se resolve, como bem diz Pessina – em uma volição puramente casual e sem motivo – uma vontade indeterminada. Uma escola, como a clássica, que inspirou os códigos das nações cultas e tanto melhorou o estado social; uma escola que considera o motivo reprovado, o motivo frívolo – o ajuste - a traição – circunstâncias agravantes – o não pleno conhecimento do mal – as ameaças, o constrangimento physico vencível – atenuantes; não pode considerar o homem um juguete da fatalidade nem sobre o fatalismo se podia assentar o edifício inabalável da civilização (...) O que devemos entender pela capacidade que o homem tem de resolver-se autonomamente por motivos (...)? (...) vem a ser: o poder de resolver-se por si mesmo, mediante motivos, - isto é: o homem pode resolver-se livremente, tendo em vista os motivos do seu acto. Ora isto é, por uma fraseologia mais espiosa, o reconhecimento da liberdade moral, do livre arbítrio do homem ⁹²³

E conclui ironizando os deterministas: “Mas se assim é, porque tanta celeuma contra o livre arbítrio – a pedra de escândalo – dos *deterministas*?”⁹²⁴ De fato, se analisarmos a maneira pela qual os positivistas concebem o livre arbítrio, pode-se perceber que eles criam uma leitura equivocada do livre arbítrio, como uma vontade completamente desprendida da realidade e, ao se apegarem ao “rasteirismo” dos fatos, vinculam os homens a uma causalidade tal que elimina toda possibilidade de autodeterminação.

Quando discorre sobre a relação sexo e responsabilidade, também rebate as teses, dos antropologistas, de que a mulher, por características especiais, como sensibilidade exaltada e impressionável, predominância do instinto à razão e as especificidades orgânicas de determinados períodos (gravidez, parto, menopausa), deveriam ter uma responsabilidade diminuída. Em sua opinião,

(...) não se hão de suprimir á mulher as luzes da razão, nem lhe eliminar ao coração as influencias da moralidade, simplesmente porque não pertence

⁹²² BASTOS, F. **Breves Lições de Direito Penal**: de conformidade com o programa adoptado na Faculdade Livre de Direito da Bahia. Bahia: Libro-Typographia Almeida, 1906, p. 116-117.

⁹²³ *Ibidem*, p. 118.

⁹²⁴ *Ibidem*, p. 120.

ao sexo masculino. Considerar-se a mulher inferior ao homem na compreensão dos deveres sociais não é uma these que tenha por si o consenso da civilização, mormente hoje que o *feminismo* se ergue altivo, reivindicando até os direitos políticos, e disputando todas as profissões.⁹²⁵

Menciona mesmo Puglia, o qual considerava, embora provada as diferenças orgânicas e psíquicas das mulheres, não haver necessidade estabelecer menor responsabilidade, apenas adaptando a aplicação do sistema penitenciário e aplicando atenuantes caso fosse comprovado que determinado estado orgânico interferiu na determinação criminosa.

Filinto Bastos defende a instituição dos manicômios criminais. Em sua opinião deveria caber aos peritos analisar o grau de perigo da loucura e ao juiz, ponderando a avaliação pericial, determinar a entrega para familiares ou encaminhar para um hospital específico para loucos que tivessem cometido crimes.⁹²⁶

O jurista baiano ainda faz uso do termo temibilidade, mas nos termos do código, quando este estabelece as regras quanto à prevalência das agravantes ou atenuantes, levando em conta a perversidade do criminoso.⁹²⁷

Quanto à reincidência, critica o Código republicano por ter previsto a reincidência específica, que define de maneira bastante restrita o crime de mesma natureza como violação do mesmo artigo. E neste momento utiliza-se novamente do

⁹²⁵ BASTOS, F. **Breves Lições de Direito Penal**: de conformidade com o programa adoptado na Faculdade Livre de Direito da Bahia. Bahia: Libro-Typographia Almeida, 1906, p. 177.

⁹²⁶ *Ibidem*, p. 197.

⁹²⁷ **Art. 38.** No concurso de circunstancias attenuantes e aggravantes prevalecem umas sobre outras, ou se compensam, observadas as seguintes regras:

§ 1º Prevalecerão as aggravantes:

a) quando preponderar a perversidade do criminoso, a extensão do damno e a intensidade do alarma causado pelo crime;

b) quando o criminoso for avesado a praticar más acções, ou desregrado de costumes.

§ 2º Prevalecerão as attenuantes:

c) quando o crime não for revestido de circumstancia indicativa de maior perversidade;

d) quando o criminoso não estiver em condições de comprehender toda a gravidade e perigo da situação a que se expõe, nem a extensão e consequencias de sua responsabilidade.

§ 3º Compensam-se umas circunstancias com outras, sendo da mesma importancia ou intensidade, ou de igual numero.

Art. 62. Nos casos em que este codigo não impõe pena determinada e sòmente fixa o Maximo e o minimo, considerar-se-hão tres grãos na pena, sendo o grão médio comprehendido entre os extremos, com attenção ás circunstancias aggravantes e attenuantes, as quaes serão applicadas na conformidade do disposto no art. 38, observadas as regras seguintes:

§ 1º No concurso de circunstancias aggravantes e attenuantes que se compensem, ou na ausencia de umas e outras, a pena será applicada no grão médio.

§ 2º Na preponderancia das aggravantes a pena será applicada entre os grãos médio e maximo, e na das attenuantes entre o médio e o minimo.

§ 3º Sendo o crime acompanhado de uma ou mais circunstancias aggravantes sem alguma attenuante, a pena será applicada no Maximo, e no minimo si for acompanhada de uma ou mais circunstancias attenuantes sem nenhuma agravante.

termo “temível” para referir-se, agora, ao reincidente. Assim se expressa: “O individuo que, depois de uma condenação, comete um novo crime, seja ou não da mesma natureza daquele por que foi condenado, revela-se mais temível ou mais perigoso que os outros delinquentes.”⁹²⁸ Dessa forma, demonstra uma visão rigorosa com relação ao reincidente. Mas, ainda assim, é contrário ao estado permanente de reincidência (como propõe Garofalo, por exemplo). Entende de utilidade social a consideração da passagem do tempo entre a condenação e a prática de novo delito, mas em sua opinião esta deve ser combinada com a análise da conduta do indivíduo durante este período - averiguada conduta imoral e reprovada pelo delinquente durante este lapso temporal, não há porque se contar com a brandura da lei. No mesmo sentido de Lima Drummond, entende que com a reincidência não se está punindo mais uma vez o mesmo delito, mas punindo mais rigorosamente o criminoso que revela maior temibilidade.⁹²⁹

Em sua opinião a pena é sim um mal justo em resposta a um mal injusto praticado pelo delinquente; tem função de restabelecer a ordem perturbada, purificar a atmosfera moral da comunhão (contendo os inclinados ao mal e animando os bons) e corrigir o criminoso. Elenca os devidos princípios constitucionais que devem orientar a penalidade: a pessoalidade da pena, que esta ainda não seja infamante, aplicando-se apenas na medida de castigá-lo (devem ser, portanto, aflitivas), sem rebaixar sua dignidade, e de corrigi-lo para que regenerado volte à sociedade. Assim, “(...) a pena ameaça, a pena castiga. Ameaçando, ensina, adverte e intimida; castigando, instrue, intimida e pode produzir a emenda do criminoso”.⁹³⁰ Discorda dos postulados da escola antropológica, para a qual a pena não tem quase efeito algum no controle da criminalidade e dá-se destaque aos substitutivos penais. Fazendo uso das palavras de Zanardelli, defende que

Ainda que *circumscrip*ta á eficácia puramente relativa que caracteriza o efeito de todas as funções sociaes e politicas, a lei penal é chamada a prestar um precioso serviço de defesa, a que poderão contrastar ordinários e extraordinários sucessos, calamidades sociaes e perfídias de malvados, mas que não deixará jamais de exceder a sua influencia na educação civil de um povo em proveito da segurança publica e privada.⁹³¹

⁹²⁸ BASTOS, F. **Breves Lições de Direito Penal**: de conformidade com o programa adoptado na Faculdade Livre de Direito da Bahia. Bahia: Libro-Typographia Almeida, 1906, p. 250.

⁹²⁹ *Ibidem*, p. 254.

⁹³⁰ *Ibidem*, p. 283.

⁹³¹ *Ibidem*, p. 284.

O autor, ainda, é contrário à pena de morte e julgou acertada sua eliminação pelo código, depois confirmada pela constituição, o que teria, em sua opinião seguido os “hábitos do povo brasileiro” e à aspiração nacional. Para ele, enquanto a sociedade puder fazer uso do sistema penitenciário, deve evitar meios repressivos eliminadores.⁹³²

Menciona a indeterminação da pena e a condenação condicional, mas não deixa claro seu posicionamento a respeito, apenas apresentando opiniões a favor e outras contrárias. Filinto Bastos participou do “Primeiro Congresso Jurídico Brasileiro” em que se decidiu que as sentenças indeterminadas, desde que a indeterminação seja relativa, não são vistas como prejudiciais às garantias da liberdade individual.

Neste jurista baiano, abolicionista e aparentemente simpático ao movimento feminista, pode-se perceber então uma resistência consistente com relação aos postulados centrais da escola positiva, calcada em um liberalismo que pende para a liberdade do indivíduo, mais que para a segurança da sociedade e de viés mais democrático, uma vez que nele não está presente a premissa da dualidade da humanidade. Assim, em termos gerais, defende a autonomia do direito em face da antropologia e sociologia criminais; defende que os interesses sociais não devem se sobrepor aos direitos individuais, pois o indivíduo não é apenas uma célula no corpo social; afirma a utilidade da pena; sustenta a liberdade da vontade e a responsabilidade moral como critério da punição; repele o tipo criminoso e, ainda, para ele o criminoso não corresponde a um tipo anômalo, como nos termos da escola clássica, à qual segue: “é certo que a escola clássica admitindo a igualdade fundamental de todos os homens, delinquentes ou não, repele o princípio da escola antropológica de ser o delinquente – um tipo anômalo, uma variedade distinta do **genus homo** (Garofalo)”.⁹³³

Assim, percebe-se que neste autor não prevalece a cisão entre os homens feita pela *norma* e a ausência deste pressuposto talvez seja uma das razões, além da delimitação do âmbito jurídico em face da invasão das demais ciências, em fazê-lo resistir aos postulados da escola positiva, “nadando contra a

⁹³² BASTOS, F. **Breves Lições de Direito Penal**: de conformidade com o programa adoptado na Faculdade Livre de Direito da Bahia. Bahia: Libro-Typographia Almeida, 1906, p. 290.

⁹³³ *Ibidem*, p. 28.

corrente”, uma vez que na primeira década do século XX, a disseminação e adesão à nova escola no âmbito do ensino do direito criminal tende a se intensificar.

4.6 CURITIBA E O PENSAMENTO CRIMINOLÓGICO

4.6.1 Antonio Martins Franco

A Faculdade de Direito de Curitiba foi fruto da continuidade das reformas no ensino ocorridas no final do século XIX em virtude do fluxo das ideias científicas e ligado a este a necessidade de liberdade do ensino, como já se mencionou. Com a reforma do Ensino Livre e as diversas reformas que dela resultaram, destaca-se, como bem pontua Paulo Drummond, a que determinou a independência entre a União e os estabelecimentos de ensino, que passam a se organizar livremente, tanto do ponto de vista didático quanto administrativo. Tratava-se da Reforma Rivadávia Correa, então Ministro da Justiça, que se viabilizou por meio do Decreto n. 8659, de abril de 1911, o qual aprovou a Lei Orgânica do Ensino Superior e do Fundamental da República, criando-se o Conselho Superior de Ensino, responsável pela transição entre o regime oficial e o processo de independência dos estabelecimentos de ensino, criando ainda a livre-docência.⁹³⁴

A partir desta reforma um grupo de pessoas públicas do Paraná tomam a iniciativa de formar no Estado a primeira Universidade, da qual faria parte o curso de “Sciencias Juridicas e Sociaes”. Mas em 1915, uma nova lei (n. 11530), denominada Lei Maximiliano, cria alguns impasses e exigências para o funcionamento das Universidades criadas no país (não apenas no Paraná, mas em São Paulo e Minas Gerais), como, por exemplo, a necessidade de a cidade cede da Universidade ter mais de 100 mil habitantes. A Universidade é dissolvida, mas continuam funcionando os cursos de Engenharia, Medicina e Direito.

⁹³⁴ DRUMMOND, P. H. D. **Ciência e Ensino na Cultura Jurídica paranaense**: direito penal e filosofia do direito no curso de ciências jurídicas e sociais da Universidade do Paraná (1913-1953). 286 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 91-92, 2011.

A primeira cadeira de direito criminal foi instalada em 1915. O primeiro responsável pela elaboração dos programas e do ensino das duas partes que compunham a disciplina (Direito Criminal geral e especial e Direito Militar e Sistema Penitenciário) foi Antonio Martins Franco,⁹³⁵ jurista formado pela academia de São Paulo em 1909. Da análise de seu programa resta bastante evidente a forte presença do discurso criminológico. O autor subdivide seu programa em três: Parte Geral, Sociologia Criminal e Criminologia. Na primeira, o autor analisa questões da parte geral como conceito de crime, dolo e culpa, tentativa, eficácia da lei penal no tempo, pena e sua graduação. Na segunda, intitulada Sociologia Criminal, apresenta o embate entre as escolas e as questões centrais de discussão e oposição entre elas: a ideia de crime, a responsabilidade (livre arbítrio e determinismo) e a individualização da pena. Na terceira parte, intitulada Criminologia, trabalha com algumas classificações de criminosos: natos, eventuais, passionais, habituais; loucos e epiléticos; políticos e sociais; critério patológico e psicológico.

Este autor, todavia, não tem qualquer publicação sobre o tema que nos permita analisar e mensurar o grau de sua adesão à “escola positiva”. Mas pela centralidade que o tema adquire em seu programa, podemos induzir que no mínimo tratava-se de um grande simpatizante.

Como bem pontuado por Paulo Drummond, o positivismo criminológico circulava em Curitiba, mesmo antes da fundação da faculdade. Em um texto publicado pela *Gazeta dos Tribunais*, o advogado José Alencar Piedade defendendo o estabelecimento de um instituto de advogados no Paraná, proclamava abraçar com ardor e entusiasmo a nova escola penal.⁹³⁶

Formado na academia de São Paulo, que como se viu demora um pouco mais para absorver de maneira mais significativa o pensamento criminológico, inicialmente com Severino Prestes, no direito criminal e Pedro Lessa, em filosofia, mas também neste início contando com resistências como de Escorel e depois de

⁹³⁵ “Promotor Público e Inspetor Escolar de Ibituva (1910-1911), Palmeira (1911-1912), Curitiba (1916); Inspetor Judiciário de Curitiba. Oficial de Gabinete do Presidente do Estado. Juiz de Direito de São João do Triunfo, mediante concurso (1907), de Palmeira, São Mateus do Sul, Rio Negro e Lapa (1924), Curitiba (1924-1926). Desembargador (1926) do Superior Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, havendo sido presidente desta Corte e do Tribunal Regional Eleitoral. Procurador Geral do Estado.” (DRUMMOND, P. H. D. **Ciência e Ensino na Cultura Jurídica paranaense: direito penal e filosofia do direito no curso de ciências jurídicas e sociais da Universidade do Paraná (1913-1953)**. 286 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 221, 2011).

⁹³⁶ *Ibidem*, p.156.

José de Aranha, Antonio Martins Franco reflete, todavia, uma tendência da época, que como se viu, a partir da primeira década do século XX tende a reproduzir de maneira mais sistemática e aprofundada as novas ideias positivas, inclusive em São Paulo, com Candido Motta, grande entusiasta que assume a cadeira de direito criminal a partir de 1909 (embora já apareça no programa de 1898, na parte de Sistema Penitenciário, em que já demonstra uma forte tendência à escola positiva), na Bahia com Moniz Sodré, no Rio com Esmeraldino Bandeira e em Recife com Phaelante da Camara, Gervasio Ferreira e Octavio Tavares.

Paulo Drummond, em análise das obras que mais eram retiradas na biblioteca da Faculdade de Direito paranaense para consulta, identifica justamente “As Três escolas penais” de Moniz Sodré. Drummond identifica que esta obra mais do que pretender expor a “melhor doutrina”, buscava um “pleno estabelecimento do embate”⁹³⁷ entre as escolas. Neste ponto não concordamos. De fato este embate entre escolas é um lugar comum na cultura jurídica penal brasileira, o que já demonstra uma absor o significativa do positivismo penal, pois esta foi mesmo uma nomenclatura criada por Ferri, e de fato é a proposta do livro este estudo comparativo, como inclusive apontado no próprio título. Mas da análise mais detida da obra pudemos constatar que reiteradamente Moniz Sodré coloca a verdade ao lado da escola antropológica e não de maneira discreta e com a parcimônia de quem mais pretende apresentar um embate, mas com o entusiasmo de quem assume um partido e um lado da “verdade”.

Além da obra do jurista baiano, têm também eram objeto de reiteradas consultas o texto elaborado por Paulo Domingues Vianna que compilou as prele es de direito criminal do professor do Rio de Janeiro, Lima Drummond, já analisado, e sua obra “Estudos de Direito Criminal”. Como vimos, este jurista não era um entusiasta das ideias do positivismo criminológico, tendendo a apontar constantemente seus exageros e alguns equívocos, como o determinismo, segundo seu ponto de vista. Todavia, a exposi o dos argumentos centrais da nova escola está presente de maneira significativa em suas li es, o que de toda forma contribuía para a divulga o e difusão do pensamento criminológico. Na sua obra “Estudos de Direito Criminal”, inclusive, como pudemos constatar, o autor tende a expor de maneira

⁹³⁷ DRUMMOND, P. H. D. **Ciência e Ensino na Cultura Jurídica paranaense**: direito penal e filosofia do direito no curso de ciências jurídicas e sociais da Universidade do Paraná (1913-1953). 286 p. Disserta o (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 158, 2011.

mais enfática alguns dos postulados da escola positiva, colocando-se em alguns aspectos em concordância com estes. Na verdade, como pudemos analisar, Lima Drummond buscava em muitos destes encontrar pontos de encontro e não divergência entre as duas escolas.

4.6.2 Ulisses Falcão Vieira

Em 1918 ingressa no quadro da disciplina de Direito Criminal o advogado Ulisses Falcão Vieira⁹³⁸ e com ele, qualquer dúvida quanto a uma adesão mais significativa aos postulados do positivismo criminológico resta eliminada. Formado no Rio de Janeiro em 1911, as influências de Viveiros de Castro e Esmeraldino Bandeira parecem se desnudar no autor.

Seu programa é carregado pelas questões do positivismo criminológico e bastante detalhado. Por sua riqueza de detalhes vale à pena elencar aqui seus principais tópicos: analisa o livre arbítrio e o determinismo (as contradições entre livre arbítrio e as leis da causalidade e as espécies de determinismo); apresenta os dois grandes “Cesares” do direito penal italiano: Cesare Beccaria e Cesare Lombroso, suas ideias e influências, pontuando inclusive “os pecados de origem” da obra do psiquiatra italiano, seus precursores e antecedentes históricos, as escolas antropológica italiana e sociológica francesa, a teoria de Tarde e as divergências entre as três escolas e as diferentes teorias sobre o direito de punir. Analisa o crime como fenômeno natural e social e o criminoso, que recebe um lugar de destaque em seu programa – analisa o tipo antropológico do criminoso e a validade científica e prática das investigações de Lombroso, a classificação de criminosos de Ferri, discorre sobre o criminoso nato e suas características, as críticas de Tarde e o tipo

⁹³⁸ “Presidente do Clube Curitibano (1928); Foi um dos fundadores da Academia Paranaense de Letras (1936); Integrante do Partido Republicano Conservador. Promotor em Rio Negro (1912); Delegado de Polícia em Curitiba (1912); Deputado Congresso Estadual (1913); Chefe de Polícia do governo provisório (1930); Membro do Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil (1934). Participou da Comissão que elaborou o anteprojeto da Constituição do Paraná; eleito primeiro suplente da bancada do Partido Social Democrático (1934); Teve o mandato de deputado cassado durante o Estado Novo (1937)”. (DRUMMOND, P. H. D. **Ciência e Ensino na Cultura Jurídica paranaense: direito penal e filosofia do direito no curso de ciências jurídicas e sociais da Universidade do Paraná (1913-1953)**. 286 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 224, 2011).

penitenciário, analisa os códigos do Império e da República, a propaganda do positivismo criminal e a influência das Escolas Penais na codificação brasileira; em suas análises sobre o direito penal positivo, analisa os fundamentos da imputabilidade criminal e as responsabilidades moral e social, comenta sobre as medidas de prevenção e segurança com relação aos loucos – os manicômios penais, aponta as diferentes teorias sobre a reincidência; discorre sobre a pena segundo o critério das três escolas penais, sobre os substitutivos penais e o critério da temibilidade; comenta sobre os criminosos políticos e a natureza especial dos crimes políticos e ainda analisa as classes perigosas da sociedade (vagabundos, mendigos, capoeiras).

