

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC - SP**

Bartira Macedo de Miranda Santos

**AS IDÉIAS DE DEFESA SOCIAL NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO:
entre o garantismo e a repressão (de 1890 a 1940)**

DOUTORADO EM HISTÓRIA DA CIÊNCIA

**SÃO PAULO
2010**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC - SP**

Bartira Macedo de Miranda Santos

**AS IDÉIAS DE DEFESA SOCIAL NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO:
entre o garantismo e a repressão (de 1890 a 1940)**

DOUTORADO EM HISTÓRIA DA CIÊNCIA

Tese apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Doutora em História da Ciência, sob a orientação da Professora Doutora Márcia Helena Mendes Ferraz.

**SÃO PAULO
2010**

Banca Examinadora

Para Nivaldo dos Santos, Maria Eduarda,
Maria Letícia, Gabriel e Ana Luiza.
A meus pais, Washington e Marisa.
E a todos os meus familiares.

Agradeço às queridas professoras Márcia Helena Mendes Ferraz e Ana Maria Alfonso Goldfarb pelo incansável trabalho de crítica.

Agradeço à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás pelo período de licença concedida para a redação desta tese.

O MEDO E O MAL

Nesta con(m) fusão cobra-se dos juízes
O trabalho sujo da limpeza social.
Dá-lhe status, privilégios, ascensão.
Entrega-lhe a balança e o martelo,
Concede-lhe o poder de julgar e decidir
Para depois vender-lhe os olhos.
Em troca acende-lhe a chama do ódio
E cria em seu coração iguais pavores.
Sua missão: afastar-nos dos impuros
Na ingênua ilusão de que o mal
Se apaga num mundo de segregados.

Denival Francisco da Silva

RESUMO

Esta pesquisa busca demonstrar o significado das idéias de defesa social que modelaram o sistema penal brasileiro, com o Código Penal e do Código de Processo Penal de 1940. Aborda as idéias de defesa social formuladas pela Escola Positiva Italiana, enquanto justificção do sistema punitivo. Para esta escola, a defesa social é a razão da justiça penal. Diante do determinismo biológico do criminoso nato, Lombroso, Ferri e Garofalo se empenharam em construir uma ciência penal que fosse apta a promover uma eficaz defesa social. Afastando-se da abordagem metafísica dos clássicos, com suas teorizações abstratas acerca do conceito jurídico de crime, os positivistas italianos buscaram compreender as causas do crime na pessoa do criminoso, substituindo o método dedutivo pelo indutivo. O positivismo antropológico teve ampla divulgação no Brasil, a partir de 1884. Por não verem as suas propostas adotadas pelo Código Penal de 1890, os positivistas empregaram a este diploma, a fama de “o pior de todos os códigos conhecidos”. Oriunda do discurso jurídico, a defesa social passa a se constituir, desde as primeiras décadas do século XX, como um movimento de Política Criminal, com forte influência sobre as legislações da época, inclusive a brasileira.

Palavras-Chave: Defesa social. Sistema penal. Positivismo criminológico. Criminologia. Direito penal. Política Criminal. Ciência no Brasil.

ABSTRACT

This research seeks to demonstrate the significance of social protection ideas that have shaped the criminal justice system like the Criminal Code and the 1940's Code of Criminal Procedure. It discusses the ideas of social defense made by the Italian Positive School, as justification of the punitive system. For this school, the social defense is the reason of criminal justice. Given the biological determinism of the born criminal, Lombroso, Ferri and Garofalo are committed to building a criminal science that is able to promote an effective social defense. Appart from the metaphysical approach of the classics and its theorizing abstract regarding the legal concept of crime, the Italian positivists sought to understand the causes of crime within the criminal person, replacing the deductive method by the inductive one. From 1884 the anthropological positivism was widely spread in Brazil. By not having their proposals adopted by the Criminal Code of 1890, the positivists have used this law, the fame of "the worst of all the known codes". Originally from the legal discourse, the social defense shall be incurred, since the first decades of the twentieth century, as a movement of Criminal Policy with a strong influence on the laws of the period, including the Brazilian laws.

Social protection. Criminal justice system. Criminological positivism. Criminology. Criminal law. Criminal Politic. Science in Brazil.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	6
1 O DIREITO PENAL COMO INSTRUMENTO DE DEFESA SOCIAL	12
1.1 Cesar Lombroso: A Constituição Física do Criminoso	18
1.2 Enrico Ferri: O Direito Penal Fundado na Necessidade de Defesa Social	28
1.3 Rafael Garofalo: O Conceito de Delito Natural	41
2. DEFESA SOCIAL: EM BUSCA DE UMA POLÍTICA CRIMINAL PARA O SISTEMA PENAL	47
2.1 A DEFESA SOCIAL NA ESCOLA CLÁSSICA	47
2.2 A DEFESA SOCIAL NA ESCOLA POSITIVA	57
2.3 A CIÊNCIA PENAL E A DEFESA SOCIAL NA ESCOLA TÉCNICO-JURÍDICA	61
2.3.1 A Escola Técnico-Jurídica	61
2.3.2 Matrizes do tecnicismo jurídico	66
2.3.3 O modelo de ciência penal de K. Binding	70
2.3.4 A defesa social na Escola Técnico-Jurídica	72
2.4 A DEFESA SOCIAL ENQUANTO MOVIMENTO DE POLÍTICA CRIMINAL	72
2.4.1 A União Internacional de Direito Penal	77
2.4.2 Adolphe Prins	79
2.4.3 A defesa social no entre guerras	82
3. A DEFESA SOCIAL NO BRASIL	85
3.1 O POSITIVISMO CRIMINOLÓGICO NO BRASIL	86
3.1.1 O Brasil à época da chegada do positivismo penal	90