Em sua “Lição inaugural do anno lectivo iniciado em 2 de abril de 1928” o entusiasmo do autor com relação à “escola positiva” é evidente. Apresenta a escola clássica, de sua criação com Beccaria à sua maturação com Carrara, seu foco no delito como fenômeno jurídico abstrato e a contenção da criminalidade exclusivamente pela pena, graduada conforme a gravidade do delito, medida pelo alarma social por ele produzido; o surgimento da Escola Positiva, a partir do “sábio” Cesare Lombroso e aperfeiçoada por seus seguidores, que busca responder à incessante pergunta: porque em toda sociedade há homens que cometem crimes? Os clássicos, sem grande interesse, segundo o autor, respondem a esta questão pelo critério da vontade – depende da vontade seguir o vício ou a virtude. Para Ulisses Falcão “Essa resposta nada explica. Antes de tudo, não é verdade que seja delinquente quem quer.”⁹³⁹ Seguindo a escola positiva, o jurista de Curitiba entende que o criminoso é um homem anormal, dotado de caracteres bio-psíquicos diferenciados, congênitos ou adquiridos e, esta anormalidade o predispõe para o crime – assim como o louco não o é porque quer, o criminoso não escolhe o crime. Tanto a hereditariedade quanto os fatores sociais influem na criminalidade, mas a primeira é mais determinante, para o autor. Assim, defende:

As condições anormais do organismo humano por efeito da hereditariedade, podem muitas vezes deixar que o individuo passe a vida inteira incólume, isto é, sem de modo algum infringir as regras sociaes, mas este facto, longe de desmentir o principio de que as anormalidades constituem um índice da delinquência ou de outra qualquer degenerescencia, confirma integralmente o postulado da Nova Escola.⁹⁴⁰

⁹³⁹ VIEIRA, U. F. O criminoso e a repressão penal. **Paraná Judiciário**, v. IX, n. V, p. 353, 1929.

⁹⁴⁰ *Idem*.

Como individuo anormal, à parte e temível, a sociedade contra ele deve se precaver em defesa da própria coletividade.

O jurista identifica que embora muitas das propostas da nova escola pretendam reformar a sociedade, não se trata de revolucioná-la ou atacá-la em seus fundamentos, como pretendem os anarquistas e socialistas (os quais não são vistos com bons olhos pelo autor)⁹⁴¹ – estas reformas, viabilizadas pelos substitutivos penais, buscam exatamente *normalizar* a sociedade, combatendo a criminalidade em suas origens.

Otimista, entende que “Felizmente a corrente das novas ideias, já vae tendo apoio dos espíritos esclarecidos, nos horizontes dos nossos planos legislativos”.⁹⁴² Ulisses Falcão referia-se ao ante-projeto do Código Penal, elaborado por Virgílio de Sá Pereira, de 1928. Para o jurista paranaense este projeto trazia de maneira considerável os avanços e ensinamentos da Escola italiana. De acordo com o autor, tal projeto previa que “não estão sujeitos á repressão penal, mas somente á prevenção, os que carecem de imputabilidade no momento de cometer o crime.” Determinava então que o juiz “é obrigado por si, ou como presidente do jury a decretar o internamento de todo aquelle que fôr absolvido por carecer de imputabilidade, quando ele se revelar perigoso á sociedade.”, internamento em estabelecimento do Estado e não em uma penitenciária. Para Ulisses, “esse plano da lei, consagra a delinquência como moléstia social, aconselha contra os seus agentes os remédios preventivos, excluindo destes a pena clássica, na qual não reconhece nenhuma utilidade, como medida de defesa social”.⁹⁴³

Na verdade equivoca-se o autor. Seu entusiasmo em identificar no texto do projeto elementos da escola positiva é tal, que deixa sua visão distorcida, enxergando mais positivismo do que de fato se poderia supor. Embora de fato estas previsões estejam mais próximas a algumas propostas do positivismo criminológico, como é o caso do internamento de indivíduo perigoso em instituição específica como mecanismo de prevenção, percebe-se – trata-se de uma internação que ocorre tendo em vista a inimputabilidade do indivíduo no momento do crime. Para a nova

⁹⁴¹ Referindo-se ao anarquismo e socialismo assim se expressa: “Não acreditamos no arrojo, nem nas virtudes dessas conclusões, maximé depois que os principios de acção individual e directa dominaram a Russia, aniquilando o direito de propriedade e instituindo a violência, como principio de expropriação geral.” (VIEIRA, U. F. O criminoso e a repressão penal. **Paraná Judiciário**, v. IX, n. V, p. 356, 1929).

⁹⁴² *Ibidem*, p. 358.

⁹⁴³ *Idem*.

escola não importa a imputabilidade, este é um conceito deixado de lado e substituído pela temibilidade. No projeto deduz-se que se não são imputáveis, estes internados não são considerados criminosos e a eles não se aplica a repressão, mas a prevenção. No discurso positivo a punição se aplica a todos os que realizaram a prática de um crime – não se cogita de sua imputabilidade – todos respondem (responsabilidade social). O que varia é o tipo de punição segundo o tipo de criminoso. Nos códigos ditos clássicos, ainda, já há a previsão de internamento caso o juiz julgue necessário conforme a gravidade da moléstia. No projeto persiste a distinção clássica – para os delinquentes a punição, para os inimputáveis, em alguns casos, a internação.

Entende que o projeto fez residir na perigosidade do delinquente a aplicação de medidas de defesa social, elegendo, portanto, o critério do positivismo penal que melhor atende aos interesses da coletividade. Bem, no Código de 1890, dito clássico, a segurança também é o critério que define a necessidade de internação, embora não se use a palavra “perigo”: “Art. 29. Os individuos isentos de culpabilidade em resultado de affecção mental serão entregues a suas familias, ou recolhidos a hospitaes de alineados, si o seu estado mental assim exigir para segurança do publico.” Entende ainda o autor que o grau de perigosidade é muito menos suscetível de mutações que os critérios da extensão do dano e do alarma social e, portanto, mais seguro, mas não explica exatamente o porquê.

Ainda entende que a previsão que definia “nenhuma sentença poderá firmar-se nesse mesmo estado, sem que uma pericia medica intervenha e que ella versará exclusivamente sobre a personalidade e através das anomalias congêntas ou adquiridas do delinquente, deixando o juízo sobre a sua responsabilidade, entregue á alçada privativa da justiça.”, significava no plano da lei penal brasileira o reconhecimento de que “o crime não é uma consequencia exclusiva da vontade de delinquir”.⁹⁴⁴ Ora, parece exagerada esta conclusão do autor – de fato a exigência da perícia médica, a análise desta focada na personalidade e a partir de anomalias congêntas e adquiridas parecem traduzir a absorção dos elementos da escola positiva. Todavia, cabe privativamente ao magistrado o juízo sobre a responsabilidade do indivíduo – ou seja, resguarda-se a competência exclusiva do direito no que se refere ao direito de punir e ainda determina-se que a

⁹⁴⁴ VIEIRA, U. F. O criminoso e a repressão penal. **Paraná Judiciário**, v. IX, n. V, p. 359, 1929.

responsabilidade será medida de acordo com o grau de anormalidade – pois bem, na escola positiva, repita-se, há sempre responsabilidade – o grau de anormalidade apenas define o tipo de resposta e de medida punitiva e não o grau de responsabilidade, sendo esta vista, inclusive, como uma aberração (responsabilidade graduada).

Mas, embora o autor enalteça de modo um tanto exagerado a absorção da criminologia positivista no projeto de Código de Virgílio de Sá Pereira, este projeto de fato trazia muitos de seus elementos e simbolizava um passo à frente na absorção em âmbito legislativo dos postulados do positivismo penal: é frequente o uso do termo temibilidade para se definir a pena e seu regime; a exigência e importância de perícia médica para se firmar o estado mórbido do acusado; punia-se a tentativa com as mesmas penas do crime consumado; está presente também a distinção de criminosos de hábito e de ocasião, previa-se a relegação por tempo relativamente indeterminado.⁹⁴⁵

O autor, então, finaliza seu discurso com um otimismo exacerbado e laudatório:

É o completo triumpho das ideias da Nova Escola, sobrepujando as velharias penaes que até Lombroso, pareciam a ultima palavra da sciencia mas que a um sopro da sua genialidade desfizeram-se e diluíram-se por si mesmas. É o triumpho da medicina mental illuminando a vida do Direito Penal e normalizando a sua aplicação na defesa da sociedade.⁹⁴⁶

Este trecho é, sem dúvida, emblemático – a medicina mental iluminando o direito e normalizando a sua aplicação na defesa da sociedade. Normalizar a aplicação do direito pela medicina na defesa da sociedade e também normalizar a sociedade, inserindo na “norma” (ou seja, naquilo que é o padrão médio - o cidadão útil) o anormal, o desviado, o delinquente. Ainda, tendo em vista a análise de seu discurso e sua visão do criminoso como um doente, um anormal, pode-se perceber que não há no autor preocupação alguma com a penetração/invasão do saber médico no poder do direito em punir, preocupação que era significativa em muitos dos juristas já analisados, Tobias Barreto, José de Aranha, Filinto Bastos – muitas das críticas à escola positiva partiam deste argumento de cancelamento do direito

⁹⁴⁵ PIMENTEL, F. M. **Código Penal Brasileiro**: Projecto apresentado ao Governo pelo desembargador Virgílio de Sá Pereira. Belo Horizonte: Imprensa Official do Estado de Minas Gerais, v. LII, 1929.

⁹⁴⁶ VIEIRA, U. F. O criminoso e a repressão penal. **Paraná Judiciário**, v. IX, n. V, p. 359, 1929.

criminal pela criminologia ou sociologia criminal. Mas esta penetração é vista pelo jurista paranaense não apenas como legítima, mas necessária para tornar a defesa social mais efetiva e mesmo mais humana e assim conclui:

(...) cumpre olhar com carinho para todas estas múltiplas questões, de modo tal, que ellas possam oportunamente ser resolvidas de acordo com as melhores indicações da sociologia e do progresso que esta vae alcançando dia a dia, preconizando para o delinquente tratamento humano e apropriado, semelhante ao que é ministrado aos doentes de outras enfermidades, e assim defendendo a nossa época, do baéu que a historia e a critica fatalmente nos reservam.⁹⁴⁷

4.7 OS JURISTAS CRIMINALISTAS E A CRIMINOLOGIA POSITIVISTA: UM QUADRO SINÓPTICO

O que se pode perceber da análise da recepção do pensamento criminológico na cultura jurídica penal brasileira, especificamente no ensino do direito criminal, é que correspondeu a um processo gradual em seu início. Contou com resistências, sobretudo, ainda no século XIX.

Tobias Barreto, um dos seus primeiros divulgadores, mas, sobretudo, das concepções lombrosianas, foi um severo e arguto crítico. Não economiza sua acidez, peculiar ao seu pensamento e textos, em detectar as incoerências e exageros do psiquiatra italiano, afirmando ironicamente, que se levados em conta seus princípios, meter-se-ia a humanidade inteira no hospital. Esta sua crítica parece se assemelhar ao conto de Machado de Assis, escrito em 1881, “O alienista”, médico que passa a identificar em cada ínfimo detalhe do comportamento um sinal de loucura e acaba internando toda a população da vila de Itaguaí no manicômio.

Crítico ao determinismo, Tobias Barreto também estava alerta para as invasões do saber médico no âmbito jurídico. Seu monismo que inclui o sentimento, sua resistência ao evolucionismo de Spencer e ao naturalismo sociológico, contribuem para resguardar em sua visão do direito a importância e influência do homem, não apenas natural, mas social, sendo um resultado, portanto, da cultura humana. Esta sua visão não apenas o permite romper com o justanturalismo, mas também com o naturalismo determinista.

⁹⁴⁷ VIEIRA, U. F. O criminoso e a repressão penal. **Paraná Judiciário**, v. IX, n. V, p. 360, 1929.

Esse receio de invasão de outras ciências no âmbito do direito vai aparecer em outros juristas que resistiram ao positivismo penal. Aparece no baiano Filinto Bastos e no paulista José de Aranha. Mesmo Moniz Sodré, adepto da escola antropológica, é bastante cauteloso com esta temática, delimitando as interferências entre uma análise do direito como fenômeno jurídico e de sua abordagem como fenômeno social. Viveiros de Castro também aponta esta problemática, com um tom crítico, na verdade, aos juristas retóricos, que temiam às novidades da ciência penal justamente por receiar a transformação do direito em mero apêndice da medicina, o que julgava um erro. Quando discorre sobre a importância da perícia, ressalva que, embora fundamental, a decisão sobre a responsabilidade penal persiste no âmbito jurídico. Já Ulisses Falcão Vieira concebia esta invasão como positiva e necessária, pois entendia que a medicina e a abordagem do criminoso como um doente tornavam a defesa social mais humana e eficaz.

À medida que se consolida a República também se consolida a criminologia positivista na cultura jurídica brasileira, no âmbito do ensino do direito criminal. E a maior parte dos juristas que a absorvem partem das premissas do evolucionismo e darwinismo e muitos do darwinismo social, da sociedade como organismo e do rompimento com as teorias contratualistas e com o direito natural. Este permanece apenas em Pedro Lessa, mesclado de modo atípico com o evolucionismo e em José de Aranha, quase em moldes teológicos, em que as leis morais diferenciam o homem, mas ao mesmo tempo o direcionam para os fins da Criação.

A questão da raça, a partir dos moldes europeus, aparece explicitamente no pensamento de João Vieira, Viveiros de Castro, Phaelante da Camara, Severino Prestes e Candido Motta. Na verdade, embora não apareça com tanta ênfase como se poderia supor, poderíamos afirmar que a desigualdade dos homens pelo critério racial era como uma espécie de pressuposição comum que, muitas vezes, até prescindia de ser explicitada. Ainda que ela não apareça tanto ou explicitamente é inegável que os adeptos da criminologia positivista, a qual partia do pressuposto da desigualdade entre os homens, pensada inclusive em termos raciais, assimilavam este discurso racial naturalmente. A recepção da criminologia positivista implicava a absorção também da ideia da desigualdade natural entre os homens, como uma verdadeira premissa e a raça era, justamente, um dos fatores que determinavam esta desigualdade.

O darwinismo social, que se traduz numa forte dualidade entre criminoso/honesto, anormal/normal, na ideia de incorribilidade e em alternativas eliminatórias, se reproduz de modo bastante enfático em João Vieira, Viveiros de Castro, Esmeraldino Bandeira, Gervasio Fioravanti, Candido Nazianzeno Motta, Moniz Sodré, Severino Prestes e até mesmo entre aqueles que não se declaravam adeptos da Escola Antropológica, como Pedro Lessa, que chega inclusive a sugerir a seleção artificial.

A importância do trabalho e educação moral como meio de luta pela vida e instrumento de regeneração também é um “lugar comum” para estes juristas, com destaque a Candido Motta, Pedro Lessa e Lima Drummond (que inclusive defende leis mais rigorosas contra a vagabundagem).

A relação entre liberdade individual e defesa da sociedade também é uma temática bastante frequente e que inclusive foi um dos focos da análise desta pesquisa. Em cada um dos juristas buscou-se analisar detidamente como emergia esta discussão, mas vale mencionar, neste momento de uma análise mais transversal e conclusiva entre os juristas, que a tendência entre eles é justamente pender a balança para a defesa social em detrimento do indivíduo (com exceção apenas para José de Aranha e Filinto de Bastos, adversários da Escola Antropológica), algo que vincula-se muito, nestes criminalistas criminólogos, ao fato de terem como pano de fundo ou premissa a dualidade de sujeitos, cisão própria da modernidade do direito penal, mas enfatizada e reconfigurada no discurso criminológico pelo saber médico, em que a demonização de determinados sujeitos, sustentados por um discurso científico, permite a construção de um imaginário de medo, perigo e que demanda, conseqüentemente, cada vez mais meios de se garantir a segurança e a ordem social.

As ideias de temibilidade e perigosidade, portanto, serão centrais nestes autores, que os afirmam como critério definidor do tipo e medida da resposta penal. O perigo está, sobretudo, no sujeito e não no seu ato. Esta lógica aparece em todos os criminalistas, mesmo em Lima Drummond, em que é bastante corrente o uso desta concepção de temibilidade nos termos na escola positiva e, até mesmo, em Filinto Bastos, embora neste apenas nos termos do código, quando discorre sobre as atenuantes e agravantes e quando trata sobre a reincidência. De qualquer maneira, a temibilidade foi um dos conceitos mais centrais da escola positiva, pois corresponde a um de seus principais instrumentos para focar o direito penal no

sujeito. Todavia, em que pese vangloriar-se pela objetividade de suas verdades, construiu um conceito tão ou mais subjetivo que o livre arbítrio, pois medir a normalidade/temibilidade do homem não se mostrou mais preciso que medir sua liberdade.

João Vieira pode ser considerado o primeiro criminalista adepto do positivismo criminológico: divulga as ideias da então “nova escola do direito penal”, assumindo em seus textos uma filiação confessa. Em seu primeiro texto apresenta uma absorção ainda confusa e sincrética (não chega a negar a responsabilidade moral, como se viu), mas gradativamente suas análises se tornam além de mais profundas, mais convictas. Todavia, em seus projetos de substituição de código demonstra uma parcimônia que, não necessariamente, significava uma inabilidade em transpor nas leis suas premissas, mas uma consciência própria dos criminalistas positivistas, de que as mudanças deveriam ser paulatinas, para que justamente fossem mais profundas e eficazes, afinal de contas, tratava-se de adequar toda uma cultura jurídica, não apenas a partir da doutrina, mas a partir da magistratura, que formada em moldes clássicos, poderia tornar a modernização do direito criminal mais um problema, do que uma solução.

Seus debates com João Baptista Pereira, autor do código republicano, tão criticado nas mais diferentes “frentes”, são emblemáticas e demonstram que a disputa no campo da cultura jurídica penal iria absorver a dualidade de escolas, clássica e positiva, uma dualidade que permanecerá durante toda a primeira república como presença constante nos programas de disciplina. Importante ressaltar que o desprestígio do Código Penal, considerado à época clássico, é uma das portas de entrada para a recepção das ideias da nova escola.

A Faculdade de Recife será pioneira, como se analisou, na recepção das ideias do positivismo penal e seus professores de direito criminal são seus adeptos confessos: Phaelante da Camara, também integrante, como João Vieira, da Escola do Recife, evolucionista, marcado pelo discurso racial europeu, crítico do código republicano por não ter absorvido as novas ideias da Antropologia, adepto da classificação dos criminosos; Gervasio Fioravante considera a prisão celular uma excrecência, defende a temibilidade como critério principal da reincidência e é favorável a penas eliminatórias para os criminosos incorrigíveis; Octavio Tavares considera o crime como um fenômeno natural e complexo, como Ferri, e defende a sentença indeterminada.

O Rio de Janeiro também pode ser considerado um centro divulgador da criminologia positivista. A presença de João Baptista Pereira, como professor de direito criminal, não foi suficiente para que nas duas faculdades da capital republicana, muito influenciadas pela Faculdade de Recife, por contar com professores que lá haviam se formado, a criminologia positivista ganhasse terreno. Lima Drummond, embora com mais parcimônia, buscando linhas de conciliação entre as escolas, não deixa de imprimir um discurso, muitas vezes, próprio da “nova escola”. Drummond não se declara adepto – considera que as ideias positivas devem ser estudadas e absorvidas na medida da sua utilidade, tendo em vista o contexto social e temporal. Não vê a necessidade de ruptura com a “escola clássica”, conciliando, portanto, elementos de ambas as escolas. Viveiros de Castro embora não adote este tom conciliatório e considere a escola positiva a última evolução do direito penal, em alguns momentos parece comprometido com postulados clássicos, quando, por exemplo, considera os loucos inimputáveis e irresponsáveis, como na lógica clássica. Esmeraldino Bandeira desenvolve com grande desenvoltura os postulados positivos. Seus programas são minuciosos e em seus textos as eventuais contradições que apareciam nos textos iniciais de João Vieira e em alguns pontos de Viveiros de Castro não aparecem, não se insinuando também este tom conciliatório declarado de Lima Drummond e que minimamente aparece em Candido Motta, quando de suas preleções.

Em São Paulo a absorção do pensamento criminológico é um pouco mais tardia que em Recife, mas gradativamente, grande parte dos seus professores adere ao positivismo penal: Pedro Lessa, pelo curso de filosofia e a partir de uma heterodoxia própria, divulga o evolucionismo, sem romper com o direito natural e contesta o livre arbítrio, defendendo o determinismo (psíquico). Em que pese criticar explicitamente a Antropologia Criminal, várias das concepções da escola positiva são por ele defendidas, entre elas, a defesa social como fundamento da pena, a incorrigibilidade de determinados criminosos e os meios eliminatórios a eles destinados, a preocupação com a formação do caráter moral dos menores. Severino Prestes não ousa discutir o livre arbítrio, mas afirma-se como um “defensor intransigente” da escola positiva. Nele é bastante presente também o discurso racial, assim como o será em Candido Motta, que marca definitivamente a adesão paulista às novas ideias do direito penal, destacando sua atuação no âmbito da menoridade, inclusive, como redator de uma lei que definia uma instituição para menores,

enquadrada nos moldes da normalização criminológica. Assim como em Pedro Lessa, a preocupação com o caráter moral dos indivíduos, o faz recorrer, em que pese seu evolucionismo e determinismo, aos mistérios da alma. José de Aranha, resistente às novas ideias, parecia uma voz do passado, (inclusive afirmava-se monarquista), no furacão dos novos ventos. Sua crítica à escola positiva, se comparada à Tobias Barreto, deixa a desejar, não tem a mesma perspicácia e lucidez, recorrendo a um universo argumentativo que pouca possibilidade tinha de convencer, porque há tempos desgastado na cultura jurídica brasileira: o jusnaturalismo (inclusive de caráter teológico). Enquanto Tobias Barreto munia-se das mesmas armas dos “patólogos do crime” para combatê-los, José de Aranha recorria a um arsenal ultrapassado, com pouco poder de fogo.

Na Bahia, Moniz Sodré e Filinto Bastos destoavam. Ambos criminalistas de destaque no âmbito nacional. Mas a ressonância que a obra do primeiro, analisando as três escolas penais (clássica, positiva, crítica), adquiriu no país, por conta das sucessivas reedições, pode ser um indício de que as suas ideias circulavam mais do que as do segundo, crítico da escola positiva e vinculado aos postulados clássicos. Filinto Bastos consegue elaborar uma crítica mais arguta que José de Aranha, identificando as armadilhas da argumentação de Ferri (como a interpretação “forçada” do livre arbítrio). Também demonstra-se mais um homem de seu tempo, inclusive defensor do feminismo e da emancipação da mulher. Um dos poucos que não rompem com o princípio clássico da igualdade entre os homens, não assumindo a dualidade normal/anormal para se interpretar o criminoso.

Em Curitiba, os dois professores que lecionaram direito criminal no período, um com formação em São Paulo e outro no Rio de Janeiro, apresentavam de forma significativa as concepções da criminologia positivista em seus programas e, no caso de Ulisses Falcão, sua adesão à nova escola é explicitamente declarada. O que demonstra que Curitiba, mesmo periférica, respirava e absorvia as discussões das instituições de ensino tradicionais (Recife e São Paulo) e politicamente centrais, como as do Rio de Janeiro.

Como se pode perceber, mesmo com algumas resistências no seu início e pontuais no decorrer do período, a criminologia positivista gradativamente, sobretudo, a partir da primeira década do século XX, tornou-se hegemônica no âmbito do ensino do direito criminal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A modernidade pode ser lida como um processo de racionalização que priorizou o caminho da abstração (desde Descartes com o “penso, logo existo”, e Kant com o Sujeito Transcendental), mas no próprio século XIX a hegemonia deste discurso abstrato, que prevalecia no direito privado, começa a sofrer rachaduras, sobretudo, vindas dos estudos das ciências naturais, que afetam as ciências humanas (antropologia, sociologia, psicologia) e da medicina, que ao estudar corpo e alma, inspirados pelo organicismo e materialismo, priorizam o corpo (o cérebro é a palavra chave e não a alma) e afetam significativamente o direito penal, que sofre, por consequência, os efeitos dessa nova abordagem sobre o homem.

A passagem para a Modernidade desconstrói a sociedade de ordens hierarquizadas da Idade Média, mas produz uma duplicidade de sujeitos – o autônomo, racional e capaz de autogoverno (proprietários) e aquela massa de sujeitos irracionais, perigosos que precisam ser controlados (não proprietários). O corpo de ambos é objeto de controle, mas de forma diferente. O poder público toma conta, sobretudo, dos corpos deste segundo tipo de sujeitos. Este controle perpassa por uma série de mecanismos – para Foucault, como vimos, o corpo é objeto de controle, na modernidade, por meio de poderes que extrapolam a lógica da lei (da interdição) e se manifestam e se disseminam na sociedade, constituindo sujeitos e subjetividades – trata-se do biopoder, que se define e se constitui pela *norma* (da disciplina e da biopolítica). Mas a violência e a força, como formas de controle e com a finalidade de exclusão e eliminação, não deixam de estar presentes. A questão é: como fazer uso destes mecanismos, seja os da norma, seja os da força, num contexto de Estado de Direito e Liberal? Aqui emerge a dualidade característica do Estado liberal – liberdade/ordem; indivíduo/sociedade; direitos individuais/segurança. E parte da legitimação do uso da força e dos mecanismos da norma, em detrimento da liberdade e das garantias individuais, para se assegurar a ordem e a segurança, será conferida, justamente, pelo discurso médico. A medicina passa por um momento de mutação no século XIX – experimentalismo, determinismo, estudos fisiológicos – em que a análise empírica do corpo e seu funcionamento passam a ser centrais. Se o controle do corpo passa a ser um problema para o poder, nada mais coerente do que recorrer a um saber em que o foco é justamente o corpo e que não

se compromete, em tese, com questões político-ideológicas. Por ser apolítica tornou-se um instrumento do governo – daí a constituição da medicina social e da criminologia.

Se o direito penal é a parte do direito que deve abordar, sobretudo, o setor da sociedade que simboliza perigo (a articulação de discursos para a construção do inimigo social, classes perigosas é central) a medicina cruza seu caminho e, assim, o discurso médico passa a ser um dispositivo para legitimar medidas de exclusão, no interior de um discurso jurídico em que todos são iguais perante a lei. O discurso médico trabalha para fazer funcionar as engrenagens desta máquina contraditória que é o Estado Liberal.

O saber criminológico e sua absorção no direito penal, adaptando vários de seus fundamentos, simbolizam uma significativa ruptura com esta perspectiva abstrata moderna: prioriza o delinquente e não o delito (entidade jurídica abstrata); o crime é visto como algo natural e social. O corpo reivindica sua prevalência sobre a alma. O “penso, logo existo” cartesiano é substituído pelo “Vivo, logo sou”. Os sentimentos condicionam as ações, que não são mais fruto de uma deliberação racional.

Pode-se perceber que tanto na Itália quanto no Brasil, a criminologia emerge e se desenvolve em um contexto político, econômico e social de intensas transformações – o Estado se reconfigurando; a economia assumindo os contornos do capitalismo; a sociedade adotando o modelo burguês individualista; e o direito, inclusive e com grande destaque, o direito penal, tentando acompanhar este processo e delimitá-lo em suas doutrinas e leis. Este processo é próprio e peculiar em cada país, mas em ambos produz rachaduras e ao mesmo tempo conforma continuidades e, junto a ele, emergem questões sociais problemáticas que demandam da ciência respostas e soluções ou mesmo justificativas para determinadas respostas e soluções que assumem um caráter repressivo e excludente, num contexto em que o discurso político e jurídico liberal afirmam a igualdade e liberdades. Nesta conjuntura, a questão do controle social e, necessariamente, a questão penal assumem uma centralidade e o discurso criminológico é uma das linguagens adotadas pelo direito penal para conduzir determinadas práticas que se chocavam, *aparentemente*, com o discurso liberal, pois, por exemplo, o argumento da defesa social que deve prevalecer aos direitos individuais, a cisão da humanidade entre normais e anormais, e a ideia de perigo e

temibilidade, elementos centrais do positivismo penal, relativizam os limites das garantias e legitimavam medidas de caráter autoritário.

Aparentemente porque podemos dizer que o liberalismo é marcado pela dualidade inclusão/exclusão, regra/exceção, ordem/liberdade; direito/poder: de um lado a liberdade e os direitos dos indivíduos, de outro a segurança e defesa da sociedade e poder do Estado.

Esta dualidade liberal se reproduz no direito penal e se ramifica em duas correntes – uma liberal e de caráter mais garantista (chamada escola clássica pelos positivistas) e outra de base criminológica (positiva). Duas correntes que no âmbito do discurso se confrontam, mas que na verdade fazem parte de um mesmo fundo cultural, marcado pela contradição liberdade/controle, e na prática tem um potencial conciliatório significativo porque, na aplicação enviesada do direito penal, acabam destinando-se a sujeitos distintos. Por isso, há até mesmo uma funcionalidade maior em conciliá-los que a mera substituição de um modelo pelo outro – vantagens percebidas por Alcantara Machado e pelos redatores do Código de 1940.

Compreender a absorção do discurso criminológico no Brasil da Primeira República pode ajudar a identificar e mesmo legitimar/justificar esta dualidade, pois aqui a defesa da sociedade e a cisão da humanidade se embasam em um discurso também liberal. Isto porque, ao mesmo tempo em que o direito das garantias individuais se aplica a alguns, o direito da norma, do perigo, da suspeição e da prevenção deve se aplicar a outros. A dualidade do Estado e do poder liberal corresponde à dualidade de sujeitos e reflete uma dualidade de discursos no direito penal (direito penal do ato - direito penal do autor) que, todavia, pertencem à mesma herança cultural (o iluminismo reformador), ligada à construção de um novo modelo social (burguês-moderno) que produz também seu próprio sujeito ideal (racional, autônomo, produtivo) e sua antítese (vagabundo, ocioso, criminoso, anormal).

O discurso criminológico é sintoma desta dualidade e tenta eliminá-la, tornando oficial a faceta da ordem em detrimento da liberdade (e neste sentido a sociedade em detrimento do indivíduo) e absolutizando a norma com relação à lei, na medida em que internaliza a norma – e neste processo o saber médico presta um inestimável auxílio - na própria lei. Norma que, todavia, já estava presente no discurso liberal, mas que não se mostrava expressamente na lei, mas, sobretudo, na execução da pena, por meio do discurso de regeneração pela disciplina e pelo trabalho.

Todavia, em que pese o discurso criminológico de alguma forma tentar superar a dualidade liberal, eliminando uma de suas forças gravitacionais – a liberdade - acaba mergulhando em suas próprias contradições. Uma das mais marcantes do discurso positivo criminológico está justamente no fato de que a preocupação obstinada com os problemas sociais conduz estes pensadores a buscar as respostas para tais problemas, sobretudo, fora da sociedade, ou seja, na natureza, na natureza do homem, do indivíduo. Contradição teórica, mas que, todavia, tinha uma funcionalidade significativa na prática, pois desviava a identificação das causas dos problemas sociais (da estrutura social) para o próprio sujeito.

Aplicar a lógica naturalista para pensar o homem é negar a natureza humana, a partir da qual se desenvolveu o universalismo moderno. Como nas ciências naturais, que buscavam classificar a vida em espécies, gêneros, famílias, e dentro de cada uma delas as subclassificações e tipos especiais, estes criminólogos buscam classificar o próprio homem. O critério chave é o da norma – este é o grande divisor de águas, a dicotomia normal-anormal, como já muito bem pontuado por Foucault. E desta primeira divisão obviamente que se desenvolvem novas subdivisões. O criminoso, por exemplo, é anormal, é um tipo específico de homem e, este tipo por sua vez, pode manifestar-se de diferentes formas.

A natureza não é mais a fonte dos direitos do sujeito, mas passa a ser a fonte das anormalidades do homem – de um jusnaturalismo passa-se para um normanaturalismo – quanto mais anormalidades, menos homem, menos sujeito, menos direitos, menos sujeito de direito. Enquanto o primeiro é includente, o segundo é excludente.

Embora defenda que o foco do direito criminal deve ser o indivíduo, homem como ser individual e único (e não o crime, lei geral e abstrata), parte de modelos gerais de normalidade e sempre coloca a defesa da sociedade em primeiro lugar, em detrimento do indivíduo - sua concepção de sociedade é organicista e não individualista. O indivíduo é apenas uma parte, uma célula do corpo social.

Ao mesmo tempo em que busca a verdade dos fatos concretos, parte de premissas, de axiomas a priori construídos não pela ciência, mas, sobretudo, pela ideologia burguesa (o operário padrão), que disseminados no senso comum constroem arquétipos dos quais estes cientistas partem para construir o conhecimento do homem criminoso, a antítese do homem honesto, operário padrão.

Os juristas brasileiros absorvem o pensamento criminológico (e com ele as suas contradições) em um momento cultural, político e social em que este se tornou bastante permeável: culturalmente preparado pelas discussões que já chegavam desde a década de 70 do século XIX (evolucionismo, darwinismo, monismo, materialismo), politicamente conveniente, pois assumindo uma nova forma de governo, deve-se redimensionar as relações entre Estado e sociedade; e, em termos sociais, necessário, pois com uma nova configuração social, pelo fim da escravidão, chegada dos imigrantes e processo de urbanização, redefinir os âmbitos de inclusão/exclusão passa a ser fundamental.

Pelo estudo feito na presente pesquisa pode-se constatar que o pensamento criminológico circulou de maneira significativa nas instituições de ensino aqui analisadas. Independente de filiação ou adesão e do grau em que esta se deu, no ensino do direito criminal, o positivismo penal fazia necessariamente parte do conteúdo programático.

Este ensino, por sua vez, importou e assimilou a dicotomia entre escolas, sobretudo clássica X positiva. Esta nomenclatura, dada por Ferri, foi absorvida de um modo geral pelos juristas brasileiros, que em seus programas apresentavam os principais tópicos da parte geral do direito criminal (crime, criminoso, responsabilidade e imputabilidade, causas dirimentes, tentativa...) a partir das premissas das duas correntes.

A adesão ao positivismo penal, todavia, foi gradativa. Inicialmente, é constantemente denunciada pelos primeiros seguidores da “Nova escola” (João Vieira de Araújo e Viveiros de Castro) a resistência da cultura jurídica da época com relação às ideias da criminologia positivista. Os argumentos desta resistência eram importados, como o misoneísmo e a dificuldade do homem em lidar com o novo e as mudanças, mas também bastante locais – atribuía-se esta resistência ao modelo de jurista que então prevalecia, contaminado pela retórica e pela erudição vazia, ainda não condicionado aos parâmetros da ciência. Mas aos poucos este quadro se altera, como pudemos analisar. Ao longo das quatro décadas da Primeira República, a Escola Positiva de Ferri vai angariando seguidores e divulgadores.

E nisto a influência do evolucionismo é significativa, pois a ideia elaborada por Ferri, de que os fundamentos da nova escola, assentados em bases científicas (observação e experiência), simbolizavam a evolução na ciência e no direito criminal

é uma das chaves de abertura para a sua recepção no âmbito da cultura jurídica brasileira, que pretendia afirmar-se e equiparar-se ao padrão europeu.

Outra chave de abertura foi o darwinismo, sobretudo, o darwinismo social que associado ao evolucionismo, transplanta para as relações sociais as ideias de seleção natural e luta pela existência, atribuindo à disciplina, ao trabalho, à iniciativa individual centralidade neste processo civilizatório de progresso e melhoramento da humanidade. Nos autores adeptos das ideias da criminologia positivista estes termos são frequentemente presentes (João Vieira de Araújo, Candido Motta, Moniz Sodré, Viveiros de Castro).

Ainda, a mudança de código, como já pontuado, permitiu que, por via das críticas ao Código Republicano fossem também inseridas as novas concepções da antropologia criminal, como o fazem João Vieira de Araújo, Phaelante da Camara, Octavio Tavares, Gervasio Fioravanti. As discussões sobre os projetos de João Vieira de Araújo também facilitaram esta penetração da criminologia positivista. Em que pese a timidez reformista de João Vieira, como analisado por Sontag, este jurista teve uma importância central para a disseminação das principais ideias positivistas no direito criminal à época, pois provocava na cultura jurídica brasileira a iniciativa em se tomar partido em relação às “escolas” e uma consequência deste embate é justamente um maior aprofundamento teórico e filosófico que extrapolava a mera análise exegética dos dispositivos do código e dos projetos de alteração. Curioso verificar que nesta tentativa de delimitar posições no âmbito do debate, muitas vezes se acentuava a diversidade das escolas e tantas outras buscava-se demonstrar que os supostos fundamentos novos, de alguma forma, já faziam parte da tradição, o que acaba de fato explicitando, ainda que acidentalmente, as continuidades por detrás das retóricas rupturas.

As resistências à “Nova Escola” ao longo da República tendem a se amenizar. Dos autores que analisamos, esta resistência permaneceu, mas de forma relativa, no âmbito do Rio de Janeiro, com Lima Drummond (a partir de um viés conciliatório, buscando, como vimos, esfumaçar as oposições); na Bahia com Filinto Bastos (uma resistência mais significativa e inspirada por um liberalismo de caráter mais democrático) e em São Paulo, com José de Aranha (uma resistência que ao contrário de Bastos, não correspondia a uma tendência democratizante, mas que se vinculava à tradição do jusnaturalismo teológico). Os demais criminalistas estudados vão, de um modo geral, aderir aos principais fundamentos da “escola positiva”, como

podemos analisar – em Recife e Curitiba, torna-se mesmo hegemônico no período estudado. Mesmo São Paulo, apontado, por Lilia Schwarcz, como mais resistente à doutrina positiva do direito penal, adere gradativamente às suas propostas. Inicialmente com Severino Prestes e definitivamente com Candido Motta. Pedro Lessa, ainda que de forma bastante sincrética, defende muitas das premissas da “escola positiva”.

Assim, o Brasil pode não ter tido um “código criminológico” durante a Primeira República, mas o ensino do direito criminal caracterizou-se por um forte perfil criminológico.

Segundo Lilia Schwarcz, quando discorre sobre as teorias raciais no Brasil,

No que se refere ao caso brasileiro, o que se percebe é a emergência de dois debates contemporâneos: de um lado, o enraizamento de um modelo liberal jurídico na concepção do Estado; de outro, porém, a retomada do debate sobre a questão da igualdade (tendo como base as conclusões deterministas raciais) e o paralelo enfraquecimento de uma discussão sobre a cidadania. Teorias formalmente excludentes, racismo e liberalismo conviveram no país em finais do século, merecendo locais distintos de atuação.⁹⁴⁸

Na verdade, o que podemos perceber no processo de recepção do pensamento criminológico brasileiro foi que racismo e liberalismo, na verdade, conviveram nos mesmos locais de discurso – não eram apenas duas falas contemporâneas que partiam de lugares distintos, mas eram discursos que se conciliavam nas falas de alguns dos criminalistas estudados. Nestes, liberalismo e positivismo penal (que parte da premissa da diversidade e hierarquia racial) aparecem como complementares. Mas seria esta uma contradição dos juristas brasileiros? Uma simples tendência ao ecletismo, ao sincretismo? Como vimos, tratava-se de uma complementação bastante coerente à época.

Para Foucault o liberalismo é a forma de governo por excelência da biopolítica e, se o saber criminológico trabalha por excelência com os mecanismos do biopoder (da norma), podemos verificar na verdade muito mais afinidades do que, talvez, contradições.

No curso *O Nascimento da biopolítica*, Foucault propõe que apesar do nome, esta nova arte de governo não significa mais liberdade. A liberdade dos

⁹⁴⁸ SCHWARCZ, L. M. **O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil 1870-1930**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993, p. 244-245.

fenômenos naturais que o governo deve se limitar a respeitar está mais para um naturalismo de governo do que para o implemento da liberdade dos indivíduos. Dessa maneira, o autor afirma que, quando utiliza o termo “liberal”, não quer dizer uma forma de governamentalidade em que se deixa mais espaço à liberdade, mas no sentido que esta nova prática de governo produz, fabrica liberdade para poder consumi-la.⁹⁴⁹

O contraponto da produção de liberdade está na produção da segurança – a segurança existe como critério de cálculo da produção de liberdade, na medida em que determina até que ponto a defesa dos interesses individuais não significa um perigo para o interesse coletivo. O objetivo da segurança é proteger este em relação àquele. A estratégia da segurança, que é a mecânica dos interesses e sua relação com a liberdade, é o centro propulsor da razão de governo que é o liberalismo.

A noção de perigo irá arbitrar a liberdade e a segurança dos indivíduos e adquire neste período uma outra perspectiva – não mais se relaciona à peste, à morte, à guerra, mas liga-se ao medo de degeneração do indivíduo, da família, da raça, da espécie humana – não à toa o discurso racial emerge neste momento, pois torna-se a possibilidade de “fazer morrer” em uma lógica de governo que investe na vida e na saúde da população. Cria-se uma verdadeira cultura do perigo. E isso é o alicerce do discurso criminológico e da nova escola penal.

Como contrapeso da liberdade, o liberalismo cria uma formidável extensão de controle, constrição e coerção. Na mesma proporção em que se cria e se produz liberdade, cria-se também mecanismos de controle e intervenção. E, mais uma vez, pode-se afirmar que outro alicerce da nova escola penal será justamente a criação, no lugar da prisão, e mesmo dentro dela, de diversos mecanismos de controle e intervenção (preferencialmente com relação a determinadas camadas da população).

Ao se analisar o discurso criminológico, pode-se perceber que a Lei e a Norma podem encontrar formas muito peculiares para funcionar em harmonia, ao menos na prática – principalmente quando esta prática envolve o controle dos

⁹⁴⁹ “La nuova ragione di governo ha dunque bisogno di libertà, la nuova arte di governo consuma libertà. Se consuma libertà è obbligata anche a produrne, e se la produce è obbligata anche a organizzarla. La nuova arte di governo si presenterà pertanto come ‘arte di gestione della libertà, ma non nel senso dell’imperativo: ‘sii libero’ (...) Il liberalismo semplicemente, dice, ti procurerà di che essere libero. (...) sai libero di essere libero”. (FOUCAULT, M. **Nascita della biopolitica**. Corso al Collège de France (1978-1979). Milano. Giangiacomo Ferrtrinelli Editore, 2005, p. 65).

indivíduos/população - muito embora no discurso pareçam antagônicas. A lei de menores, aprovada em 1927, é um exemplo emblemático desta combinação.