3.2 O POSITIVISMO PENAL NA DOCTRINA JURÍDICA NACIONAL	98
3.2.1 João Vieira de Araújo	98
3.2.2 Tobias Barreto	99
3.2.3 Macedo Soares.....	102
3.2.4 Viveiros de Castro	103
3.2.5 Moniz Sodré	106
3.2.6 Adelino Filho	108
3.2.7 Aurelino Leal	108
3.2.8 Roberto Lyra	111
3.2.9 Paulo Egídio	114
3.3 O DISCURSO DA DEFESA SOCIAL NA MEDICINA LEGAL	116
3.4 AS TENTATIVAS DE REFORMA DA LEGISLAÇÃO PENAL	128
3.5 A DEFESA SOCIAL NO CÓDIGO PENAL DE 1940	138
3.6 A DEFESA SOCIAL NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL	145
CONCLUSÃO	148
BIBLIOGRAFIA	152

INTRODUÇÃO

Nesta tese, *As idéias de Defesa Social no Sistema Penal Brasileiro: entre o garantismo e a repressão (de 1890 a 1940)*, demonstrar o significado das idéias de defesa social no nosso Código Penal e no Código de Processo Penal, publicados no início da década de 40, do século XX, especialmente mediante a análise dos textos de Exposição de Motivos, elaborados pelo então Ministro da Justiça Francisco Campos, e que foram publicados juntamente com o Código Penal e com o Código de Processo Penal.

Não se trata de uma análise jurídica sobre os institutos criados sob a influência dos movimentos de defesa social, nem de simplesmente contar a história desses movimentos, mas de, investigando as várias roupagens das idéias de defesa social, suas origens e transposição para o Brasil, esclarecer o que elas significam do ponto de vista científico e ideológico. Não se trata de fazer um estudo de Dogmática Jurídica, mas sim, de um estudo sobre a Dogmática Jurídico-Penal.

Assim, parte-se da constatação de que o sistema penal é fortemente influenciado pelas idéias de defesa social e procura-se clarear o significado dessas idéias, apontando como elas se formaram e como foram transpostas para o nosso sistema penal, mediante a luta das Escolas Penais.

A “luta das Escolas” se caracteriza pela luta em torno dos modelos de ciência penal propostos por duas matrizes teóricas bem distintas (a Escola Clássica e a Escola Positiva Italiana), às quais se somou a chamada Terceira Escola, ou Escola Técnico-Jurídica, que buscou conciliar os postulados de uma e de outra.

Na luta das Escolas, de um lado estão os clássicos (Beccaria e Carrara) defendendo uma ciência penal fundada na legalidade dos delitos e das penas, na humanização do sistema penal, na utilidade e proporcionalidade das penas, na igualdade de todos perante a lei, na certeza das penas pré-fixadas, no direito de defesa para os acusados, enfim, na segurança jurídica e na racionalidade, entendendo-se que o sistema penal é legítimo para punir quem, usando de seu livre arbítrio, violasse as leis do Estado. A Escola Clássica, embora faça breves referências à defesa social, dela não se ocupou diretamente. Para os clássicos, seria um grande equívoco voltar os estudos penais à defesa da sociedade. Os clássicos não aceitavam a idéia de defesa social a não ser que por ela se entendesse a defesa que a sociedade deve fazer em favor do *indivíduo* contra a poder punitivo arbitrário, pois para eles, o Direito Penal seria o conjunto de regras que limitam o exercício do poder punitivo.

De outro lado estão os partidários do positivismo penal da Escola Italiana (Lombroso, Ferri e Garofalo), defendendo um modelo de ciência penal fundada na periculosidade, tentaram construir uma ciência penal, cujos postulados não mais girariam em torno da conduta, mas do perigo que o criminoso representa para a sociedade. O criminoso é visto como uma espécie diferente de *homo sapiens*, um sujeito perigoso, anormal e biologicamente

defeituoso. Esta anormalidade impulsionava o sujeito ao crime. O fundamento do poder punitivo passa a ser a necessidade de defesa social. Nesse sistema, a defesa social é a proteção da sociedade contra os indivíduos perigosos e o direito penal deveria ser um Direito de Defesa Social, para resguardar os direitos da sociedade.

A Escola Técnico-Jurídica, por sua vez, defendia que o direito penal e o processo penal deviam ser *ciências jurídicas*, isto é, normativas, que tem por objeto o estudo das normas jurídicas. Esta escola divide o campo da Criminologia (estudo das causas do crime), do Direito (estudo científico das normas jurídicas) e da Política Criminal (ciência e arte de estabelecer as melhores opções legislativas).

A defesa social é, portanto, uma idéia que assume diferentes significados no decorrer dos tempos e, em determinados momentos, chega a configurar conceitos contraditórios se o compararmos nas múltiplas roupagens em que aparece nas diferentes escolas científicas, ainda que num mesmo momento histórico, mas é também, ao mesmo tempo, um nó teórico que permeia a ciência do direito penal na medida em que se apresenta (especialmente na Escola Positiva) como uma poderosa justificação do poder punitivo.