O liberalismo republicano, influenciado pelo evolucionismo, pelos discursos raciais e pelo darwinismo social, reflete-se no direito criminal de modo a fortalecer uma perspectiva que diminui a importância do indivíduo e seus direitos, privilegiando sempre o interesse e a segurança sociais. E se a liberdade tende a perder seu foco atrativo, não tende, por sua vez a ceder espaço para a igualdade, pois esta no contexto republicano passa a ser relativizada não só pelo discurso racial, mas pelo discurso criminológico, que fortalecia algo que já é próprio da dualidade liberal - a cisão da humanidade entre sujeitos que pertencem ao espaço sacro - os cidadãos honestos - e aqueles que deste estão excluídos - vagabundos, malfeitores, criminosos, delinquentes - parte da humanidade que pertence a uma escala inferior no grau de evolução do processo civilizatório.

Como já se mencionou, quando a dualidade liberal liberdade-escravidão é eliminada, a dualidade liberdade-segurança se redimensiona fortalecendo o aspecto da segurança, pois aqueles que antes não pertenciam ao espaço sacro, por conta do regime escravista, tendem a desse continuar sendo excluídos, pela propensão de encarnarem os alvos de controle em que uma das ramificações é o sistema penal - tornam-se os vagabundos, os malfeitores, os criminosos.

Como já demonstrado, o liberalismo foi também o instrumento legitimador do Estado Republicano que, todavia, na prática assumiu um perfil bastante autoritário. O Estado Republicano foi um estado que tendeu à intervenção, mas não pela via da consolidação e reconhecimento dos direitos sociais, mas como Estado interventor no que se refere ao controle da população - e uma intervenção segregadora.

Na verdade, o Estado deveria intervir para conter os dissensos (Revolta de Canudos, Contestado, Revolta da Vacina, da Chibata), para conduzir o processo de modernização e civilização, por meio do planejamento urbano e do cuidado com a saúde da população e enquadramento desta nos hábitos da higiene, do trabalho e da disciplina.

Assim há, na absorção do positivismo penal brasileiro, um ecletismo de caráter autoritário: os juristas brasileiros que aderem à "escola positiva" partem da ideia de delito natural de Garofalo e adotam a classificação de Ferri e suas propostas preventivas contra o crime. As consequências das premissas de Garofalo correspondem a um governo essencialmente liberal, que pouco intervém - de um

determinismo extremo desemboca-se no liberalismo de governo; as premissas de Ferri acarretam um Estado extremamente interventor – de um determinismo matizado pelas problemáticas sociais, desemboca-se em uma estatolatria. Os juristas brasileiros não parecem se preocupar com a coerência das premissas e conclusões. Adotam o que há de mais autoritário (e menos liberal) em ambos – cisão da humanidade de Garofalo e a estatolatria de Ferri. Todavia, cabe destacar que a adoção das ideias de Garofalo de maneira integral desemboca em medidas mais draconianas, como a eliminação dos sujeitos ditos anormais – prisão perpétua e pena de morte. A adoção de Ferri (ao menos no âmbito do discurso, porque se sabe que na prática a lógica punitiva brasileira desemboca na eliminação, seja pela violência policial, seja pela exclusão que apenas se intensifica) implica uma tentativa de modificação dos sujeitos (anormais), pela moralização, sobretudo, mais do que eliminação. Por isso os menores passam a ser um foco de preocupação central dos adeptos da criminologia positivista: pois ainda não completamente degenerados, podem, por um processo de intervenção elaborado em tempo, se tonar cidadãos úteis e produtivos.

Para os juristas brasileiros, na verdade, não há contradição entre liberalismo e intervencionismo estatal, ligado e legitimado pelo positivismo penal. Afirmam-se liberais a todo o momento: defendem o princípio da legalidade, são contra o abuso do poder policial, resguardam a liberdade de expressão, de profissão e de culto e ao mesmo tempo assumem a defesa social como o fundamento da pena, a temibilidade como critério de punição, a incorrigibilidade de alguns criminosos.

A dualidade liberal liberdade-ordem refletiu uma dualidade de sujeitos, homens honestosXmalfeitores. Esta dualidade não é própria apenas do positivismo penal, faz parte da cultura penal desde Beccaria e Bentham. O campo de exclusão esteve sempre presente ao lado do espaço sacro. Uma tendência do liberalismo, mais radical, de fato, representou lutas para incluir cada vez mais sujeitos neste campo sacro: mulheres, negros (no século XX e XXI os homossexuais). Não se pode negar o aspecto positivo e as margens de possibilidade de abertura que o liberalismo apresenta, em que pese sua dualidade. O liberalismo conservador, todavia, que prevaleceu no Brasil, conteve as arestas do âmbito sacro criando cada vez mais marcadores da diferença e neste aspecto o pensamento criminológico tornou-se bastante útil, pois partia da premissa de uma humanidade cindida por parâmetros de normalidade construídos pelo saber médico.

Esta combinação liberalismo e positivismo penal que permeia a recepção do pensamento criminológico entre os juristas brasileiros denuncia a própria dualidade liberal, que pressupõe um campo de exclusão. No positivismo penal, o criminoso, como anormal, uma espécie de homem à parte, está fora do espaço sacro da liberdade e, portanto, com relação a ele se aplicam premissas cujas consequências podem ser a afronta aos seus direitos individuais. Assim deve prevalecer a segurança social que age contra os malfeitores e protegem os direitos individuais dos incluídos no espaço sacro. Neste sentido, a defesa social e a defesa dos direitos individuais não são incompatíveis – pois defende-se a sociedade constituída pelos indivíduos que compõem o espaço sacro, enquanto os meios de defesa social aplicam-se àqueles que estão fora, e com relação a estes as garantias individuais podem ser suspensas.

Portanto tratava-se de uma combinação bastante possível, uma vez que o positivismo penal é a exacerbação de um dos aspectos do liberalismo - ordem/segurança - que se intensifica juntamente com a sua crise. Crise que na Europa ocorre muito antes que no Brasil, mas que, sobretudo, nas primeiras décadas do século XX aqui também se passará, com a disseminação das ideias socialistas e anarquistas e o agravamento das questões sociais. Crise que demanda uma intervenção do Estado, que na Primeira República, será marcada por um caráter segregador. Como bem salienta Airtton Seelander:

(...) sob a ordem constitucional democrática, fundada em uma igualdade vedadora de distinções, puderam existir na Primeira República, variados mecanismos jurídicos discriminatórios, tendentes a “pôr os pobres em seu lugar”, social e espacialmente. Alguns desses mecanismos – como a repressão à vadiagem – já estavam plenamente estruturados no plano normativo desde o Antigo Regime, tendo sido somente “adaptados” aos novos tempos. Outros se aperfeiçoaram plenamente no Brasil, no próprio período constitucional republicano, merecendo destaque, aqui, as normas urbanísticas e sanitárias da Primeira República.⁹⁵⁰

Não à toa, neste mesmo período (duas primeiras décadas do século XX, sobretudo) o pensamento criminológico aqui se fortalece, angariando novos adeptos fervorosos como Moniz Sodré, Esmeraldino Bandeira, Candido Motta, Evaristo de Moraes, Lemos Britto e outros mais moderados como Lima Drummond (que embora

⁹⁵⁰ SEELAENDER, A. C. L. Pondo os pobres no seu lugar – igualdade constitucional e intervencionismo segregador na Primeira República. In: COUTINHO, J. N. M.; LIMA, M. M. B. **Diálogos Constitucionais: Direito, Neoliberalismo e Desenvolvimento em Países Periféricos.** Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 24.

não seja aderente aos postulados centrais da “nova escola” como a responsabilidade social e o tipo criminoso, não deixava de defender uma repressão enérgica contra a vagabundagem e partia também da premissa da dualidade criminosos/honestos).

Justificando esta intervenção de viés autoritário, Lemos Britto afirmava: “(...) forçoso é reconhecer que o nosso liberalismo ainda sofre do mal de uma compreensão errônea por demasiada, da liberdade, e exige por isso mesmo corretivos e contrapesos que impeçam o seu desenvolvimento da anarquia”.⁹⁵¹ Estes corretivos e contrapesos podiam ser fornecidos pelo positivismo penal, que em defesa da sociedade, propunha meios de intervenção do Estado na sociedade, para dar conta da questão social (analfabetismo, pauperismo, desigualdade de classe e de sexos) sem, todavia, romper com suas estruturas, como o mesmo Lemos Britto sustenta:

(...) os meios de que se propõem utilizar os reacionários socialistas anarquistas, e os fins a que visam, estão longe de corresponder às necessidades imperiosas das sociedades modernas. É, de fato, grave, complexa, a questão social. Mas os meios e processos a empregar para achar um estádio melhor para as várias classes não são por certo esses, agitando-se o facho vermelho da revolução e da anarquia, são bem outros: instrução, educação democrática, respeito à ordem legal e às liberdades individuais. Que é sociedade organizada? (...) De Greef sustenta que “a sociedade é um organismo cujo equilíbrio, sempre instável, comporta órgãos e funções que a ligam ao passado, e outros que a ligarão ao futuro.”⁹⁵²

Na Primeira República, portanto, ser liberal era também assumir o postulado da defesa social, afinal, tratava-se de uma liberdade assentada na diferença, fundamentada pelo discurso da raça e que se afirma apenas a um espaço sacro delimitado, o qual exclui os criminosos, que tendem a coincidir com os racialmente inferiores, que devem ser segregados para a segurança e defesa da sociedade composta pelos indivíduos que pertencem ao espaço sacro da liberdade.

É importante registrar, todavia, que o processo de inclusão/exclusão na experiência histórica brasileira e de modernização, que acompanha a recepção do pensamento criminológico, quando analisado a partir das camadas e da cultura populares vão demonstrar que, embora nos textos das leis liberais o discurso

⁹⁵¹ BRITTO, L. **Obras Completas**: Assistência a menores - Direito Penal - Ciência e Prática Penitenciárias, v. II, Ministério da Justiça e Negócios Interiores, Serviço de Documentação, 1959, p. 1965, p. 366.

⁹⁵² *Ibidem*, p. 96.

disseminado conformava-se aos moldes europeus, no cotidiano da maior parte da população brasileira construiu-se outras práticas de pertencimento. Assim, a população brasileira, os pobres ou camadas populares, não devem ser vistos como mera massa amorfa e objeto de controle e normalização.

No Brasil, a cultura popular é uma grande fonte para se compreender a relação do povo brasileiro com o coletivo/público, pois extrapola os quadrantes de um modelo burguês-europeu em que esta relação se dá necessariamente incluindo a figura do Estado. No Brasil, grande parte da população não foi incluída por este, não fez parte da grande República, de fato, como vimos. Todavia, esta não deixou de estabelecer outros tipos de relações de pertencimento com o coletivo – outras pequenas repúblicas se constituíam e os cortiços são bastante emblemáticos neste sentido – tipicamente brasileiros, são repúblicas para além dos moldes modernos europeus; um foco não apenas de epidemias, como diziam os sanitaristas, mas também de resistência e busca de um modo de vida para além dos braços de ferro estatais.

Em face da cidade modelo, limpa, higienizada, com grandes avenidas, construída nos padrões da *belle époque*, à la Paris, borbulhava a brasilidade da cultura popular dos cortiços, onde forjaram-se as primeiras identidades coletivas, expressas no carnaval e no futebol.

A valorização da cultura popular como um nicho importante para se resgatar uma visão positiva e a especificidade do povo brasileiro em reação às teorias pessimistas ligadas ao evolucionismo e darwinismo social, bastante em voga na época, segundo Martha Abreu e Carolina Dantas, já começa a aparecer no início do século XX. Defendem que alguns autores do final do XIX e início do XX (como o próprio Silvio Romero, Afonso Arinos, Olavo Bilac, Guilherme de Mello, Francisco Pereira da Costa, Alexina de Magalhães Pinto, Cornélio Pires, Henrique Silva, Coelho Neto),

propuseram uma forma de pensar o Brasil que também fazia parte daquele universo letrado, tanto quanto as afirmações condenatórias baseadas nas teorias raciais. Assim, ofereceram um caminho (...) ao debate sobre o papel dos africanos e seus descendentes na nação, justamente num momento em que estava em jogo o estabelecimento dos critérios de cidadania sob o novo regime, ou seja, a própria definição política da jovem República.⁹⁵³

⁹⁵³ ABREU, M.; DANTAS, C. V. Música Popular, folclore e nação no Brasil, 1890-1920 In: CARVALO, J. M. **Nação e Cidadania no Império**: Novos horizontes. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007, p. 143.

Como afirma Lilia Schwarcz,

(...) uma série de representações acerca do elemento nacional convivia muitas vezes de forma tensa. Se algumas teorias destacavam a apatia e a degeneração dos mestiços, relatos de viajantes e cronistas enalteciam o que designavam como modo de vida puro e caipira, imagem que por sua vez, se contrapunha à dos sanitaristas que, como vimos antes, reconheciam neles um Brasil doente e decaído.⁹⁵⁴

A absorção e recepção do pensamento criminológico, associadas ao discurso liberal, permeou uma lógica de exclusão e uma relação autoritária do Estado com a população. Na redefinição do campo de inclusão/exclusão, esta penetração da criminologia positivista ocorre concomitante a uma grande questão que então ocupava o imaginário republicano, no final do século XIX e início do século XX: “Quem afinal era o povo brasileiro?”

E enquanto a intelectualidade se fazia esta pergunta e em grande parte construía a cidadania oficial do modelo europeu, nas grandes avenidas e boulevards das cidades devidamente reformadas e higienizadas; nos bares, casas de chá, bailes e salões frequentados por uma elite meticulosamente vestida à francesa, em processo de branqueamento garantido pela proteção das sombrinhas rendadas e de cruzamentos arranjados; na leitura dos romances naturalistas que descreviam o homem desde a sua constituição biológica, o povo constituía-se no cotidiano das cidades e dos campos, nas figuras do capoeira, do malandro e do caipira, perante um Estado em que “o governo dos homens” se concretizava na vigilância da polícia, na intervenção dos médicos, no discurso de um direito penal calcado na defesa social e no pessimismo de discursos raciais, devidamente importados e ajustados a uma sociedade mestiça que construía sua identidade a partir de modelos próprios de relações de pertencimento e, portanto, cidadania. Construía-se nos cortiço, onde:

O rumor crescia, condensando-se; o zum-zum de todos os dias acentuava-se; já se destacavam vozes dispersas, mas um só ruído compacto que encha todo cortiço. Começavam a fazer compras na venda; ensarilhavam-se discussões e rezingas; ouviam-se gargalhadas e pragas; já se não falava, gritava-se. Sentia-se naquela fermentação sanguínea, naquela gula viçosa de plantas rasteiras que mergulham os pés vigorosos na lama preta

⁹⁵⁴ SCHWARCZ, L. M. População e sociedade. In: _____. **História do Brasil Nação: 1808-2010. A abertura para o mundo (1889-1930)**, v. 3. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 63-64.

e nutriente da vida, o prazer animal de existir, a triunfante satisfação de respirar sobre a terra.⁹⁵⁵

As muralhas de uma sociedade escravocrata foram derrubadas, mas na República real, a partir de seus blocos de pedras construíram-se novas barreiras sociais – construíam-se dois mundos, dois povos, como denunciava Romero:

O Brasil atravessa uma fase de ilusionismo. Fascinados por um otimismo, barato para quem o exerce e caríssimo para quem o paga, eis que não prestamos o menor cuidado à deplorável miséria em que se debatem nove décimos da população. Panem et circenses... Esses, diga-se entre parênteses, ao menos davam, além da pagodeira, o pão... os de agora dão somente a avenida e ... os desfalques (...) Toma-se, antes de mais nada, o ensinamento de Napoleão III, tipo de monarca bizantino em pleno século XIX: a força, o progresso, o poder, a opulência de um povo andam indissolúvelmente ligados a boulevards e avenidas na Capital. Tem-se logo dupla vantagem: impossibilitam-se as barricadas e fascinam-se as massas com as fachadas deslumbrantes. Inventam-se Haussmans (...).⁹⁵⁶

Não obstante, como constata Lilia Schwarcz,

Nas vizinhanças do projeto modernista republicano sobrevivia e se recriava outro tipo de experiência comunitária. Se a urbanização crescente implicava a exclusão de largos setores da sociedade – que pareciam inadequados diante do novo projeto, - foi a partir das contestações de cunho popular que se manifestou esse outro lado da nação, igualmente verdadeiro.⁹⁵⁷

Tem-se na construção da ideia de povo brasileiro, então, dois processos paralelos e circulantes: do lado da República e da cultura oficial tem-se um processo forçado e artificial de modernizar-se, embranquecer-se, enriquecer-se, higienizar-se, moralizar-se, europeizar-se, em que o cidadão padrão é o branco, trabalhador, de corpo saudável e alma doce e a construção de uma nação cindida em raças e tipos humanos inferiores e superiores, na qual combinam-se liberalismo e positivismo penal, pois em defesa da sociedade de alguns, os direitos individuais de outros devem ser suspensos; de outro a pujança da cultura popular, em que a brasilidade formava-se espontaneamente, misturando as raças, as línguas, os sexos, as religiões, os ritmos, os suores e os sangues – formava-se um coletivo miscigenado e colorido, de alma criativa e corpo calejado e pulsante. Ambos circularam de cima

⁹⁵⁵ AZEVEDO, A. **O cortiço**. Porto Alegre: L&PM, 2001, p. 26.

⁹⁵⁶ ROMERO, S. **Realidades e ilusões no Brasil**: Parlamentarismo e presidencialismo e outros ensaios. Petrópolis: Vozes, 1979, p. 57-60.

⁹⁵⁷ SCHWARCZ, L. M. População e sociedade. In: _____. **História do Brasil Nação: 1808-2010. A abertura para o mundo (1889-1930)**, v. 3. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012, p. 65.

para baixo e de baixo para cima num processo de formação da ideia de povo brasileiro, integrando o imaginário de uma nação que buscava uma identidade nacional e cultural.

O fato de que a absorção do pensamento criminológico ocorre em paralelo a este processo de construção da ideia do povo e do cidadão brasileiro é significativo, pois a importância que adquiriu como discurso, e um discurso que partia de uma premissa de cisão não só da sociedade, mas da própria humanidade, interfere no processo de consolidação de uma identidade nacional que incluía a todos, mesmo considerando as diferenças. Apesar do mito da democracia racial, continuamos, em pleno século XXI, uma sociedade cindida e que funciona pelo desvio da lei, pelo enquadramento da norma e pela dinâmica da hierarquia. Como bem constata Roberto DaMatta:

Tudo leva a crer, então, que as relações entre a nossa modernidade – que se faz certamente sob a égide da ideologia igualitária e individualista – e a nossa moralidade (que parece hierarquizante, complementar e holística) são complexas e tendem a operar num jogo circular. Reforçando-se o eixo da igualdade, nosso esqueleto hierarquizante não desaparece automaticamente, mas reforça e reage, inventando e descobrindo novas formas de manter-se.⁹⁵⁸

⁹⁵⁸ DaMATTA, R. **Carnavais, malandros e heróis**: para uma sociologia do dilema brasileiro. 6 ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997, p. 201.

REFERÊNCIAS

ABREU, M.; DANTAS, C. V. Música Popular, folclore e nação no Brasil, 1890-1920 In: CARVALO, J. M. **Nação e Cidadania no Império**: Novos horizontes. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2007.

ABREU, M. A. **Evolução urbana do Rio de Janeiro**. 4 ed. Rio de Janeiro: IPP, 2011.

ACCATTATIS, V. Introduzione. In: FERRI, E. **Sociologia Criminale**. Milano: Feltrinelli, 1979.

ADORNO, S. **Os aprendizes do poder**: bacharelismo liberal na política brasileira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

AGUIRRE, C. Cárcere e sociedade na América Latina, 1800-1940. In: MAIA, C. N., *et al.* **História das prisões no Brasil** vol. I, Rio de Janeiro: Rocco, 2009.

ALVAREZ, M. C. **Bacharéis, criminologistas e juristas**: saber jurídico e nova escola penal no Brasil. São Paulo: Método, 2003.

ARANHA, J. M. **Preleções de Direito Criminal**. Typografadas por Augusto Moreira Soares, 1906.

ARAÚJO, J. V. **Ensaio de Direito Penal ou repetições escritas sobre o Código Criminal do Império**. Pernambuco: Typografia do jornal do Recife, 1884.

_____. Antropologia Criminal. **Revista O Direito**, v. 17, n. 49, 1889.

_____. **Código Criminal Brasileiro**: Commentario filosófico-científico em relação com a jurisprudência e legislação comparada. Recife: Editor José Nogueira de Souza, 1889.

_____. A reforma das leis criminais. **Revista O Direito**, v.55, 1891.

_____. Projecto de Codigo Penal: Exposição de motivos – Parte Geral. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito de Recife**, 1893.