A União Internacional de Direito Penal, fundada em 1889 (por Adolphe Prins, Franz von Liszt e van Hamel), deu uma nova vida à idéia de defesa social, defendendo que a missão da lei penal é combater a criminalidade, que se deve levar em conta os estudos antropológicos e sociológicos, e que a pena é um dos meios mais eficazes contra a

criminalidade. Esse Movimento defendia que o destino do direito penal deveria ser traçado pela Política Criminal. Posteriormente, já nas primeiras décadas do século XX, a defesa social aparece como um corpo autônomo de idéias que se desenvolvem no âmbito da Política Criminal.

Ao serem transpostas para o Brasil, as idéias do positivismo penal encontrou o país em transição política da Monarquia para a República, buscando, ainda sob o efeito econômico causado pela abolição da escravidão, equacionar seus problemas sociais e fundar uma nova nação. Até então, o Brasil tinha uma legislação liberal, pelo menos do ponto de vista formal, que declarava a igualdade de todos perante a lei. Desde a promulgação da Constituição do Império, em 1824, passando pelo Código Criminal do Império do Brasil, de 1830, até chegar-se ao primeiro Código Penal do período republicano, em 1890, a legislação consagrava os princípios de um direito penal clássico.

As primeiras referências às idéias da Escola Positiva Italiana datam de 1884, quando Tobias Barreto e Viveiros de Castro (ambos professores da Faculdade de Direito do Recife) fizeram comentários a Lombroso. Não vendo suas idéias adotadas pelo Código Penal dos Estados Unidos do Brasil, de 1890, os positivistas empregaram a este Diploma a fama de “o pior de todos os códigos conhecidos”, iniciando a luta por sua substituição, que só viria acontecer no início da década de 1940, após a instalação do Estado Novo, na gestão de Getúlio Vargas.

Ao discurso jurídico que defendia um direito penal voltado para a defesa social, somaram-se o discurso médico, que por meio da Medicina Legal,

da Eugenia e do Higienismo desenvolveram um projeto de defesa social muito mais amplo do que aquele proposto pelos positivistas penais, e buscavam o melhoramento de toda sociedade.

Nesse contexto, é que se pergunta: qual o significado das idéias de defesa social que estão presentes na Exposição de Motivos do Código Penal e do Código de Processo Penal? O movimento de defesa social influenciou a legislação brasileira?, em que sentido?

Nosso objetivo é esclarecer quais (e como) as idéias de defesa social influenciaram a legislação brasileira e a ciência penal.

Se todos são iguais perante a lei, e posto que os criminosos são sujeitos diferentes, como tratar desigualmente os desiguais? Como ter um direito penal que possa atuar igualmente para os iguais e desigualmente para os desiguais?

Se, de um lado, a *defesa social* exprime a idéia de proteção da sociedade contra o crime e os criminosos, por outro lado, coloca a questão da criminalidade como algo que precisa ser combatido, exprimindo-se a idéia de guerra, de “luta contra o crime”. Nesse enfoque, pressupõe-se que a sociedade é dividida entre indivíduos bons (*pessoas de bem*) e maus – perigosos, criminosos, por conseguinte transforma os réus em inimigos da sociedade, contra os quais estariam justificadas todas as formas de repressão.

Para cumprir com o nosso compromisso de elucidar o significado das idéias de defesa social no sistema penal brasileiro, estudaremos, no Primeiro Capítulo, o surgimento da idéia de defesa social como justificativa do

poder punitivo. Tratar-se-á da Escola Positiva Italiana, que buscava atribuir ao Direito Penal, o *status* de uma ciência apta a promover a defesa da sociedade.

No Segundo Capítulo, abordaremos as idéias de defesa social, buscando inseri-las no contexto da formação da Política Criminal. Oriunda do discurso jurídico e criminológico, a Defesa Social constituiu-se num movimento de Política Criminal que visava a conformação da ciência penal a certas diretrizes que variavam desde a supressão do direito penal até a um sistema penal que se dizia mais humanitário. Daí o subtítulo do capítulo: *em busca de uma política criminal para o sistema penal*. Neste capítulo buscaremos traçar o mapa das idéias de defesa social, suas etapas e seus vários significados.

No Terceiro Capítulo, analisaremos o modo peculiar como a defesa social, transportada para o Brasil, será absorvida pelos juristas da Escola do Recife e pelos paulistas, com seus desdobramentos no campo da Medicina. Estudaremos as tentativas de reforma da legislação penal, impulsionadas pela necessidade de adequar a legislação ao novo momento científico que a defesa social propunha, até o advento do Código Penal e do Código de Processo Penal do início da década de 1940, que ao definir as funções dos peritos criminais, irá dividir o terreno médico do jurídico, e com isso poderemos constatar a extensão da adoção da defesa social por esta legislação mediante a institucionalização de um direito penal do fato (fundado na culpabilidade) mesclado com um direito penal do autor (fundado na periculosidade). A análise do texto da Exposição de Motivos do Código Penal e do Código de Processo Penal buscará verificar em que medida as idéias de defesa social modelaram o nosso sistema penal.

CAPÍTULO I

1. O DIREITO PENAL COMO INSTRUMENTO DE DEFESA SOCIAL

O advento do Direito Penal como instrumento de defesa social foi obra da Escola Positiva Italiana, formada por César Lombroso (1835-1909), Enrico Ferri (1856-1929) e Rafael Garofalo (1851-1934).

O médico Cesar Lombroso iniciou novas investigações no campo penal, buscando a explicação da criminalidade na pessoa do criminoso. Supondo que este sofria de um defeito biológico explicável pelo atavismo, Lombroso trabalhou incansavelmente para descrever as características dos criminosos, diferenciando-os dos demais indivíduos *normais*. Suas idéias fizeram surgir o mito de que os criminosos são sujeitos deferentes, anatômica e biologicamente defeituosos, e que, descobrindo-se as causas dos *defeitos* biológicos dos delinqüentes, seria possível tratá-los. As suas concepções causaram verdadeira revolução no campo da justiça criminal, pois trouxeram consigo a necessidade de se desenvolver novos conhecimentos até então alheios aos juristas. O direito penal, e o sistema penal como um todo, ganhou nova função: a de proteger a sociedade (isto é, a parte não delinqüente) contra os indivíduos criminosos.

Inicialmente, a Escola Positiva sofreu influência de Darwin¹, Spencer² e Haeckel³, com as novas concepções da natureza, do homem e da sociedade, mormente a doutrina da evolução.⁴

Roberto Lyra afirma:

Os três pontífices da Escola Positiva foram: *Lombroso, Ferri e Garofalo*. As minhas investigações sobre os trabalhos de lançamento da Escola desses chefes levaram-me a uma conclusão, que me parece, até certo ponto, original. É que as grandes fontes, de que se abeberaram, podem ser assim distribuídas: *Lombroso*, fundador da *Anthropologia Criminal*, inspirou-se em *Darwin*; *Ferri*, fundador da *Sociologia Criminal*, em *Conte*; *Garofalo*, *systematizador* da aplicação, tanto da *Anthropologia*, como da *Sociologia*, ao *Direito Penal*, apegou-se, de preferência, a *Spencer*.⁵

A *Scuola Positiva Italiana* inaugurou a etapa empírica da *Criminologia*, que anteriormente foi denominada por *Lombroso* como *Antropologia Criminal*. Quando se fala em *Escola Positiva Italiana* está-se referindo ao positivismo criminológico dos trabalhos de *Lombroso*, *Ferri* e *Garofalo*.

¹ Charles Darwin (1809-1882) publicou, juntamente com Wallace (1823-1913), em 1859, o livro *A origem das espécies e a seleção natural*, no qual apresentava a teoria da evolução por seleção natural, segundo a qual, numa mudança do ambiente, só sobreviveriam as espécies que possuíssem características aptas a se adaptarem às novas condições do ambiente. Cf. Braga et al, *Breve história da ciência moderna*, 4: 113.

² Herbert Spencer (1820-1903), filósofo britânico, propôs a aplicação de algumas das idéias de Darwin à sociedade, pelo que os indivíduos deveriam ser abandonados à própria sorte, não necessitando da ajuda do Estado nem de sua regulamentação. Na luta pela vida, os mais aptos venceriam e produziriam o desenvolvimento da sociedade. Essa corrente de pensamento ficou conhecida como “darwinismo social”. *Ibid.*, 129.

³ Ernst Haeckel (1834-1919), biólogo alemão, defensor do processo de seleção natural para indivíduos, chegando a defender a eugenia, a supremacia das raças mais aptas para o “desenvolvimento social”. Muitas de suas idéias no plano social serviram de base ideológica ao movimento nazista que se disseminou pela Alemanha no século XX. *Ibid.*, 131.

⁴ Lyra, *A expressão mais simples do Direito Penal*, 28.

⁵ Lyra, *Compendio de Direito Penal dos Professores Roberto Lyra e Nelson Hungria*, 74.

Buscando explicar as causas do delito, a Escola Positiva assumirá uma feição antropológica (não jurídica), principalmente nos trabalhos de Lombroso. Sem se descuidar dos aspectos antropológicos, Ferri adotará um enfoque mais sociológico; e Garofalo, se ocupará mais do aspecto moral e psicológico. O que caracteriza a Escola Positiva é justamente o seu método causal-explicativo do delito, baseado em dados colhidos da observação dos fatos, e a crença de que a causa do delito está na pessoa do criminoso, tido como um ser diferente das demais pessoas “normais”.

Para os positivistas, o estudo do crime não deveria partir de um conceito jurídico, abstrato⁶, mas sim pelo estudo de dados empíricos, que foram buscar na pessoa do criminoso⁷. A este propósito, Ferri escreveu que

Antes de estudar o crime como “ente jurídico” e infração da lei penal, era preciso estudá-lo e conhecê-lo como ação humana, isto é, como fenômeno natural e social, notando-lhe as causas tanto

⁶ Exaltando os créditos científicos da nova escola, Ferri dizia: “Falamos duas linguagens. Para nós é o método experimental que constitui a chave de todo o conhecimento; para eles (a escola clássica), tudo deriva da dedução lógica e do argumento de autoridade. Eles substituem fatos por silogismos; nós consideramos que são os fatos que governam”. Enrico Ferri, *Polêmica in defesa della scuola positiva*, 295. *Apud* Jorge de Figueiredo Dias, *Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena*, 11-2. Ferri critica a posição esposada por Beccaria, que afirmou que, na aplicação da lei, “o juiz deve fazer um *silogismo* perfeito. A [premissa] *maior* deve ser a lei geral; a *menor*, a ação conforme ou não à lei; a *conseqüência*, a liberdade ou a pena.” Assim, para saber se uma conduta é criminosa, deve-se averiguar se há enquadramento entre a conduta criminosa prevista em lei e a conduta praticada pelo acusado. Desse hipotético enquadramento é que os clássicos chegavam à conclusão se tal conduta é ou na criminosa e se o acusado será condenado ou absolvido.