_____. Il nuovo progetto di Codice Penale Brasiliano. **Scuola Positiva**, 1893.

_____. **O projeto do Código Penal e a Faculdade de São Paulo**. Recife: Pantheon das Artes, 1895.

_____. **Código Penal comentado theorica e praticamente**. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Laemmert & Cia editores, 1897.

_____. **Nova Edição do Codigo Criminal Brasileiro de 1830**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1910.

AZEVEDO, A. **O cortiço**. Porto Alegre: L&PM, 2001.

BANDEIRA, E. **Relatórios dos anos de 1909 e 1910 apresentado ao presidente da Republica dos Estados Unidos do Brazil em abril de 1910**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, p. XXXII, 1910. Disponível em: <http://brazil.crl.edu/bsd/bsd/u1906/000001.html>, acesso em 26/03/2015.

_____. **Estudos de Politica Criminal**. Rio de Janeiro: Typographia Leuzinger, 1912.

_____. Adaptação da Lei Bérenger no Brazil. Discurso e apresentação do respectivo projecto na sessão de 18 de julho de 1906 na Camara dos Deputados Federaes. In:_____. **Estudos de Politica Criminal**. Rio de Janeiro: Typographia Leuzinger, 1912.

_____. Enrico Ferri e a escola positiva de Direito Criminal. In:_____. **Estudos de Politica Criminal**. Rio de Janeiro: Typographia Leuzinger, 1912.

_____. Individualização da Pena. In:_____. **Estudos de Politica Criminal**. Rio de Janeiro: Typographia Leuzinger, 1912.

_____. O Homem Criminoso e a Penitenciária. In:_____. **Estudos de Politica Criminal**. Rio de Janeiro: Typographia Leuzinger, 1912.

_____. O Patronato. In:_____. **Estudos de Politica Criminal**. Rio de Janeiro: Typographia Leuzinger, 1912.

_____. Sentenças Indeterminadas. In:_____. **Estudos de Política Criminal**. Rio de Janeiro: Typographia Leuzinger, 1912.

_____. Succedaneos da prisão. In:_____.**Estudos de Política Criminal**. Rio de Janeiro: Typographia Leuzinger, 1912.

BARBANO, F. Sociologia e Positivismo in Italia: 1850-1919. Un capitolo di sociologia storica. In: PAPA, E. **Il positivismo e la cultura italiana**. Franco Angeli: Milano, 1985.

BARRETO, O. H. T. Concurso de Direito Criminal realizado em 1908 na Faculdade de Direito do Recife. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, v. 25, 1917.

_____. Discurso pronunciado pelo deputado e professor Dr. Octavio Tavares na Camara Federal em novembro de 1924. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife.**, v. 32, p. 453-454, 1924.

BARRETO, T. **Estudos de direito e política**. São Paulo: Instituto Nacional do Livro, 1962.

_____. **Estudos de direito**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2004.

_____. **Menores e Loucos em Direito Criminal**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003.

BASTOS, F. **Breves Lições de Direito Penal**: de conformidade com o programa adoptado na Faculdade Livre de Direito da Bahia. Bahia: Libro-Typographia Almeida, 1906.

BATISTA, V. M. **O medo na cidade do Rio de Janeiro**: dois tempos de uma história. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BECCARIA, C. **Dos delitos e das penas**. 4 ed. São Paulo: Martin Claret, 2011.

BEVILÁQUA, C. **Criminologia e direito**. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1896.

_____. **História da Faculdade de Direito do Recife**. 2. ed. Brasília: INL; Conselho Federal de Cultura, 1977.

BENTHAM, J. **O Panóptico**. (org. Tomaz Tadeu). 2 ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2008.

BISI, R. **Enrico Ferri e gli studi sulla criminalità**. Milano: FrancoAngeli, 2004.

BOBBIO, N. **O positivismo jurídico: lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone Editora, 2006.

BOSI, A. **Dialética da colonização**. São Paulo: Companhia das Letras, 1992.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Annaes da Camara dos Deputados**., v. II. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1896.

BRASIL. **Relatório Geral dos Trabalhos do Primeiro Congresso Juridico Brasileiro**, Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1909.

BRASIL. **Relatório do Ministro da Justiça**. Imprensa Nacional, 1910.

BRITTO, J. G. L. **Os sistemas penitenciários do Brasil**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1924.

BRITTO, L. **Obras Completas: Assistência a menores – Direito Penal – Ciência e Prática Penitenciárias**. v. I. Ministério da Justiça e Negócios Interiores, Serviço de Documentação, 1959.

_____. Problemas de preservação das crianças e adolescentes pobres ou abandonados In:_____ **Obras Completas: Assistência a menores – Direito Penal – Ciência e Prática Penitenciárias**. v. II. Ministério da Justiça e Negócios Interiores, Serviço de Documentação, 1959.

CAMARA, P. Algumas ideias expendidas ao começar o curso do processo criminal na segunda cadeira da quarta serie jurídica. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, v. I, 1891.

_____. Do infanticídio. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, v. XI, 1903.

CANDIDO, A. **A verdade sobre a repressão**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1980.

CANGUILHEM, G. **Ideologia e razionalità nella storia delle scienze della vita: nuovi studi di storia e filosofia delle scienze**. Firenze: La Nuova Italia, 1992.

CARRARA, F. **Programma del corso di diritto criminale**. Parte generale. Lucca: 1871.

CARRILHO, H. **Archivos do Manicômio Judiciário do Rio de Janeiro**. Ano – 1930, n. 2. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional.

CARVALHO, J. M. **Os bestializados: O Rio de Janeiro e a República que não foi**. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

_____. **A formação das almas: imaginário da República no Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

_____. **Pontos e bordados: escritos de história e política**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 1998.

CASTRO, V. **A Nova Escola Penal**. Rio de Janeiro: Domingos de Magalhães, 1894.

_____. **Attentados ao pudor**. Rio de Janeiro: Domingos Magalhães Editor, 1895

_____. **Delitos contra a honra da mulher**. Rio de Janeiro: João Lopes da Cunha Editor, 1897.

_____. **Ensaio Jurídico**. Rio de Janeiro: Laemmert & C., 1892.

_____. **Jurisprudência Criminal: casos julgados, jurisprudência estrangeira, doutrina jurídica**. Rio de Janeiro: Livreiro Editor, 1900.

_____. **Questões de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1900.

CAVALCANTI, F. S., NETO, A.. Da cadeia à Casa de Detenção: a reforma prisional no Recife em meados do século XIX. In: MAIA, C. N., *et al.* **História das prisões no Brasil**, v. II, Rio de Janeiro: Rocco, 2009.

CHAZKEL, A. Uma perigosíssima lição: a Casa de Detenção do Rio de Janeiro na Primeira República. In: MAIA, C. N., *et al.* **História das prisões no Brasil**, v. II, Rio de Janeiro: Rocco, 2009.

CHALHOUB, S. **Visões de Liberdade**: uma história das últimas décadas da escravidão na Corte. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

_____. **Cidade Febril**: cortiços e epidemias na Corte Imperial. São Paulo: Companhia das Letras, 1996

COLAO, F. Le ideologie penalistiche fra Ottocento e Novecento. In: MAZZACANE, A. In: _____. **I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia fra Otto e Novecento**. Napoli: Liguori Editori, 1986.

CORREA, M. **Ilusões da liberdade**: a Escola Nina Rodrigues e a antropologia no Brasil. 2 ed.rev. Bragança Paulista: Editora da Universidade São Francisco, 2001.

COSTA, P. **Il progetto giuridico**. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico, v. I, Milano, 1974.

_____. **Il progetto giuridico**: Da Hobbes a Bentham, v. 1. Milão: Giuffrè, 1975.

_____. Pagina introdutiva (Il principio di legalità: un campo di tensione nella Modernità Penale. **Quaderni Fiorentini**, v. XXXVI, 2007.

_____. Passado: Dilemas e Instrumentos da Historiografia. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, n. 47, 2008.

DALBRENTA, D. V. **La scienza inquieta**: saggio sull'Antropologia Criminale di Cesare Lombroso. Cedam: Padova, 2004.

DaMATTA, R. **Carnavais, malandros e heróis**: para um sociologia do dilema brasileiro. 6 ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

DARWIN, C. **Descendance de l'homme**: et la sélection sexuelle. Paris: C. Reinwald & Cie, 1891.

DIANI, M; TOCQUEVILLE, A.; GOBINEAU, A. **Del Razzismo: Carteggio 1843-1859**. Roma: Donzelli Editore, 1995.

DOMINGUES, P. **Regime Penitenciario**: segundo as Prelecções de Lima Drummond. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos, 1914.

DRUMMOND, J. C. L. **Estudos de Direito Criminal**. Rio de Janeiro: Maemmert & C.- Editores, 1898.

DRUMMOND, P. H. D. **Ciência e Ensino na Cultura Jurídica paranaense**: direito penal e filosofia do direito no curso de ciências jurídicas e sociais da Universidade do Paraná (1913-1953). 286 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, p. 91-92, 2011.

ENGELS, F. **Dialettica della natura**. Roma: Editori Riuniti, 1971.

FAORO, R. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 3 ed. São Paulo: Globo, 2001.

FAUSTO, B. **História do Brasil**. 13 ed. São Paulo: Editora da Uiversidade de São Paulo, 2009.

FERREIRA, G. A nacionalização das elites: o debate institucional da regência. In: MOTTA, C. G. **Os juristas na formação do estado – nação brasileira: séc XVI a 1850**. São Paulo: Quartier Latin, v.1, 2006.

FERREIRA, G. F. P. Da reincidencia no Codigo de 1890. **Revista Academica da Faculdade de Direito do Recife**, v. 16, p. 4, 1908.

_____. A prisão celular é condição sine qua non de um bom systema penitenciário?. **Revista Academica da Faculdade de Direito do Recife**, v. 23, p. 26, 1915.

FERRI, E. **Teoria dell'imputabilità e negazione del libero arbitrio**. Bologna: Nicola Zanichelli, 1881.

_____. Il diritto di punire come funzione sociale, **APA**, v.III, 1882.

_____. Il progetto del Codice di procedura penale – Discorso parlamento (22 maggio 1912) In: _____. **Difesi penali**, v. III, 1886.

_____. **Sociologia Criminale**. 4 ed. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1900.

_____. **Principii di diritto criminale**. Torino: Utet, 1928.

_____. **Sociologia Criminale**. Milano: Feltrinelli, 1979.

_____. Polemica in difesa della scuola criminale positiva. In: _____. **Studi sulla criminalità**. Milano: Franco Angeli, 2004.

FONSECA, R. M. Os juristas e a cultura jurídica brasileira na segunda metade do século XIX. **Quaderni Fiorentini**, n. XXXV, 2006.

_____. Tra mimesi e *Jabuticaba*: recezioni e adattamenti della scienza giuridica europea nel Brasile del XIX secolo. In: SORDI, B. **Storia e diritto: esperienze a confronto**. Milano: Giuffrè Editore, 2012.

_____.(org) **Nova História do Direito Brasileira: ferramentas e artesanias**. Curitiba: Juruá, 2012.

_____. La cultura jurídica brasileira del siglo XIX entre hibridismos y tensiones en la tutela de los derechos: algunas hipótesis de trabajo. **Forum Historiae Luris**, 2014.

_____.; SEELAENDER, A. C. L. (org) **História do direito em perspectiva: do antigo Regime à Modernidade**. Curitiba: Juruá, 2009.

FOUCAULT, M. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Petrópolis: Vozes, 1987.

_____. **Em defesa da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: NAU, 2003.

FREGIER, H.A. **Des classes dangereux de la population et des moyens de les rendre meilleures**, Paris, Baillière, v. 1, 1840.

FREITAS, R. B. A. P. **As razões do Positivismo Penal no Brasil: a dimensão do antigarantismo na doutrina penal brasileira (1884-1936)**, 2002.

FRIFESSI D., GIACANELLI. F, MANGONI. L. (a cura di) **Cesare Lombroso. Delitto, Genio, Follia: Scritti scelti**. Torino: Bollati Boringhieri, 1995.

FRIFESSI D. La scienza della devianza In: FRIFESSI, D. GIACANELLI. F, MANGONI. L. (a cura di). **Cesare Lombroso. Delitto, Genio, Follia: Scritti scelti**. Torino: Bollati Boringhieri, 1995.

GALEANO, D. Identidade cifrada no corpo: o bertillonage e o gabinete antropométrico na polícia do Rio de Janeiro, 1894-1903. **Boletim do Museu Paraense Emilio Goeldi**. v. 7, n. 3, 2012.

GAROFALO, R. **Criminologia: estudo sobre o delicto e a repressão penal**. Trad. 3 ed, v. I. São Paulo: Teixeira & Irmão, 1893.

GIACANELLI, F. Introduzione. In: FRIFESSI D., GIACANELLI. F, MANGONI. L. (a cura di) **Cesare Lombroso. Delitto, Genio, Follia: Scritti scelti**. Torino: Bollati Boringhieri, 1995.

GERVASONI, M. "Cultura della degenerazione" tra socialismo e Criminologia alla fine dell'Ottocento in Italia. **Studi Storici**, v. 38, 1997.

GOBINEAU, A. **Saggio sulla disuguaglianza delle razze umane**. Milano: Rizzoli, 1997.

GROSSI, P. **Primeira Lição sobre direito**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

HAUPT, G. Marx e il marxismo. In: _____. **Storia del marxismo**, v. I. Il marxismo al tempo di Marx. Einaudi: Torino, 1978.

HERSCHMANN, M. M. A arte do operatório: Medicina, naturalismo, positivismo (1900-1937). In: HERSCHMANN, M. M.; PEREIRA, C. A. M. **A Invenção do Brasil Moderno: medicina, educação e engenharia nos anos 20-30**. Rocco, 1994.

IHERING, R. V. **A luta pelo direito**. São Paulo: Centauro, 2003.

JOBIM, J. M. C. **Relatório da Comissão de Salubridade Geral da Sociedade de Medicina do Rio de Janeiro**. Semanário de Saúde Pública, n. 15, 1831.

LACCHÈ, L. **La giustizia per i galantuomini: ordine e libertà nell'Italia liberale: il dibattito sul carcere preventivo (1865-1913)**. Macerata: Facoltà di Giurisprudenza, 1990.

LE BON, G. **Leggi psicologiche della evoluzione dei popoli**. Milano: Casa Editrice Monanni, 1927.

LESSA, P. Há um direito natural? **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito de São Paulo**, v. 2, p. 134, 1894.

_____. O direito no século XIX. **Revista Acadêmica da Faculdade de São Paulo**, v. 8, p. 178-179, 1900.

_____. **O determinismo psychico e a imputabilidade e a responsabilidade criminaes**. São Paulo: Typ. Duprat & C., 1905.

_____. **Estudo de Philosophia do direito**, 2 ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1916.

LIVI, C. Del metodo sperimentale in Freniatria e Medicina Legale. **Revista di Freniatria**, v. I, 1875.

_____. Della monomania in relazione col foro criminale. **Rivista sperimentale di Freniatria**, v. II, 1876.

LOCKE, J. **Saggio sull'intelletto umano** (1689). Torino: UTET, 1971.

LOSURDO, D. **Controistoria del liberalismo**. Roma-Bari: Editora Laterza, 2005.

LUCCHINI, L. Inaugurando il Secondo Cinquantenario della Rivista. **Rivista Penale**, v. LI, p. 11-12, 1925.

LUDWIG, C. **Para uma Filosofia Jurídica da Libertação**: Paradigmas da Filosofia, Filosofia da Libertação e Direito Alternativo. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

MACHADO, A. Código Criminal Brasileiro: Exposição de Motivos do Ante-Projeto da Parte Geral. **Revista Forense**, v. LXXV, 1938.

_____. Em torno do Projecto do Codigo Criminal. **Archivo Judiciario. Jornal do Commercio**, v. XLVII, 1938.

MACHADO NETO, A. L. **História das ideias jurídicas no Brasil**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1969.

MACHADO, R. **Danação da norma**: medicina social e construção da psiquiatria no Brasil. Rio de Janeiro: Edição Graal, 1978.

MALBERBA, J. **Os brancos da lei**: liberalismo, escravidão e mentalidade patriarcal no Império do Brasil Maringá: EDUUEM, 1994.

MALTHUS, R. **Saggio sul principio della popolazione**. v. XI-XII, Torino :Unione Tipografia Editrice:, 1868.

MANGONI, L. Eziologia di una nazione. Introduzione In: FRIFESSI D., GIACANELLI. F, MANGONI. L. (a cura di) **Cesare Lombroso. Delitto, Genio, Follia**: Scritti scelti. Torino: Bollati Boringhieri, 1995.

MARCHETTI, P. Le “Sentinelle del Male”: L’investimento ottocentesca del criminale nemico della società tra naturalismo giuridico e normativismo psichiatrico. **Quaderni Fiorentini**, v. XXVIII, 2009.

MARTONE, L. La difesa dell’ordine: il dibattito parlamentare del 1888 sulla legge di pubblica sicurezza. In: _____. **Giustizia penale e ordine in Italia tra Otto e Novecento**. Napoli: Istituto universitario orientale, 1996.

MARX, K.; ENGELS, F. **Opere complete**. Roma: Editori Riuniti, 1955-89.

MATTOS, I. R. **O Tempo saquarema**. 5 ed. São Paulo: Hucitec, 2004.

MATTOS, H. A Vida Política. In: SCHWARCZ, L. **História do Brasil Nação: 1808-2010. Abertura para o mundo (1889-1930)**, v. 3. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

MAZZACANE, A. **I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia fra Otto e Novecento**. Napoli: Liguori Editori, 1986.

MELOSSI, D.; PAVARINI, M. **Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)**. Rio de Janeiro: Renavan, 2006.

MENEZES, M. V. Escola Corecional do Recife (1909-1929) In MAIA, C. N., *et al.* **História das prisões no Brasil**, v. II. Rio de Janeiro: Rocco, 2009.

MERCADANTE, P.; PAIM, A. **Tobias Barreto na cultura brasileira: uma reavaliação**. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1972.

MILLER, J-A. A máquina panóptica de Jeremy Bentham In: BENTHAM, J. **O Panóptico**. 2 ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2008.

MIRANDA, C. A. C. A fatalidade biológica: a medição dos corpos, de Lombroso aos biotipologistas. In: MAIA, C. N., *et al.* **História das prisões no Brasil**, v. II, Rio de Janeiro: Rocco, 2009.

MONTEIRO, J. P.; MORAES, J. A. L.; SANTOS, B. Parecer da Faculdade de Direito de São Paulo sobre o Projecto 250-1883 substitue Codigo Penal publicado pelo decreto 847 de 11 de outubro de 1890. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, v. 2, 1894.

MORAES, J. A. L. Qual o melhor dos systemas penitenciários conhecidos? **Revista O Direito**, v. XI, p. 484, 1883.

MORSELLI, E. **Semeiotica delle malattie mentali**. Milano: Vallardi, 1885-1889.

MOTTA, C. **Classificação dos criminosos**. Dissertação apresentada para o concurso à vaga de lente substituto da 3ª secção (direito criminal) na Faculdade de São Paulo. São Paulo: Typographia a Vapor Carlos Gerre & Cia, 1897.

_____. Prostituição. Polícia de Costumes. Lenocídio. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**. v. 5, p. 312-315, 1897.

_____. Os menores delinquentes e seu tratamento no estado de São Paulo. **Diário Oficial**, São Paulo, p. 8, 1909.

_____. **Direito Penal**. São Paulo: texto datilografado, 1927.

_____. A mão de obra penal. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, v. 29, p. 238, 1933.

MOTTA, M. B. **Crítica da razão punitiva: o nascimento da prisão no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2011.

NEDER, G. **Discurso Jurídico e Ordem Burguesa no Brasil**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.

NESTOR, O. **Faculdade de Direito do Recife: Traços de sua História**. Recife: Imprensa Industrial, 1931, p. 89-91. *Apud*: VENANCIO FILHO, A. **Das arcadas ao bacharelismo: 150 anos de ensino jurídico no Brasil**. São Paulo: Perspectiva, 2004.

NICASI, S. Il germe della follia. Modelli di malattia mentale nella psichiatria italiana di fine Ottocento. In: ROSSI, P. **L'età del Positivismo**. Bologna: Il Mulino, 1986.

PAIM, A. **A Filosofia da Escola do Recife**. Rio de Janeiro: Saga, 1966.

PASUKANIS, E.B. **A Teoria geral do direito e o Marxismo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.

PEREIRA, J. B. **Da Condição actual dos escravos: especialmente após a promulgação da Lei. n. 3270 de 28 de setembro de 1885**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1887.

_____, *et al.* **Parecer sobre o Projecto do Código Penal**: em discussão na Câmara dos Srs Deputados ao Congresso Nacional. Rio de Janeiro: Typographia do Jornal do Commercio de Rodrigues & Comp., 1897.

_____. Código Penal de 1890: Notas Históricas (partes I-VIII). **Revista de Jurisprudencia**, 1898, 1899.

PETRINI, D. Il sistema di prevenzione personale tra controllo sociale ed emarginazione. In: VIOLANTE, L. **Storia d'Italia Annali 12. La Criminalità**, 1997.