⁷ Lombroso pode se beneficiar de um conjunto diversificado de teorias precursoras, que tentaram encontrar as causas do crime nos estigmas individuais do delinqüente. As teorias dos *fisionomistas* – nomeadamente de J. K. Lavater, autor de *Fragmentos Fisionômicos* (1775) – as quais pretendiam diferenciar o criminoso a partir de traços específicos do rosto. Segui-se a *escola frenológica*, que procurou os sinais identificadores do delinqüente na configuração exterior do crânio. Destaca-se o nome de F. Gall, fundador da escola, que entre 1791 e 1825, publicou os seis volumes da sua obra *Sur les fonctions Du cerveau*, dedicada ao estudo do que se chama “craneoscopia”. Cf. Dias, *Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena*, 13.

naturais como sociais e avaliando-o como expressão anti-social de uma dada personalidade delinqüente⁸.

Esta tomada de posição levou os partidários da Escola Positiva a classificarem os criminosos, de acordo com a sua periculosidade, para então receitarem os meios mais adequados para *tratar* cada tipo de delinqüente. O direito penal seria o principal instrumento de defesa social e deveria ser reformado para adotar novas medidas, mais eficazes para cada tipo de criminoso⁹.

Os positivistas estabeleceram um novo paradigma penal e desde o início tiveram que enfrentar a resistência dos clássicos¹⁰, para quem o direito

⁸ Enrico Ferri, *Princípios de Direito Criminal*, 62.

⁹ Os três grandes representantes do positivismo antropológico divergem entre si. Trata-se de autores que chegaram à “criminologia científica” oriundos de diferentes áreas do saber e também com percursos profissionais muito díspares. Há toda uma diferença de caminhos entre o ex-médico militar que foi Lombroso e os homens públicos que foram Ferri e Garófalo. Assim, não é de se estranhar que cada um dos três tenha elaborado uma distinta classificação dos criminosos, que é a seguinte: I) Classificação dos criminosos de Lombroso: a) Criminoso nato – é o sujeito que nasce criminoso, atávico; b) Falso delinqüente – é delinqüente ocasional; c) Criminalóide – é o meio-louco, também chamado de fronteiriço. II) Classificação dos criminosos de Ferri: a) Criminoso nato – mesmo conceito de Lombroso; b) Louco – é o alienado mental; c) Ocasional – é o criminoso eventual; d) Habitual – faz do crime sua profissão; e) Passional – é o criminoso de ímpeto. III) Classificação dos criminosos de Garófalo: a) Assassinos – obedecem unicamente aos próprios desejos e apetites, como os selvagens; b) Violentos ou enérgicos – são os criminosos que não têm compaixão; c) Ladrões – são os criminosos em que falta o sentimento de probidade. Cf. Dias, 15.

¹⁰ É comum a referência à Escola Clássica de Direito Penal e da Criminologia, para designar os trabalhos de Cesar Beccaria (*Dos delitos e das penas*, 1764) e Francesco Carrara (*Programa do Curso de Direito Criminal*, 1859), entre outros jusfilósofos do Século XVIII e XIX. Na verdade, não existiu propriamente uma “escola clássica”. Esta denominação era inclusive estranha na contemporaneidade desses autores. A expressão “escola clássica” foi cunhada em 1880, por Enrico Ferri, que chamou de clássicos, todos aqueles que não aderiram às teses do positivismo penal. Segundo Ferri, há uma escola “clássica” do direito penal, fundada por Beccaria, integrada por todos os penalistas não positivistas e capitaneada por Carrara. Com toda razão Zafaroni diz que “esta pretensão é absurda porque ninguém pode afirmar que seja uma escola, nem sequer uma corrente de pensamento, algo integrado por pensamento revolucionário de cunho francês, idealista alemão, aristotélico-tomista, iluminista, kantiano, etc.” Ocorre que para Ferri foi conveniente classificar sob um mesmo rótulo todos os penalistas que não compartilhavam de seus pontos de vista. Ferri foi um homem genial, a ponto de que seus opositores aceitaram a qualificação de “clássicos”. A denominação difundiu-se e ainda hoje fala-se em “escola clássica” e “escola positiva”. O que ocorreu foi um confronto entre duas concepções de *homem*: a concepção biológica do homem – sustentada pelo positivismo – e as distintas concepções filosóficas do homem – sustentadas por seus opositores. Sobre o assunto, vide Zafaroni & Pierangeli, *Manual de Direito Penal*, 299-301. Andrade, *A ilusão de segurança jurídica*, 45.

penal era o conjunto de regras que o soberano deveria respeitar no exercício do seu poder punitivo.

Durante os Séculos XVIII e XIX, a chamada escola clássica de direito penal buscou justificar e limitar o poder de punir, estabelecendo que o *jus puniendi* não é absoluto, mas limitado, seja pelo contrato social (como defendeu Beccaria), seja pelo direito natural (Carrara). Beccaria, no seu livro *Dos delitos e das penas* (1764), sustentou que a lei é que deve estabelecer o que é o crime, lançando as bases do direito penal moderno. Carrara, no seu *Programa de Direito Criminal* (1859), desenvolveu a idéia de crime como “ente jurídico”, um fato contrário às leis do Estado. O criminoso era encarado pela escola clássica como um homem comum que podendo optar livremente entre o bem e o mal, opta por este último. A responsabilidade penal era uma responsabilidade pessoal (moral) decorrente do livre arbítrio. O Crime era, então, considerado como uma entidade jurídica abstrata e representava a contradição entre o fato praticado e a lei promulgada pelo Estado¹¹.

A Escola Positiva Italiana, por sua vez, afirmaria que o crime é um fenômeno natural, porque decorrente de uma deformidade biológica de seu autor¹². Sustenta, com isso, a idéia de que o criminoso é um anormal, um subtipo humano, em suma, um sujeito *diferente* dos outros *homens normais*. Com sua teoria de criminoso nato, Lombroso nega o livre arbítrio; conseqüentemente, a responsabilidade penal, para a escola positiva, deriva

¹¹ Carrara conceituava o crime como a “infração da lei do Estado, promulgada para proteger a segurança dos cidadãos, resultante de um ato externo do homem, positivo ou negativo, moralmente imputável e politicamente danoso” In: *Programa do Curso de Direito Criminal*, 59.

¹² Os positivistas, contudo, concordavam que as causas do crime eram tríplice: a) fatores individuais, orgânicos e psíquicos; b) fatores físicos, e c) fatores sociais. Sustentavam, contudo, que todo crime não é o *Fiat* incondicionado da vontade humana. E visto que as causas do crime influem, caso por caso, indivíduo por indivíduo, disso advém que a classificação dos criminosos fica como pedra angular no novo edifício científico. Ferri, *Princípios de Direito Criminal*, 62-3.

não do fato cometido, mas do fato de se viver em sociedade. A responsabilidade deixa de basear-se no fato, para basear-se na “periculosidade”, ou seja, no perigo que o criminoso representa para a sociedade; considera que embora o criminoso não seja criminoso porque quer, a sociedade não pode ficar à mercê do crime. A pena é, assim, uma medida de defesa social.

Ferri dirige a crítica da Escola Positiva contra a chamada escola clássica, dizendo que

as afirmações do direito individual em face do Estado, como reação contra os abusos da justiça penal antes de Beccaria, chegaram – elas mesmas – ao maior excesso, em virtude da lei do ritmo histórico, pela qual cada reação ultrapassa os limites da ação, que a provocou. O imputado foi considerado como uma vítima da tirania do Estado, e à ciência criminal atribuiu Carrara “a missão de limitar os abusos do poder”, do que resultou uma diminuição dos direitos, legítimos, da sociedade em face do delinqüente.¹³

A Escola Positiva Italiana teve início a partir da publicação do “Tratado Antropológico e Experimental do Homem Delinqüente”, em 1876, de Cesar Lombroso, que mais tarde se tornaria no livro internacionalmente conhecido como “O homem Delinqüente”. Dois anos depois, apareceram dois trabalhos, um de Ferri (*Sociologia Criminal*) e outro de Garofalo (*Criminologia*), que serviriam de base para a formação da nova escola penal.

Embora haja alguma divergência entre estes autores, persiste em todos eles o núcleo fundamental do positivismo: o postulado determinista e a rejeição do livre arbítrio e dos seus pressupostos metafísicos. Ao direito penal foi dado uma função bem concreta: a de promover a defesa social.

¹³ Ferri, *Princípios de Direito Criminal*, 61.

1.1 CESAR LOMBROSO: O CRIMINOSO COMO UM TIPO HUMANO DIFERENTE

Ezequías Marco César Lombroso Levi (1935-1909), nasceu em Verona, Piamonte, Itália, em 06 de novembro de 1835, filho de pais judeus, ingressou na Faculdade de Medicina em 1852. Doutorou-se com a tese “*Estudio sobre Cretinismo em Lombardía*”. Em 1858, a Itália entra em guerra e Lombroso se incorpora ao exército¹⁴.

Quando a paz finalmente chegou, o regimento a que Lombroso pertencia foi enviado à Calábria, onde iniciou seus estudos dos tipos étnicos, facilitado pelo fato do exército ser composto de soldados provenientes de muitas partes da Itália. Em Pavia pôde realizar estudos com pessoas com problemas mentais, ao mesmo tempo em que passou a dar aulas de psiquiatria na Universidade. Mais tarde, tornou-se professor dessa mesma disciplina e jurisprudência médica em Turin. As idéias principais, que o tornaram conhecido além das fronteiras da Itália estão ligadas a duas hipóteses: 1- a genialidade se manifesta associada à epilepsia e, 2- o homem pode ser alvo da degeneração (reconhecida por certas características anatômicas e psíquicas) sendo, neste caso, um criminoso nato, como será discutido mais adiante. Importante mencionar que, todo seu trabalho estava baseado no levantamento intenso de dados buscando demonstrar a relação determinística entre medidas físicas de partes dos corpos humanos e as ações propensas dos indivíduos. Ou seja, certas características físicas verificadas já permitiam reconhecer um criminoso. Seu trabalho está, assim, ligado ao que se denominou antropologia criminal.

¹⁴ Cf. Biografia de César Lombroso. Baseado no livro “Vida de Lombroso” de autoria de sua filha, Gina Lombroso Ferrero, editado em 1940, em Bueno Aires (Argentina) por Aquiles Gatti. Esta biografia foi publicada na edição brasileira do livro de Lombroso, *O homem delinqüente*; Calhau, “Cesare Lombroso: criminologia e a escola positiva de direito penal”.

Em 1867, Lombroso fundou a *Revista Trimestral Psiquiátrica*, sendo a primeira revista de psiquiatria da Itália. Tempos depois, observando o crânio de um delinquente famoso (Villega), descobriu uma série de anomalias que o fizeram crer que o criminoso possui certas deformidades cranianas e similitudes com certas espécies animais.