PIFFERI, M. Difendere i confini, superare le frontiere: Le 'zone grigie' della legalità penale tra Otto e Novecento. **Quaderni Fiorentini**, v. XXXVI, 2007.

PIMENTEL, F. M. **Código Penal Brasileiro**: Projecto apresentado ao Governo pelo desembargador Virgílio de Sá Pereira. Belo Horizonte: Imprensa Official do Estado de Minas Gerais, v. LII, 1929.

POGGI, S. Localizzazione Cerebrale e sperimentale psicologica nei rapporti della psichiatria italiana con il dibattito europeo. Alcuni punti di riferimento (1870-1900) In: ROSSI, P. **L'età del Positivismo**. Bologna: Il Mulino, 1986.

PORTIGLIATTI-BARBOS, M. Medicina ed Antropologia Criminale nella Cultura Positivista In: PAPA, E. **Il positivismo e la cultura italiana**. Franco Angeli: Milano, 1985.

PRESTES, S. **Lições de Direito Criminal**: colleccionadas e redigidas por Francisco de Castro Junior. Rio de Janeiro-São Paulo-Recife: Laemmert & C. – Editores, 1897.

QUEIROZ, R. M. R. **A Modernização do Direito Penal Brasileiro**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

REALE, M. **Filosofia em São Paulo**. São Paulo: Conselho Estadual de Cultura. Comissão de Literatura, 1959.

RIBEIRO, L. As modernas legislações penais e a contribuição da Antropologia Criminal. **Arquivo Judiciario publicação quinzenal do Jornal do Commercio**, v. LXIII, 1942.

ROCCO, A. Il problema e il metodo della scienza del diritto penale. **Rivista di diritto e procedura penale**, v. I, parte prima, p. 497-521, 1910. *Apud* SBRICCOLI, M. La penalistica civile: Teorie e Ideologie del diritto Penale nell'Italia Unita In: _____. **Storia del diritto penale e della giustizia**. Milano: Giuffrè Editore, 2009.

RODRIGUES, R. N. **As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil**. Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1894.

ROCHA JÚNIOR, F. A. R. M. **Recursos no Supremo Tribunal de Justiça do império: o liberalismo penal de 1841 a 1871**. Curitiba: Juruá, 2013.

ROMERO, S. Explicações indispensáveis. Vários Escritos In: BARRETO, T. **Obras Completas**. Rio de Janeiro: Pongetti, 1926.

_____. **Realidades e ilusões no Brasil: Parlamentarismo e presidencialismo e outros ensaios**. Petrópolis: Vozes, 1979, p. 57-60.

SÁ, F. **Palestra de 18 de dezembro de 1918**. Exposição dos trabalhos dos menores da Escola Correccional. Recife. Oficinas da Imprensa Oficial, 1919.

SALDANHA, N. **A Escola do Recife**. E ed. São Paulo: Convício, 1985.

SANTUCCI, A. Positivismo e Cultura positivista: Problemi vecchi e nuovi In: ROSSI, P. **L'età del Positivismo**. Bologna: Il Mulino, 1986.

SBRICCOLI, M. Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990) In: VIOLANTE, L. **Storia d'Italia**. Annali 14. Legge Diritto Giustizia. Torino: Giulio Einaudi editore, 1998.

_____. La penalistica civile: Teorie e Ideologie del diritto Penale nell'Italia Unita In: _____ **Storia del diritto penale e della giustizia**. Milano: Giuffrè Editore, 2009.

_____. Beccaria ou l'avènement de l'ordre le philosophe, les juristes et l'émergence de la question pénale. In: _____. **Storia del Diritto Penale e della Giustizia**. Tomo I Scritti editi e inediti (1972-2007). Giufrè Editore, 2009.

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

SCHWARZ, R. **Ao vencedor as batatas: forma literária e processo social nos inícios do romance brasileiro**. São Paulo: Livraria Duas Cidades, 1992.

SCHWARCZ, L. M. **O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil 1870-1930**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

_____. População e Sociedade. In:_____ **História do Brasil Nação: 1808-2010: Abertura para o mundo (1889-1930)**, v. 3. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

SEELAENDER, A. C. L. Pondo os pobres no seu lugar – igualdade constitucional e intervencionismo segregador na Primeira República. In: COUTINHO, J. N. M.; LIMA, M. M. B. **Diálogos Constitucionais: Direito, Neoliberalismo e Desenvolvimento em Países Periféricos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SIEYÈS, E-J. **Écrits politiques**. Paris: Éditions des archives contemporaines, 1985.

SODRÉ, M. **As três escolas penais: clássica, antropológica e crítica** (estudo comparativo). 8 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977.

SONTAG, R. **Código Criminológico?** Ciência Jurídica e Codificação penal no Brasil (1888-1899). Rio de Janeiro: Revan, 2014.

_____. A escola positiva italiana no Brasil entre o final do século XIX e início do século XX: a problemática questão da “influência” In:_____ **Derecho en movimiento: personas, derechos y derecho en la dinámica global**. Madrid. Editorial Dykinson, 2015.

SPAVENTA, S. **La Giustizia nell’Amministrazione**. Discorsi Parlamentari di Silvio Spaventa. Roma: Tipografia della Camera dei Deputati, 1913.

SPENCER, H. **Introduzione allo studio della sociologia**. 2 ed. Milano: Fratelli Dumolard, 1887.

STRONATI, M. Il brigante tra Antropologia e Ordine Giuridico: alle origini di un’icona dell’uomo criminale nel XIX secolo. **Quaderini Fiorentini**, v. XXXVII, 2009.

TANZI, E.; RIVA, G. La paranoia. Contributo alla teoria delle degenerazioni psichiche. **Revista sperimentale di Frenatria**, v. X (1884); XI (1885); XII (1886).

TORRES, J. R. **A ordem e a fera: o fenômeno jurídico no pensamento de Clovis Bevilacqua**. 176 p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013.

VENANCIO FILHO, A. **Das arcadas ao bacharelismo: 150 anos de ensino jurídico no Brasil**. São Paulo: Perspectiva, 2004.

VIANNA, P. D. **Direito Criminal**: segundo as preleções professadas pelo Dr. Lima Drummond na Faculdade livre de Sciencias Juridicas e Sociaes do Rio de Janeiro. 2 ed. Rio de Janeiro: F. Briguiet e Cia, 1915.

VIEIRA, U. F. O criminoso e a repressão penal. **Paraná Judiciário**, v. IX, n. V, 1929.

VILLA, R. **I deviante e suoi segni**: Lombroso e la nascita dell'antropologia criminale. Milano: Franco Angeli, 1985.

ZAFFARONI, R. *et al.* **Direito Penal Brasileiro**: Teoria Geral do Direito Penal. 4 ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2003.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

ALVAREZ, M. C. **O homem delinquente e o social naturalizado**: apontamentos para uma história da criminologia no Brasil. Disponível em www.nevusp.org/portugues/index2.php?option=com. Acesso em: 18/03/2011.

ANTUNES, J. L. F. **Medicina, leis e moral**: pensamentos médico e comportamento no Brasil (1870-1930). São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1999.

AZEVEDO, C. M. M. **Onda negra, medo branco: o negro no imaginário das elites do século XIX**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BANTON, M. **A idéia de raça**. São Paulo: Livraria Martins Fontes, 1979.

BARBINI, V. **Tra sapere e potere**. Bologna: Il Mulino, 1982.

BOLLONE, P. L. B. **Cesare Lombroso**: ovvero il principio dell'irresponsabilità. Torno: Società Editrice Internazionale, 1992.

BULFERETTI, L. Positivismo ed Evoluzionismo nell'Ideologia Socialista. In: PAPA, E. **Il positivismo e la cultura italiana**. Franco Angeli: Milano, 1985.

BRITTO, L. **Da profilaxia da criminalidade entre os menores**. Bahia; Imprensa Oficial do Estado, 1916.

_____. **Da deformação do caráter das crianças pelo cinematógrafo**. Bahia: Imprensa Oficial do Estado, 1916.

_____. **Um problema gravíssimo**: colônias correcionais e tribunais para menores. Bahia: Imprensa Oficial do Estado, 1916.

CALMON, P. **História da Faculdade Nacional de Direito: 1891-1920**. Rio de Janeiro: A. Coelho Branco F. Editor, 1945.

CARMIGNANI, G. **Teoria delle leggi e della sicurezza sociale**. Pisa: Fratelli Nistri e Cc., 1832.

CARVALHO, J. M. Quem transgride o quê? In: CARDOSO, F. H.; MOREIRA, M. M. **Cultura das Transgressões no Brasil: Lições da História**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CHEVALIER, L. **Classi lavoratrici e classi pericolose**: Parigi nella rivoluzione industriale. Roma-Bari: Laterza, 1976.

COLAJANNI, N. **La sociologia criminale**, v. II. Catanea: Tropea, 1889.

CONTI, U. **Diritto penale e suoi limite naturali**: concetto della pericolosità criminale. Cagliari: Dessì, 1912.

COSTA, P. **Civitas**: Storia della cittadinanza in Europa. 3 La Civiltà Liberale. Bari: Editori Laterza, 2001.

_____. Pagina Introduttiva. I diritti dei nemici: un ossimoro? **Quaderni Fiorentini**, v. XXXVIII, 2009.

_____. La giuspublicistica dell'Italia Unita: il paradigma disciplinare. In: SCHIAVONE, A. **Stato e Cultura Giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica**. Roma: Editori Laterza, 1990.

_____. Histoire, théorie et histoire de théories. In: HERRERA, C. M.; PILLOUER, A. L. **Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle?**, Paris: Kimé, 2012, p. 19-56.

_____. In search of legal texts: Which texts for which historian? In: MICHALSEN, D. **Reading Past Legal Texts**. Oslo: Unipax, 2006, p. 158-181.

COSTA, J. F. **Ordem médica e norma familiar**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1989.

DaMATTA, R. **O que faz o Brasil, Brasil**. Rio de Janeiro: Rocco, 1986.

DARMON, P. **Médicos e Assassinos na Belle Époque**: a medicalização do crime. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

DARWIN, C. **A origem das espécies**. São Paulo: Martin Claret, 2004.

DE-SARLO, F. L'attività psichica inconsciente in patologia mentale. **Rivista sperimentale di Freniatria**, v. XVII, 1891.

DUARTE, E. C. P. **Criminologia e racismo**. Curitiba: Juruá, 2002.

DUMONT, L. **Homo Hierarchicus: O Sistema de Castas e Suas Implicações**.. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1992.

EGÍDIO, P. **Do conceito científico das leis sociológicas**. São Paulo: Ribeiro, 1898.

_____. **Estudos de sociologia Criminal: do conceito geral de crime segundo método contemporâneo**. São Paulo: Tipografia e Edição da Casa Eclética, 1900.

FERRI, E. **Battaglie parlamentari – Una campagna ostruzionista**. Milano: Società Editrice Lombarda, 1899.

_____. La giustizia nel XX secolo – Conferenza al Circolo Giuridico di Roma (28 gennaio 1912). In: _____. **Difese Penali**, v. III. Torino: Utet, 1925.

_____. **Difese penali**, v. I, Torino: Utet, 1925.

_____. In difesa di Tulio Murri – (Corte d'assise di Torino – 20 giugno 1905) In: _____. **Difese penali**, v. II. Torino: Utet, 1925.

FERRI, E. **L'omicidio-suicidio**. Bocca: Roma-Torino-Firenze, 1884.

_____. Delitti e delinquente nella scienza e nella vita – (Conferenze tenute all'Università di Bologna 22 e 23 marzo 1889) In _____. **Studi sulla criminalità**. Torino : Utet, 1926.

_____. **Teoria dell'imputabilità e negazione del libero arbitrio**. Bologna: Nicola Zanichelli, 1881.

FONSECA, R. M. **Introdução teórica à história do direito**. Curitiba: Juruá, 2009.

FOUCAULT, M. **As palavras e as coisas**: uma arqueologia das ciências humanas. 8 ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. **Os anormais**: Curso no Collège de France (1974-1975). São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FREIRE, G. **Casa grande e senzala**. 12 ed. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 1963.

GIBSON, M. **Nati per il crimine**: Cesare Lombroso e le origine della criminologia biologica. Milano, 2004.

GROSSI, P. **Mitologias Jurídicas da modernidade**. 2 ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

HAECKEL, E. **I problemi dell'Universo**. Torino: Unione Tipografica Editore, 1904.

_____. **A origem do homem**. São Paulo: Global Ed., 1982.

HESPANHA, A. M. **História das instituições**: épocas medieval e moderna. Coimbra: Almedina, 1982.

_____. **Cultura jurídica européia**: síntese de um milênio. 3.ed. Sintra: Publicações Europa-América, 2003.

HOLANDA, S. B. **Raízes do Brasil**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

KARASCH, M. C. **A vida dos escravos no Rio de Janeiro**: (1808-1850). São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

KOERNER, A. **Judiciário e cidadania na constituição da República brasileira**. São Paulo: Editora Hucitec, 1998.

LEAL, A. **Germens do Crime**. Bahia: Magalhães, 1896.

LISZT, F. V. **Tratado de Direito Penal Alemão**. Campinas: Russell, 2003.

_____. **O Brazil na legislação penal comparada:** direito criminal dos estados extra europeus. Rio de Janeiro : Imprensa Nacional, 1911.

LIVI, C. Del metodo sperimentale en Freniatria e Medicina Legale. **Rivista sperimentale di Freniatria**, v. I, 1875.

LOMBROSO,C. Le nuove conquiste della psichiatria. **Rivista di filosofia scientifica**, 1887.

_____. **L'uomo bianco e l'uomo di colore.** Padova: Sacchetto, 1871.

_____. **Troppo presto:** Appunti al nuovo Progetto di Codice Penale. Torino: Bocca, 1889.

_____. **O homem delinqüente.** São Paulo: Ícone, 2007.

_____. **L'antropologie criminelle et sés récents progrès.** 3 ed. Paris: Félix Alcan, 1896.

_____. **Le crime, causes et remédes.** 2 ed. Paris: Félix Alcan, 1907.

LOPES, J. R. L. **O direito na história:** lições introdutórias. São Paulo: Max Limonad, 2002.

LOPES, L. F. A circularidade da Cultura Jurídica: Notas sobre o conceito e sobre o método. In: FONSECA, R. M. **A nova História Brasileira do Direito:** ferramentas e artesanias.. Curitiba: Juruá, 2012.

LOWY, M. **As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Munchhausen:** marxismo e o positivismo na sociologia do conhecimento. 5 ed. São Paulo: Cotez, 1994.

MACEDO SOARES, O. **Código Penal da Republica dos Estados Unidos do Brasil.** 5. ed. Rio de Janeiro: Livraria H. Garnier, 1907.

MACHADO, A. Discurso proferido na sessão de instalação. **Arquivos da sociedade de Medicina Legal e Criminologia**, v. I, n. 1, p. 13-17, 1922.

MARCHETTI, P. Le 'sentinelle del male. L'invenzione ottocentesca del criminale nemico della società tra Naturalismo giuridico e normativismo psichiatrico. In: **Quaderni Fiorentini**, v. XXXVIII, 2009.

MORAES, E. **Prisões e instituições penitenciárias no Brazil**. Rio de Janeiro: Livraria Editora Conselheiro Cândido de Oliveira, 1925.

_____. **Problemas de Direito Penal e de Psychologia Criminal**. 2 ed. Rio de Janeiro: Pimenta de Mello e Cia Editores, 1937.

_____. **Criminalidade da infância e da Adolescência**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos Editor, 1916.

_____. A luta pela vida do juízo dos menores. **Revista Forense**, p. 231-234, 1938.

_____. **Ensaio de pathologia social : vagabundagem, alcoolismo, prostituição, lenocínio**. Rio de Janeiro : Leite Ribeiro, 1921.

_____. **Estudos de Direito Criminal (trabalhos forenses e decisões judiciárias)**. Rio de Janeiro: Livraria Clássica de Alves e Cia, 18998.

_____. **Enrico Ferri**: algumas notas ligeiras acerca de sua vida e da sua obra. Rio de Janeiro: Papelaria e Tipografia Vilas Boas, 1910.

_____. Primeiros adeptos e simpatizantes, no Brasil, da chamada 'escola penal positiva'. **Archivo Judiciário**, v. LI, n. 2, 1939.

_____. **Reminiscências de uma rábula criminalista**. Rio de Janeiro: Leite Ribeiro, 1922.

_____. **O testemunho perante a justiça penal**: ensaio de psychologia judiciária. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1939.

_____. Tobias Barreto, primeiro crítico de Cesar Lombroso no Brasil. **Revista de Direito Penal**, v. XXV, n. II e III, p. 141-148, 1939.

MORSELLI, E.; TAMBURINI, A. Delle degenerazioni fisiche e morali dell'uomo. Idiotti, Fisiologia. **Rivista sperimentali di Freniatria**, v. II, 1876.

MORSELLI, E. Contributo allo studio sperimentale delle degenerazione fisiche e morali dell'uomo. I idioti. **Rivista Sperimentale di Freniatria**, v. I, 1875.

_____. Il suicidio nel delinquente. Studio statistico e medico-legale. In: **Rivista sperimentale di Freniatria**, v. I, 1875.

_____. Darwinismo ed Evoluzionismo In:_____. **Carlo Darwin e il Darwinismo nelle scienze biologiche e sociale**. Fratelli Dumolard: Milano, 1892.

_____. **Il Suicidio**: saggio di statistica morale comparata. Milano: Fratelli Dumolard, 1879.

NEJROTTI, M. Le influenze positiviste nella 'Giustizia' di Reggio Emilia (1886-1904). In: ROSSI, P. **L'età del Positivismo**. Bologna: Il Mulino, 1986.

NICEFORO, A. **Criminologia**: dinamica del delitto e classificazione dei delinquente. Milano: Fratelli Bocca, 1954.

_____. L'Italia barbara contemporanea. Milano-Palermo: Remo Sandron Editore, 1898.

NORDAU, M. **Degenerazione**. 2 ed. Torino: Fratelli Bocca Editori, 1896.

OLMO, R. **A América Latina e sua criminologia**. Rio de Janeiro: Revan: ICC, 2004.

PANCALI, G. **Darwin in Italia**. Bologna: Il Mulino, 1983.

PAPA, E. Criminologia e scienze sociale nel dibattito europeo sulla "Scuola Italiana di Antropologia Criminale (1876-1900). In:_____. **Il positivismo e la cultura italiana**. Milano: Franco Angeli, 1985.

PASCAL. B. **Pensieri**. Torino: Einaudi, 1980, p. 168.

PEIXOTO, A. **Criminologia**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1953.

_____. **Psico-patologia forense**. Rio de Janeiro: Francisco Alvez, 1916.

_____. Direito novo. **Arquivos da sociedade de medicina legal e Criminologia de São Paulo**, v. III, n. 1, p. 3-7, 1931.

PETIT, C. L. Presencias europeas en la modern criminal science americana. **Quaderni fiorentini**, v. XXXVI, 2007.

PETRINI, D. Il sistema di prevenzione personale tra controllo sociale ed emarginazione. In: VIOLANTE, L. **Storia d'Italia Annali I2. La Criminalità**, 1997.

POGGI, S. Localizzazione Cerebrale e sperimentale psicologica nei rapporti della psichiatria italiana come il dibattito europeo. Alcuni punti di riferimento (1870-1900). In: ROSSI, P. **L'età del Positivismo**. Bologna: Il Mulino, 1986.

RE, L. **Liberalismo Coloniale di Tocqueville**. Torino: Giappichelli, 2012.

RIBEIRO, C. A. C. **Cor e criminalidade: estudo e análise da Justiça do Rio de Janeiro (1900-1930)**. Rio de Janeiro: UFRJ, 1995.

_____. Clássicos e positivistas no moderno direito penal brasileiro: uma interpretação sociológica. In: HERSCHMANN, M.M.; PEREIRA, C. A. M. **A invenção do Brasil Moderno: medicina, educação e engenharia nos anos 20-30**. Rio de Janeiro: Rocco, p. 130-146, 1994.

RIBEIRO, L. **O novo código penal e a medicina legal**. Rio de Janeiro: Jacintho Editora, 1942.

_____. **Afranio Peixoto**. Rio de Janeiro : Conde, 1950.

_____. **As modernas legislações penais e a contribuição da antropologia criminal: réplica ao sr. Nelson Hungria**. Rio de Janeiro : Jornal do Commercio, 1942.

RIBEIRO, D. **Os brasileiros: Livro I – Teoria do Brasil**. 7 ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1983.

ROCCO, A. Le misure di sicurezza e gli altri mezzi di tutela giuridica. **Rivista di diritto penitenziario**, v. IX, 1930.

RODRIGUES, R. N. **Os africanos no Brasil**. São Paulo: Madras, 2008.

ROMERO, S. **História da literatura brasileira**, v. I. Rio de Janeiro: José Olympio, 1943.

RUSCHE, G.; KIRCHHEIMER, O. **Punição e Estrutura Social**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 1999.

RUSSO, V. Filosofia e Psicologia nell'attività psichiatrica di Francesco de Sarlo. In: ROSSI, P. **L'età del Positivismo**. Bologna: Il Mulino, 1986.