Em 1876, quando publicou, seu *O Homem Delinqüente*, Lombroso apontava as seguintes características corporais do homem delinquente: protuberância occipital, órbitas grandes, testa fugidia, arcos superciliares excessivos, zigomas salientes, prognatismo inferior, nariz torcido, lábios grossos, arcada dentária defeituosa, braços excessivamente longos, mãos grandes, anomalias dos órgãos sexuais, orelhas grandes e separadas, polidactia. As características anímicas, segundo o autor, são: insensibilidade à dor, tendência à tatuagem, cinismo, vaidade, crueldade, falta de senso moral, preguiça excessiva, caráter impulsivo.

Apesar da conhecida firmeza das suas posições, Lombroso sempre mostrou-se aberto à discussão e disposto a reformulá-las em função dos contributos que reputava válidos. A trajetória d'*O homem delinqüente* é um exemplo. Entre a primeira edição (252 págs.) e os três volumes da quinta edição (cerca de 2000 págs.) a obra sofreu transformações significativas¹⁵.

Na quinta edição italiana (e segunda edição francesa) d'*O homem delinqüente* (1894), Lombroso recolhe os resultados de 12 anos de pesquisa, estudando os criminosos, pessoalmente, nas prisões e, segundo ele, pôde

¹⁵ Cf. Dias, *Criminologia: O homem delinqüente e a sociedade criminógena*, 16.

distinguir, *com exatidão*, o criminoso nato do de ocasião, do criminoso louco e do alcoólatra. Pôde ainda estender suas pesquisas sobre as formas primordiais do crime entre os selvagens, as crianças e os animais, completando o estudo anatômico e começando o estudo fisiológico, sobretudo no que toca às anomalias da sensibilidade, da reação vascular e reflexa, “fenômenos que nos explicam essa superabundância paradoxal de saúde que encontramos, bem frequentemente, entre indivíduos que, todavia, são enfermos desde o nascimento como os criminosos natos”.¹⁶

Na primeira parte de *O homem delinqüente*, Lombroso trata da *embriologia do crime*, buscando explicar o equivalente do crime entre as plantas e os animais. Descreve plantas insetívoras e carnívoras, que “cometem verdadeiros assassinatos sobre os insetos”. Também fala de animais que alimentam-se de outros da mesma família zoológica. “Os lobos se comem entre eles”, os ratos “devoram-se uns aos outros”, “dois grilos confinados em uma mesma gaiola também se devoram frequentemente entre eles”. “Enfim, encontramos nos animais o canibalismo, o infanticídio e o parricídio”¹⁷. Segundo Lombroso, os sonhos sobre a inata voz do sangue, sobre o amor maternal e filial são desmentidos entre os animais, “pela simples observação dos fatos”. E arremata: “Como não concluir que, desde sua primeira manifestação, o crime está ligado às condições orgânicas das quais é efeito direto?”¹⁸.

Na segunda parte desta mesma obra, o autor trata da anatomia patológica. Faz a análise de 383 crânios de criminosos, analisa ainda a

¹⁶ Ibid., 22.

¹⁷ Lombroso, *O homem delinqüente*, 50-1

¹⁸ Ibid., 67.

antropometria e a fisionomia de 5.907 criminosos, as fotografias de 424 criminosos e a fisionomia de 818 homens vivos em liberdade. Conclui que o criminoso é “um homem anormal antes do nascimento, por atraso no desenvolvimento ou por doença adquirida em diferentes órgãos, sobretudo nos centros nervosos, como entre os alienados. Trata-se de um verdadeiro doente crônico.”¹⁹

Na terceira parte de *O homem delinquente*, Lombroso dedica-se à biologia e à psicologia do criminoso nato, descrevendo sobre suas tatuagens, pulso, urina, sensibilidade, algometria, sentimentos, paixões, reincidência, religião, inteligência, gírias, escrita, desenhos, literatura, fazendo comparações com os selvagens, com o intuito de separar o criminoso nato daquele que é levado ao crime pelo hábito ou cede à paixão do momento. Entre estes últimos, a proporção de anomalias decresce de 43% a 6 ou 8%.

As tatuagens, segundo Lombroso, não são encontradas senão nas “classes inferiores da sociedade, entre os camponeses, os marinheiros, os operários, os pastores, os soldados, e, mais ainda, entre os criminosos”.²⁰

Segundo Lombroso, quase todas as diferentes espécies de sensibilidade tátil, olfativa, gustativa, são obtusas entre os criminosos, mesmo nos de ocasião, comparados ao homem normal. E descreve que “todos os viajantes conhecem a indiferença dos negros e dos selvagens da América em relação à dor: os primeiros cortam a mão rindo, para escapar ao trabalho; os

¹⁹ Ibid., 289.

²⁰ Ibid., 292.

segundos, atados ao poste da tortura, cantam alegremente louvores a sua tribo, enquanto são queimados de fogo lento”²¹.

Para Lombroso, um alto percentual da delinquência era devido a um fenômeno atávico – um retardamento do desenvolvimento embrionário, que tornava o delinquente portador de caracteres próprios de uma condição subumana na escala zoológica. O delinquente nato era uma *specie generis humani* diferente. O atavismo, afirma, *é um fenômeno doentio*. Citando Max Nordau, escreve: “O lado doentio da degenerescência consiste, precisamente, em que o organismo não percorre penosamente o nível de evolução já atingido pela espécie, mas pára num nível qualquer situado mais ou menos abaixo”²².