SANTORO, E. **Carcere e società liberale**. Torino: G. Giapichelli, 2004.

SBRICCOLI, M. Il diritto penale sociale. **Quaderni Fiorentini**, 1974-1975.

SERGI, G. **Degenerazioni umane**. Milano: Fratelli Dumolard Editoti, 1889.

SIQUEIRA, G. **Direito Penal Brasileiro**: segundo o Código Penal mandado executar pelo Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890, e leis que o modificaram ou completaram, elucidados pela doutrina e jurisprudência, v. I. Brasília: Senado Federal, 2003.

SKIDMORE, T. **Preto no branco**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1976

SOUZA, R. L. **Identidade Nacional e modernidade brasileira**: o diálogo entre Silvio Romero, Euclides da Cunha, Câmara Cascudo e Gilberto Freyre. Belo Horizonte: Autêntica, 2007.

TAGUIEFF, A. **La forza del pregiudizio**: Saggio sul razzismo e sull'antirazzismo. Torino: Il Mulino, 1994.

TARDE, G. **Études de psychologie sociale**. Paris: v. Giard & E. Brière, 1898.

_____. **La criminalité compare.** 8 ed. Paris: Félix Alcan, 1924.

_____. **La philosophie pénale.** 4 ed. Paris: A. Maloine, 1903.

TURATTI, F. **I Cimiteri dei Vivi:** discorso sul bilancio degli interni pronunciato alla camera dei deputati 18 marzo 1904. Roma: Tipografia della Camera dei Deputati, 1904.

VIALE, R. **Medicina e Positivismo.** In: PAPA, E.. **Il positivismo e la cultura italiana.** Milano: Franco Angeli, 1985.

VIRCHOW, R. **Vecchio e nuovo vitalismo.** Bari: Laterza, 1969.

WOLKMER, A. C. **História do Direito no Brasil.** Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ZAFFARONI, E. R. **Criminologia:** aproximación desde una margen. Bogotá: Temis, 1988.

_____, *et al.* **O inimigo no Direito Penal.** Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ANEXOS

ANEXO 1 – INSTITUIÇÕES E LEGISLAÇÃO DO PERÍODO	4233
ANEXO 2 – PROGRAMAS DE DIREITO CRIMINAL	4288

ANEXO 1 – INSTITUIÇÕES E LEGISLAÇÃO DO PERÍODO

INSTITUIÇÕES IMPORTANTES

- 1850 – construção da Casa de Correção – construída segundo o modelo Ausburn;
- 1869 – Luiz Vianna de Almeida Valle – diretor da Casa de Correção Rio de Janeiro;
- Primeiro diretor da Casa de Correção após a República – Alfredo Alves de Carvalho
- 1890; 1891 – Aurelino Pedro de Faria; 1900 novo Regulamento da Casa de Correção;
- 1852 - Hospício Pedro II (Primeiro Hospital Psiquiátrico do Brasil); na República passaria a se chamar Hospício Nacional de Alienados e em 1911, Hospital Nacional de Alienados;
- 1854 - Albergaria (Santa Luzia)-
- Instituto de Menores Artesãos (fevereiro de 1861) – criado a partir da Casa de detenção, ligada à Casa de Correção (em 1865 foi abolida por Nabuco de Araújo – então Ministro da Justiça); (Proteção de menores desde a chegada de Dom João será feita por meio do Arsenal de Guerra, Marinha; a partir de 1858 começa uma atuação civil);
- 1869 – Instituições de Educandos Artífices em São Paulo (criado pela lei 26 de julho de 1869).
- 1874 – criação de um Asilo (São João de Deus) para loucos na Bahia (antes alojados em um hospital, depois nos porões do edifício que se transformou na faculdade);
- 1874 – Asylo de Menores desvalidos;
- 1879 - Asilo de Mendicidade;
- 1881- é criada na Faculdade de Medicina na Bahia a cadeira de psiquiatria;
- 1890 - é criada a Assistência Médica e Legal dos Alienados;
- 1892 – fundação da Associação Antropológica e de Assistência Criminal (diretores Candido Mendes de Almeida, Bartolomeu Portela e Souza Gomes);
- 1893 – inauguração do Serviço de Identificação na capital de Minas;
- 1894 – Rio de Janeiro – Serviço de Identificação pela Bertillonagem

- 1895 – em São Paulo serviço de identificação pelo método antropométrico;
- 1896 – Em Porto Alegre (médico legista Sebastião Leão – também fazia estudos de antropologia criminal por meio de medições em detidos);
- 1900 – tentativas de instalação de uma Escola Correccional na Bahia, em Porto Bonfim;
- 1902 – Serviço de Identificação passa a se chamar Gabinete de Identificação e Estatística (Distrito Federal) – adoção do método Juan Vucetich;
- 1902 - Escola 15 de Novembro (para menores);
- 1902 – em São Paulo – Instituto Disciplinar (para menores) da infância pobre e desamparada (projeto Candido Motta; Paulo Egydio Senador);
- 1903 - Colônia Correccional de Dois Rios (Ilha Grande) durante a gestão do Ministro da Justiça José Joaquim Seabra (destinada a mendigos, vagabundos, capoeiras, ébrios, menores ociosos...); (Decreto 4753 28/11/1903); na gestão deste ministro ocorre a Revolta da Vacina;
- 1911 – Faculdade de Medicina em São Paulo;
- 1911 - Hospital Nacional de Alienados (Rio de Janeiro) - havia anexo uma seção para menores;
- 1912 – Escola de Polícia no Distrito Federal (com a disciplina História Natural dos Malfeitores)
- 1914- Instituto de Regeneração em São Paulo (remodelação da penitenciária)
- 1921 - criação da Sociedade de Medicina Legal e Criminologia de São Paulo, 1921 – Oscar Freire, Alcântara Machado, Franco da Rocha; criação de laboratórios de antropologia criminal da polícia e da penitenciária do Estado.
- 1920 – Penitenciária do Estado de São Paulo;
- 1923 – Fundação da Liga Brasileira de Higiene Mental (Gustavo Riedel);
- 1926 – inauguração da Escola João Luiz Alves (o decreto é de 1925);
- 1927 – Hospício do Juqueri em São Paulo – projeto de Alcântara Machado;
- 1930 – Departamento Nacional de Saúde (agrupa em termos nacionais os dispositivos institucionais psiquiátricos no Brasil);
- 1931 – Comissão Central Brasileira de Eugenia (Renato Kehl);
- 1932 – criação do Laboratório de Antropologia Criminal no Instituto de Identificação do Rio de Janeiro;

LEGISLAÇÕES IMPORTANTES

- Lei de 1 de outubro de 1828 em seu artigo 56 – reorganiza as Câmaras Municipais do Brasil – determina comissões para visitas em prisões;
- 1830 - Código Criminal do Império
- Ato adicional, número IX artigo 10 (reformas constitucionais) 1834 – competência das Assembleias provinciais para legislar sobre prisão;
- Regulamento 120, 31/1 1842 – normas gerais de inspeção em todo o Império;
- A pena de morte já não era aplicada no Brasil desde 1855;
- Decreto 2745/1861 - Instituto de Menores Artesãos (fevereiro de 1861);
- 1866 – Lei 3310 de 15 de outubro – revogou as penas de açoites para os escravos;
- 1868 – nomeação do médico Luiz Vianna de Almeida Valle como diretor da Casa de Correção – tratava o criminoso como enfermo;
- Decreto 774 de 20 de setembro de 1890 – aboliu a pena de galés e as prisões perpétuas
- 1890 – Código Penal: aboliu a pena de morte, mas esta já não era aplicada desde 1855; também extinguiu a pena de galés;
- 1892 – edição do Código Sanitário;
- 1893 – Decreto 145, 12 de julho (prevê criação de colônias para vagabundos e menores viciosos e os define);
- 1893 – Paulo Egídio propõe ao Senado projeto para criação de um Asilo Industrial de São Paulo (voltada ao amparo das crianças abandonadas); Este projeto fica estagnado e alguns anos depois Candido Motta apresenta um projeto para a criação de um Instituto disciplinar, nos moldes do projeto de Asilo Industrial de Egídio;
- 1893 – Decreto de 13 de outubro – trata sobre vagabundagem de menores;
- 1896 - projeto de Paulo Egídio para reforma penitenciária (casas de prisão preventiva e carcerária – tal projeto não foi aprovado);
- 1900 - Decreto 3640 – reorganiza a Polícia do Distrito Federal – novo regulamento do Gabinete de Identificação;
- 1900 - novo Regulamento da Casa de Correção – Decreto 3647; 13 de outubro de 1910 – novo Regulamento;

- Lei 947/1902 – sobre vagabundagem de menores;
- 1902 – Lopes Trovão apresenta no Senado Projeto para menores;
- 1903 – Decreto 1132 de assistência aos alienados – menciona a criação dos manicômios judiciários;
- 1906 - novo Decreto 1631 – modificou o regulamento do Gabinete de Identificação;
- De 1911-1915 – Elyzio de Carvalho – diretor do Gabinete de Identificação;
- Decreto 16039/1923 – regulamenta o gabinete tornando-o repartição autônoma (subordinada ao Ministério da Justiça)
- 1903 - Decreto 4753 28/11/1903 – Colônia Correccional de Dois Rios
- 1907 - Decreto 1631, 3 de janeiro de 1907 – reorganização dos serviços policiais no Distrito Federal;
- Decreto 6440, 30 de março 1907 – destaque para os exames periciais (Título VII do decreto – Serviço Médico Legal – marcado pelo cientificismo, prevê a criação do Boletim Policial);
- 1907 – início do serviço de identificação civil;
- 1910 – Regulamento do Patronato Oficial dos Liberados ou Egressos definitivos – Decreto 8233, 22 de setembro (elaborado por Lima Drummond e de iniciativa de Esmeraldino Bandeira);
- 1912 – Seção de Identificação da Polícia de São Paulo;
- Lei Afrânio Peixoto – regulamenta o “Serviço Médico-Legal de autópsias no Rio de Janeiro” (gerou disputa entre os médicos da faculdade e funcionários da Secretaria de Segurança Pública);
- 1913 - Lei 25 de setembro de 1915 – sobre crimes contra a segurança da honra e honestidade das famílias;
- 1923 - Decreto 16037 de 14 de maio de 1923 – Escola de Preservação 15 de Novembro (em Quintino Bocaiúva); nela foi criado por Leonídio Ribeiro um Instituto de Biologia Infantil;
- 1923 - Decreto 16272, 20 de dezembro de 1923 – Regulamento da Assistência e Proteção aos menores abandonados e delinquentes – artigo 74 determina a escola de reforma anexa à Escola 15 de Novembro – Pavilhão Anchieta;
- 1924 – Livramento condicional – Decreto 16665 de 6 de novembro de 1924;
- 1924 – Decreto 16588 – estabelece o Sursis para os adultos;

- 1925 – Decreto 4983 – A 30 de dezembro de 1925 - Instalação da Escola de Reforma no Galeão, na Ilha do Governador (onde funcionou a Colônia dos Alienados);
- 1925 - Decreto 17171 30 de dezembro de 1925 – Escola João Luiz Alves;
- 1926 - Projeto de Lei de Afrânio Peixoto 1926 sobre a assistência aos alienados (passaram a se chamar psicopatas);
- 1927 - Decreto 17943 – A – cria um juízo privativo para menores abandonados e delinquentes no Distrito Federal;
- 1927 – Código de Menores (Consolidação das leis dos menores);
- 1928 - Projeto do Código Penal do desembargador Virgílio de Sá Pereira;
- 1931 – criado por Decreto-lei a Assistência a Psicopatas de Recife – Arquivos (Ulisses Pernambuco e Gilberto Freyre – Ulisses Pernambuco reivindicava a implantação do manicômio judiciário – ele é indicado por Freire como continuador da Antropologia Aplicada);
- 1932 - Consolidação das leis penais aprovadas e adotada pelo Decreto 22213 de 14 de dezembro de 1932;
- 1933 - Leonídio Ribeiro transforma o departamento de polícia em Instituto de Identificação (RJ) e Laboratório de Antropologia Criminal;
- 1935 – Projeto de Código Penal (Evaristo de Moraes, Virgilio de Sá Pereira, Mario Bulhões).

ANEXO 2 – PROGRAMAS DE DIREITO CRIMINAL

FACULDADE DE DIREITO DE SÃO PAULO

1891/1892/1893 – Joaquim Moraes – comenta a responsabilidade a partir do livre arbítrio e determinismo; a partir da escola positiva; princípios fundamentais da penalidade perante a escola positiva;

1894/1895 – Joaquim Moraes – comparação do Código de 1830 e 1890. No que se refere à responsabilidade não há mais análise específica da escola positiva;

1896 – Herculano de Freitas – sobre o regime penitenciário – afirma que o tratamento dos presos, segundo a sua cultura moral e intelectual não ofende o princípio constitucional da igualdade e são úteis para o restabelecimento do caráter do delinquente; entende que pela diversidade do clima e do temperamento da população no Brasil é útil a experiência de diferentes sistemas penitenciários; é incompatível com a índole do brasileiro e, portanto, cruel o regime de isolamento e reclusão absoluta; sendo pena instituída para defesa social é preferível eliminação dos criminosos à aplicação de um regime penitenciário excessivo.

1896/1897/1899 – Severino Prestes – Afirma a necessidade do estudo da Sociologia Criminal. Há toda uma seção dedicada à sociologia criminal: determinismo para a definição da responsabilidade; classificação dos criminosos; fatores do crime (antropológicos, sociais, físicos); penalidade (meios preventivos, reparadores, repressivos, eliminadores) e a influência da antropologia e estatística criminal para as leis penais.

1898 – Candido Motta (Direito Criminal e Regime Penitenciário) – seção delito natural e delito político; definição de delito, de juristas, vaga; segundo os sociologistas, considerando o método; senso moral; análise dos instintos que o formam; sobre o regime penitenciário analisa os diferentes sistemas, tipos de penas (de morte, trabalho forçado, prisão celular, penas indeterminadas, tratamento dos criminosos alienados, a criminalidade infantil e instituições preventivas...);

1899 – Manoel Escorel – apenas trabalha com tipos de crimes em espécie;

1900 – Herculano de Freitas – analisa crimes em espécie (crimes políticos e praticados por autoridades públicas); Regime Penitenciário: semelhante ao de 1896, sem a última observação);

1900/1903 – Manoel Scorel – sobre o conceito de crime segundo a escola clássica e a escola positiva;

1903/1905 – José Mariano Aranha – nenhuma referência explícita à escola positiva;

1904/1905/1906 – Manoel Scorel – nenhuma referência explícita à escola positiva;

1906 – José Mariano Aranha – nenhuma referência explícita à escola positiva;

1907 – José Mariano Aranha – nenhuma referência explícita à escola positiva;

1907 – Manoel Scorel – ponto 18. Escola clássica e escola positiva;

1908/1910 – José Mariano Aranha – nenhuma referência explícita à escola positiva;

1909/1911 – José Mariano Aranha – nenhuma referência explícita à escola positiva;

1909/1910/1911/1912 – Candido Motta – análise da criminologia de acordo com a escola italiana, sobretudo, anterior à do direito criminal;

1912/1915 – Luiz Barbosa da Gama Cerqueira – nenhuma referência explícita à escola positiva;

1913 – Luiz Barbosa da Gama Cerqueira – nenhuma referência explícita à escola positiva;

1913/1914/1915 – Raphael Correa de Sampaio – reproduz o programa de Candido Motta essencialmente positivista;

1914 – Raphael Correa de Sampaio (para a turma do 3 ano) – programa igual ao de José Aranha 1911 - nenhuma referência explícita à escola positiva;

1916 – Candido Motta – programa diferente – crimes em espécie;

1916 – Luiz Barbosa da Gama Cerqueira – faz uma análise da evolução histórica do direito penal (Puglia); menciona a escola positiva e a terza escola; do crime como fenômeno social e jurídico; quando analisa a imputabilidade traz elementos da escola positiva – determinismo e responsabilidade social; critérios da escola clássica e positiva que excluem e atenuam a imputabilidade; sobre indeterminação as penas;

1917 – Luiz Barbosa da Gama Cerqueira – Regime Penitenciário – função atual da pena – defesa social, prevenção individual e prevenção geral; conflitos entre as funções morais e utilitárias da pena; críticas às penas de prisão curta; comenta

sobre penas indeterminadas; sobre penas educadoras para menores; classificação prévia dos menores (critérios - idade, grau de perversão moral e normalidade; seleção moral judiciária e administrativa); reforma moral; trabalho dos detidos; penas eliminatórias, que pressupõem a incorrigibilidade; opinião de Ferri sobre a pena de morte; internamento eliminatório por tempo indeterminado;

1917/1919 – Raphael Correa Sampaio – repete o de Cerqueira de 1916 (mais detalhado com relação aos crimes em espécie);

1918/1920/1922/1924/1926/1928 – Luiz Barbosa da Gama Cerqueira – relações da ciência do Direito Penal com a moral, sociologia, antropologia criminal, medicina legal, psiquiatria, psicologia, estatística; repete a análise da evolução história do direito penal (Puglia) e o programa de 1916;

1918/1920/1922 – Raphael Correa de Sampaio – Sistema Penitenciário: repete o programa de Cerqueira de 1917.

1919 – Luiz Barbosa da Gama Cerqueira – repete o de 1917 (Regime Penitenciário);

1921/1923/1925/1927 – Candido Motta – análise minuciosa da criminologia positivista;

1921/1923/1925/1927 – Luiz Barbosa da Gama Cerqueira – Regime Penitenciário

1924/1926/1928 – Candido Motta – Regime Penitenciário – penas educadoras; seleção de anormais; análise dos regimes penitenciários e dos tipos de penas (intimidação, pecuniárias, prisão de curta duração, reformadoras);

FACULDADE DE DIREITO DE RECIFE

1885 – João Vieira de Araújo – sistema do direito punitivo de defesa social;

1888 – João Vieira de Araújo – programa diferente, sem elementos específicos com relação à escola positiva;

1893 – João Vieira de Araújo – ponto VII – atos normais e anormais do indivíduo na luta pela existência; funções sociais da coação e repressão; o crime considerado antropologicamente; definição do delito natural e social; ponto XI – conceito jurídico de criminoso – teorias absolutas e relativas – escola positiva – livre arbítrio limitado e ilimitado – não é admissível teórica e praticamente. XII – a ilusão do livre arbítrio; abismo que separa a escola positiva; negar o livre arbítrio não é negar a imputabilidade; a responsabilidade criminal é antes social que individual; teoria

clássica da codelinquencia e positiva, esta baseada no critério da temibilidade; classificação dos delinquentes; socialismo e criminalidade; imputabilidade e idade; a questão do regionalismo e da unificação na Itália; a menoridade segundo a escola positiva; hospícios penais como meio de segurança social; opinião de Ferri sobre - O consentimento do ofendido não exclui a criminalidade do ofensor; a influência das circunstâncias na definição da pena – ideias de Bentham que o legislador seguiu renovadas pela escola positiva; XLIII – a escola positiva - o Código italiano e a reincidência específica e genérica; LI- a escola positiva, Enrico Ferri e a câmara italiana, soluções de Alimena e Garofalo; a pena segundo os clássicos e segundo a escola antropológica, a proporção penal, a escola francesa e italiana; penas perpétuas e indeterminadas;

1894 – João Vieira de Araújo – programa feito de maneira mais objetiva, apenas apontando os pontos a serem trabalhados, sem esmiuçar como no anterior;

1895 – Francisco Phaelante da Camara Lima – análise da parte especial, crimes em espécie; regime penitenciário – sistema clássico e sistema positivo, segregação por tempo indeterminado; adaptação dos meios defensivos às categorias antropológicas dos delinquentes contra a unidade clássica da pena; os criminosos natos e a pena de morte; delinquentes loucos e hospícios penais; o sistema celular como uma aberração do século XIX; delinquentes de ocasião, delinquente por paixão e sua relativa impunidade;

1896 – João Vieira de Araújo – programa desde a parte geral à especial, apenas ilustrativo, sem qualquer desenvolvimento de ideias;

1897 – Gervasio Fioravanti Pires Ferreira – programa igual ao do Phaelante da Camara.

1897 – Phaelante da Camara – do crime e seus fatores; classificação científica dos criminosos; do criminoso nato (seus caracteres anatômicos e suas idiossincrasias); da mulher criminosa; da influência do clima nas revoltas e sedições; substitutivos penais;

1898/1900/1903/1905/1907/1909 – Gervasio Fioravanti Pires Ferreira – Evolução histórica do mesmo Direito. Da escola clássica e da antropológica; Terceira escola do Direito Criminal. Naturalismo crítico; Da existência de um tipo criminoso; Interpretação do delinquente; Da classificação dos criminosos; A escola antropológica e os estigmas da criminalidade; os criminosos na arte, na literatura e na religião;

1898/1900/1903/1905/1907 - Phaelante da Camara – crimes em espécie (a partir de defloração); regime penitenciário comenta a identificação do criminoso por assinalamento antropométrico, a falência dos sistemas repressivos clássicos e o modo de ver da nova escola penal, segregação por tempo indeterminado, a adaptação dos meios repressivos às categorias antropológicas dos delinquentes, delinquentes loucos e manicômios, criminosos natos e pena de morte, delinquentes de ocasião e abuso das penas carcerárias;

1899 – Gervásio Fioravanti Pires Ferreira – análise dos crimes em espécie (a partir de violência carnal e rapto); sobre regime penitenciário comenta a segregação por tempo indeterminado, penas carcerárias de pequena duração, das medidas antropométricas para registros penais, hospícios penais, pena de morte, crítica ao sistema celular puro; o problema da individualização da pena para as diversas escolas penais;

1899/1901/1902/1906/1908 – Phaelante da Camara – programa semelhante ao de 1897, com menos elementos (sem criminoso nato e influência do clima);

1901/1902/1904/1906/1908 – Gervásio Fioravanti Pires Ferreira – crimes em espécie (a partir de crimes políticos), regime penitenciário – assinalamento antropométrico e registro penal; segregação por tempo indeterminado, penas de curta duração, hospícios penais e pena de morte, a individualização da pena para as diversas escolas;

1909 – Octavio Tavares – mesmo programa de Gervasio Ferreira de 1908;

1911 – Gervasio Fioravanti Pires Ferreira – começa com crimes em espécie (contra a segurança da pessoa e vida) e regime penitenciário igual ao de 1908;

1911/1912/1913/1914 – Gervasio Fioravanti Pires Ferreira – começo igual ao de 1909; segue com a parte especial começando por crime político; **1919** – com algumas pequenas alterações (temibilidade)/**1921/1923/1925/1927/1929**

1913 – Octavio Hamilton Tavares – as três escolas e seus postulados; teorias das novas escolas sobre o conceito científico de crime; fatores cósmicos, antropológicos e sociais do crime; tipo antropológico do criminoso nato, divergências dos sectários das novas escolas penais a respeito desta questão; hipóteses dos criminologistas para explicar a gênese e a natureza da delinquência; classificação científica dos delinquentes;

1914 – Octavio Hamilton Tavares – análise da parte especial; regime penitenciário – sentenças indeterminadas, a pena de morte, a individualização da pena, diversos sistemas de identificação dos delinquentes;

1918/1919/1920 – Gervasio Fioravante Pires Ferreira – regime penitenciário: critérios de proporcionalidade entre a pena e o crime segundo as escolas clássica e positiva; críticas às penas de prisão de curta duração; questões sobre pena de morte; objeções ao sistema das sentenças indeterminadas; sistema de identificação: Bertillon e dactiloscópico;

1918/1920/1926 – Octavio Hamilton Tavares – diversas escolas sobre o fundamento do direito de punir; a pena como necessidade de defesa social; relações do direito criminal com a antropologia criminal, estatística criminal, medicina legal...; escola clássica e seus antecedentes históricos; escola positiva italiana (Lombroso, Ferri e Garofalo) e seus postulados; teoria do delito natural de Garofalo; críticas e objeções à teoria de Garofalo; outras definições científicas do delito (Enrico Ferri) – razões pelas quais essa deve ser preferida à de Garofalo; fatores cósmicos, antropológicos e sociais do crime; preponderância dos fatores sociais perante a escola crítico-naturalista; teoria da escola positiva a respeito; os substitutivos penais; o tipo antropológico do criminoso nato, segundo os antropólogos criminalistas; classificação destes estigmas; objeções dos clássicos e dos crítico-naturalistas às ideias de Lombroso; argumentos da escola positiva em sustentação do tipo antropológico do criminoso nato; o crime como fenômeno de normalidade biológica e social; a teoria do crime como fenômeno de atavismo orgânico por Lombroso; classificação dos delinquentes; classificação de Ferri e outras; livre arbítrio e a responsabilidade moral; negação do livre arbítrio e a responsabilidade social da escola positiva; teoria clássica e positiva sobre a legítima defesa;

1924 – Octavio Tavares – mesmo programa de Gervasio Ferreira de 1923.

1925/1927 – Octavio Tavares Barreto – Regime Penitenciário – mesmo programa de Gervásio Ferreira de 1920;

1926/1928 – Gervasio Ferreira – regime penitenciário – substitutivos, da segregação por tempo indeterminado; identificação pelos sistemas Bertillon e Vucetich;

1928 – Octavio Tavares – mesmo programa de Gervasio Ferreira 1923;

1929 – Octavio Tavares – Sistema penitenciário: apreciação do último projeto de Código Penal Brasileiro pela ciência penitenciária; estatística criminal; dados

colhidos por Ferri no estudo das estatísticas francesas; emprego da estatística pela moderna criminologia; necessidade de repartições especiais de estatística criminal no Brasil; sobre o jury, críticas; reformas reclamadas pela escola positiva em matéria de processo;

RIO DE JANEIRO

FACULDADE LIVRE DO RIO DE JANEIRO

1894/1895/1896 – Viveiros de Castro;

1897 – Xavier da Sila Junior; Joaquim da Costa Barradas;

1898 – Esmeraldino Bandeira e Xavier da Silveira Junior;

1899/1900/1901/1902/1903/1904/1905/1906/1907 – Esmeraldino Bandeira e Joaquim da Costa Barradas;

1908/1909/1910/1911/1912 – Esmeraldino Bandeira e Viveiros de Castro;

1917 – Direito Criminal – Mario da Silveira Vianna – analisa de acordo com a Teoria Clássica e a Teoria Positiva: a imputabilidade, a pena, os elementos subjetivos do crime e a tentativa;

1917 – Direito Criminal Militar e Regime Penitenciário – Esmeraldino Bandeira – Sentenças indeterminadas; sua origem e aplicação. Sentenças absolutas e relativamente indeterminadas. A Liberdade Individual e a defesa social. O princípio de Guyau “O máximo de defesa social com o mínimo de sofrimento individual”. Pena de Segurança e Pena de Reforma. A função atribuída à pena e a incongruência da prefixação. O princípio verdadeiro sobre a duração da pena. Arbítrio e suas espécies. Necessidade de tripla reforma; Individualização da pena. Fundamento e conceito. Individualização objetiva e subjetiva. Fins que se propõem e critérios de adaptação. Princípio da unidade penal. Tratamento físico e moral do condenado. Individualização legal, judiciária e administrativa. O princípio da individualização em confronto com o princípio da proporção entre a pena e o delito. Conceito de Rossi e crítica de Garofalo. A opinião de Tarde. A pesquisa da idoneidade do culpado nos diferentes casos de delito. Conceito de temibilidade e sua distinção de perversidade.

Conceito da periculosidade. Concurso de uma comissão para a prática da individualização da pena. Penas paralelas. Penas desonrosas e não desonrosas. Crimes que devem ser punidos com uma dessas penas. Indicação das penas paralelas. Critério de aplicação. A teoria da motivação em matéria criminal. Crítica contra a doutrina das penas paralelas. As penas paralelas na doutrina estrangeira e brasileira. A aplicação de tais penas pelo Juiz de acordo ao mesmo tempo com o móvel do delito e com a categoria antropológica do delinquente. Histórico sobre a pena de prisão, a reforma com John Howard. Inconvenientes e prejuízos que a prisão causa ao indivíduo e à sociedade. Sucedâneos da prisão. Penologia ou ciência penitenciária. Os diversos sistemas penitenciários: prisão comum, sistema pensilvânico, sistema de Auburn ou misto, sistema da servidão, sistema progressivo ou irlandês, livramento condicional. Sistema de classificação ou separação por categorias, classificação material e moral. Sistema de Reformatório ou Elmira. Os sistemas instituídos pelo código (misto e progressivo), seu estudo e sua crítica. A Casa de Correção da Capital Federal, regime penitenciário interno; A Casa de Detenção da Capital Federal. Sobre o Patronato dos liberados e egressos da prisão. Sistemas de identificação dos criminosos: método de Bertillon e de Vucetich (dactiloscopia)

1918 – Esmeraldino Bandeira – Teoria da Responsabilidade penal: teoria positiva da responsabilidade penal segundo Enrico Ferri. Lei da transformação das forças e lei da causalidade. O livre arbítrio, suas modalidades e sua refutação. As três espécies de reações ou sanções naturais (física, biológica e moral); A responsabilidade social dos chamados irresponsáveis morais. O verdadeiro fundamento da responsabilidade penal. Opinião de Eugenio Florian. O pressuposto clássico da imputabilidade no sistema do Código Penal brasileiro. Classificação científica dos criminosos e sua utilidade social – precedentes (Lombroso, Lacassagne, Tarde e Benedickt). As cinco categorias fundamentais de Ferri (alienados, natos, ocasionais, habituais e passionais). O tipo antropológico e psicológico do criminoso nato; criminoso passional e criminoso emocional – ensinamentos de Impallomeni, Ingegneros e Eusebio Gomes. Imitação e Mimetismo criminal – as quatro leis formuladas por Gabriel Tarde. A eficiência da imitação na gênese e na modalidade do delito do menor, do adulto e da mulher. Noção legal, jurídica e sociológica do crime (definições de Carrara, Liszt, Berenini, Garofalo, Ferri, Durkheim, Mario Carrara, Florian e outros). Criterios sobre a “quantidade” do crime

segundo Beccaria, Romagnosi, Rossi, Carmignani, Carrara. O conceito do crime nos dois códigos brasileiros – de 1830 e 1890. Classificação de infrações penais. Delito político conforme a doutrina de Lombroso e Laschi e segundo A. Prins. Delito natural segundo Garofalo. A cumplicidade e a doutrina de Sighele. Doutrinas de Garofalo e Carrara sobre a tentativa e distinção da teoria subjetiva dos alemães e de Garofalo. Punibilidade da tentativa – doutrina clássica e doutrina positiva. Legítima defesa – conceito e fundamento segundo a escola clássica e positiva. Sobre as circunstâncias agravantes, menciona o Código Penal, artigo 41, parágrafos 1 ao 3 e o confronto com as circunstâncias do artigo 17, parágrafos do 1 ao 5. O princípio da temibilidade aceito e consagrado nesses parágrafos. Da pena: conceito segundo a escola clássica e suas qualidades. A pena segundo Carrara. Da pena segundo a escola positiva: definições de Garofalo, Berenini, Fioretti, Ferri, Florian e João Vieira. Os quatro meios de defesa contra o crime: meios preventivos, reparatórios, repressivos e eliminatórios. Lei de saturação criminal. Os substitutivos penais – Todos estes elementos estão na análise da parte geral que ocupa vinte e três páginas. A parte especial conta com apenas duas páginas.

1918/1920 – Mario da Silveira Vianna – Direito Penal Militar e Regime Penitenciário – Sentenças indeterminadas (conceito, origem, aplicação, espécies). Análise do artigo 30 do Código Penal. A liberdade individual e a defesa social. Segurança e reforma. A sociedade e o penitente: direitos e deveres recíprocos. Incongruência da prefixação da pena. O princípio verdadeiro sobre o assunto. O arbítrio: suas limitações. Individualização (fundamento, conceito, finalidade). Os penitentes em classes (fundamento, critérios, dificuldades, inconvenientes e vantagens). Prisão (função e redução ao mínimo de sua aplicação, inconvenientes e prejuízos, sucedâneos da prisão). Noção dos sistemas penitenciários (Filadélfia, Auburn, servidão inglesa, sistema de Crofton). Separação por categoria. Sistemas de identificação de criminosos e legislação pátria a respeito. Arbítrio limitado a ser concedido a quem está incumbido de fiscalizar a execução da pena. A hipocrisia nas prisões.

FACULDADE LIVRE DE CIENCIAS JURIDICAS E SOCIAIES DO RIO DE JANEIRO

1897 – João Baptista Pereira;

1898/1899 – João da Costa Lima Drummond e João Baptista Pereira;
1900/1901/1902/1903/1904 – Lima Drummond e Alfredo Bernardes da Silva;
1905/1906/1907/1908/1909/1910/1911 – Lima Drummond e Julio de Barros Raja Gabaglia

FACULDADE NACIONAL DE DIREITO (RJ) – a partir de 1920

1928 – João Martins de Carvalho Mourão – Estudo positivo do crime e da pena como fenômenos naturais; antropologia criminal; sociologia criminal; política criminal; teorias sobre o direito de punir. Críticas das teorias sobre o fundamento do direito de punir. Razão da legitimidade da função repressiva do Estado: necessidade da pena como meio imprescindível de manutenção da ordem social. Conceito de crime como fenômeno natural (doutrina de Lombroso); o crime fenômeno biológico normal (Albrecht); o crime como fenômeno biológico anormal de atavismo (Lombroso, Sergi, etc.); o crime como manifestação de um estado mórbido psíquico (Marro, Maudsley, Virgilio, Benedickt, Krafft-Ebbing, Despina, Garofalo, Ferri, Ingenieros, etc.); o crime fenômeno social anormal, devido a causas econômicas exclusivas (Turatti, Bebe e, em geral, os publicistas socialistas); o crime fenômeno social anormal devido a influências complexas, físicas, biológicas e sociais (Trade, Lacassagne, Prins, Alimena, Colajanni, von Liszt, etc.). O criminoso. Tipo antropológico do criminoso segundo Lombroso. Exame do conceito lombrosiano do criminoso como variedade do “genus homo”. Valor científico e prático das investigações de Lombroso. Classificação dos criminosos. Classificação de Ferri. Classificação de Ingenieros. Apreciação crítica. Fatores do crime. Fatores físicos. Fatores antropológicos. Fatores sociais. Importância relativa de cada um desses grupos de fatores. O crime como fenômeno social tem necessariamente antecedentes biológicos e sofre a influência do ambiente cósmico. Conceito de delito natural. Noção de Garofalo. Apreciação crítica. Relatividade do conceito do crime. Há fatos que devam sempre e universalmente ser considerados criminosos? Quais os caracteres específicos de tais fatos? Conceito jurídico do crime ou delito. Elementos essenciais do crime do ponto de vista jurídico. Teoria de Carrara sobre as forças do delito. Doutrinas de

Puglia e Liszt sobre a tentativa. Crimes cometidos pela multidão e psicologia das coletividades (estudos de Taine, de Gustave Le Bon e de Scipio Sighele). Fundamento da imputabilidade criminal. Livre arbítrio e determinismo. Reponsabilidade moral e responsabilidade social. O conceito de responsabilidade social do delinquente, segundo a escola antropológica. Teoria da responsabilidade moral, segundo a escola clássica. Teoria determinista da responsabilidade pena, segundo a terceira escola. Teoria das circunstâncias qualificativas, agravantes e atenuantes: meio empírico de satisfazer o sentimento instintivo da necessidade de individualização da pena. Diversa concepção moderna da reincidência como sistema da delinquência profissional, que exige o emprego de meios qualitativamente diferentes, e não simples aumento quantitativo da pena. A pena segundo a escola antropológica criminal. Critério de temibilidade do delinquente. Legitimidade da pena de morte – cientificamente a pena de morte não se justifica senão em circunstâncias excepcionais. As sentenças absolutamente indeterminadas substituem com vantagem a prisão perpétua. Impossibilidade de se afirmar, a priori, a incorrigibilidade de um condenado. Os crimes políticos são verdadeiros crimes? As classes perigosas da sociedade. Vadiagem e mendicidade. Punido só deve ser o mendigo por vício. Os capoeiras – caráter desta espécie indígena das classes perigosas;

1928 – Esmeraldino Bandeira – semelhante ao programa de 1918. Inclusão da análise do Decreto 16.588 de 6 de dezembro de 1924, que regula a Suspensão da Execução da pena. Separação entre os condenados por culpa e por dolo – reclusão dos primeiros em pavilhões especiais e tratamento principalmente educativo que se deve dar. Colônias Penitenciárias (os diversos tipos, o trabalho nas oficinas e o trabalho no campo ao ar livre – “melhorar a terra pelo homem e o homem pela terra”, duplo fim do trabalho na colônia: um moral e outro econômico; Sobre a Colônia Correccional de Dois Rios – Regulamento anexo ao decreto n. 6994 de 19 de junho de 1908, artigo 1 – indivíduos que nela devem ser internados – vadios, mendigos válidos, capoeiras, desordeiros, processados e julgados no Distrito Federal, conceito legal de tais indivíduos (Regulamento artigo 52 e parágrafos e Código Penal, art. 402, a divisão dos colonos em dois grupos incomunicáveis); medidas a adotar quanto aos menores delinquentes – um mínimo de repressão e um máximo de educação, especialização do juízo, supressão da prisão, liberdade vigiada, estabelecimentos de reforma e escolas profissionais especiais. Da assistência e

proteção aos menores abandonados e delinquentes – Regulamento anexo ao decreto n. 16272 de 29 de dezembro de 1923, conceito de menores abandonados e respectiva individuação. Dos menores delinquentes – isenção de qualquer processo penal até 14 anos de idade, processo especial entre 14 e 18 anos. Aplicação da pena do artigo 65 do Código Penal ao maior de 16 anos e menor de 18 anos, julgado perigoso e autor de crime grave. Estabelecimento penal a que é remetido (Regulamento citado, artigo 24, parágrafos e letras). A criação no Distrito Federal do Juízo de Menores, o abrigo de menores, fim a que é destinado, seções em que se divide, Institutos disciplinares criados pelo Regulamento. Identificação dos criminosos – o auto de qualificação (Regulamento n. 120, de 31 de janeiro de 1842, artigo 171; o Sistema de Bertillon, o Sistema de Vucetich e sua adoção no Brasil, regulamento anexo ao decreto n. 4764, de 5 de fevereiro de 1905 (artigos 57 e seguintes, regulamento anexo ao decreto n. 6440, de 30 de março de 1907, art. 124 e seguintes).

1929 – João Martins Mourão;

1929 – Hermenegildo Militão de Almeida – Definição, divisão e objeto do direito penal (conceitos de Ferri e Von Liszt); relações do direito penal com outras ciências, especialmente sociologia e antropologia criminais. Definição do delitos sob três aspectos: sociológico, jurídico e legal, elementos essenciais do crime – Teoria de Carrara sobre as forças do crime. Doutrina da escola positiva segundo a contravenção. Doutrinas de Carrara, Garofalo e Puglia da tentativa. A premeditação segundo a escola clássica e positiva. Da pena de morte – controvérsia a respeito da legitimidade desta pena, fases do movimento abolicionista, conceitos de Garraud, Tarde, Carnevale, Lombroso, Ferri, Garofalo. Ação Penal privada e pública – doutrinas de Garofalo e Puglia, a ação civil de indenização do dano.

FACULDADE DE DIREITO DE CURITIBA

1915 - 1928 – Antônio Martins Franco. Direito Penal Militar e Regime Penitenciário – Desenvolvimento histórico do direito de punir; o direito de punir no Brasil, seus fundamentos, regime penitenciário, Livramento condicional, patronatos deliberados adultos, penas disciplinares no regime penitenciário, escolas premonitórias, colônias infantis e colônias correcionais.

1915 - 1928 – Antônio Martins Franco – Uma pequena parte geral com 8 itens como primeira parte; segunda parte sobre sociologia criminal (7 itens – Escola Clássica e escola positiva; Crime segundo os juristas. Delito Natural; Individualização da pena. História da pena e a individualização; Escola clássica e o defeito da individualização; Escola neo-clássica e a individualização fundada sobre a responsabilidade; Escola italiana e a individualização fundada sobre a temibilidade do delinquente; Responsabilidade e individualização. Determinismo psíquico e livre arbítrio; Individualização legal, judiciária e administrativa; Terceira Parte – Criminologia (criminosos natos, eventuais, passionais e habituais; criminosos loucos e epiléticos; criminosos políticos e sociais; critério patológico e psicológico);

1928 – Ulisses Falcão Vieira: Direito Penal – analisa o livre arbítrio e o determinismo (as contradições entre livre arbítrio e as leis da causalidade e as espécies de determinismo); apresenta os dois grandes “Cesares” do direito penal italiano: Cesare Beccaria e Cesare Lombroso, suas ideias e influências, pontuando inclusive “os pecados de origem” da obra do psiquiatra italiano, seus precursores e antecedentes históricos, as escolas antropológica italiana e sociológica francesa, a teoria de Tarde e as divergências entre as três escolas e as diferentes teorias sobre o direito de punir. Analisa o crime como fenômeno natural e social e o criminoso, que recebe um lugar de destaque em seu programa – analisa o tipo antropológico do criminoso e a validade científica e prática das investigações de Lombroso, a classificação de criminosos de Ferri, discorre sobre o criminoso nato e suas características, as críticas de Tarde e o tipo penitenciário, analisa os códigos do Império e da República, a propaganda do positivismo criminal e a influência das Escolas Penais na codificação brasileira; em suas análises sobre o direito penal positivo analisa os fundamentos da imputabilidade criminal e as responsabilidades moral e social, comenta sobre as medidas de prevenção e segurança com relação aos loucos – os manicômios penais; aponta as diferentes teorias sobre a reincidência; discorre sobre a pena segundo o critério das três escolas penais, sobre os substitutivos penais e o critério da temibilidade; comenta sobre os criminosos políticos e a natureza especial dos crimes políticos e ainda analisa as classes perigosas da sociedade (vagabundos, mendigos, capoeiras).