Diz ainda Lombroso:

Há séculos já o povo sinalou a incorrigibilidade dos culpados, sobretudo dos ladrões, e a inutilidade das prisões. Aquelas de nossas teorias que parecem mais ousadas foram mesmo postas em prática em tempos bem distantes de nós. Valério e Loyseau citam um édito medieval prescrevendo: *no caso de dois indivíduos serem suspeitos, aplica-se a tortura ao mais feio dos dois*. A Bíblia já distingue o criminoso nato e ordena sua condenação à morte desde a juventude.²³

Segundo Lombroso, *desde* a infância há uma predisposição natural ao crime. Para essas crianças degeneradas, “a educação nada pode; dar-lhes-ia, no máximo, um falso verniz que é a fonte de nossas ilusões a esse

²¹ Ibid., 354.

²² Max Nordau, *Dégénérescence*, Paris, Alcan, 1894. *Apud* Ibid., 25.

²³ Ibid., 28.

respeito. Ao contrário, nos jovens honestos, a educação é muito eficaz”²⁴. Segundo ainda Lombroso, “a educação não pode mudar aqueles que nasceram com instintos perversos”²⁵.

Para Lombroso,

Impedir a união tristemente fecunda entre os alcoólatras e os criminosos, união que, sabemos nós, é uma larga fonte de criminosos precoces, seria o único meio de fazer desaparecer o criminoso nato, este infeliz que, segundo os fatos a que nos reportamos, é absolutamente incurável²⁶.

Observa ainda que para essas novas descobertas no campo experimental, nada pior que a lógica, o senso comum, o inimigo das grandes verdades. “Com os silogismos e a lógica, com o senso comum, vós provaríeis que é o sol que se move e a Terra permanece fixa. E foram os astrônomos que se enganaram”²⁷.

Lombroso coloca o crime como fato natural, quer dizer da natureza, já que ocorre até mesmo entre os animais e as plantas:

Podemos dizer, com Renan, que 'a natureza nos oferece o exemplo da mais implacável insensibilidade e da maior imoralidade'. (RENAN, Ernest (1823-1872). (...) Quem não conhece as belas observações da Darwin, Drude, Cohn, Rees e Will sobre as plantas insetívoras? Todas essas plantas cometem verdadeiros assassinatos sobre os insetos.²⁸

²⁴ Ibid., 31.

²⁵ Ibid., 158.

²⁶ Ibid.

²⁷ Ibid., 29.

²⁸ Ibid., 48-9.

Em Lombroso, o crime guarda dependência com as condições histológicas:

Eu cito em detalhes esses fatos onde acredito entrever o primeiro esboço do crime; porque, se não se conhece sua dependência absoluta das condições histológicas, poderíamos supor aqui a premeditação, a armadilha, o assassinato por cupidez e mesmo, até certo ponto, esta liberdade de escolha (recusa de insetos muito pequenos e de materiais não azotados) – onde muitos teóricos do Direito atrevem-se, erroneamente, a ver a base da responsabilidade.²⁹

Surge o problema da responsabilidade penal, que até então, era tida como decorrente do livre arbítrio, ou seja, da liberdade de todos os homens de escolher entre o bem e o mal.

Sob este novo paradigma, de ver o crime como fato natural, as categorias do Direito Penal da época, especialmente a responsabilidade penal, perderam sua utilidade para o exercício da defesa social, uma vez que, se o crime é manifestação de um certo determinismo biológico, não havendo liberdade de escolha, não haveria também livre arbítrio e responsabilidade penal.

Aplicando-se o Direito Penal da época às constatações de Lombroso, o resultado seria a irresponsabilidade dos criminosos. Daí, a necessidade de nova fundamentação da responsabilidade penal, que será dada mais tarde, por Ferri e Garofalo, por meio da responsabilidade objetiva. Se o sujeito é impelido ao crime por forças que ele não pode controlar, ou seja, forças determinadas biologicamente desde o nascimento, resta à Justiça Penal

²⁹ Ibid., 50.

promover a defesa da sociedade contra os indivíduos perigosos. Portanto, Lombroso inaugura novas reflexões sobre o crime, sustentando que ele é resultado de manifestações naturais e biológicas, inaugurando um novo paradigma científico, sob o qual se tentará formar uma ciência do direito penal, vale dizer, uma nova ciência do direito penal.

Lombroso apresentou, ainda, o criminoso como um louco e por último como um epilético. “Como duas coisas iguais a uma terceira são iguais entre si, é fora de dúvida que a criminalidade inata e a loucura moral não são mais do que variantes da epilepsia; são, como diria Griesinger, estados epileptóides”³⁰, dizia ele no Congresso de Antropologia de Roma.

Essa identidade da criminalidade e da loucura moral foi vivamente contestada. Haverá uma enfermidade psíquica que se manifeste apenas para a criminalidade, permanecendo intactas todas as funções mentais? O Dr. Baer responde que “as experiências feitas tanto sobre criminosos como sobre loucos repelem esta doutrina do modo mais decisivo”³¹.

José Higinio Duarte Pereira, Ministro do Supremo Tribunal Federal, na edição brasileira do *Tratado de Direito Penal Alemão* (1881), que ele traduziu para o português em 1898, nos dá a idéia de quanto as idéias de Lombroso foram contestadas na sua época:

Quanto à identidade do criminoso e do epilético, surgem objeções que bem mostram o quanto a tese de Lombroso faz violência aos fatos. Porque todos os epiléticos não são criminosos, e porque muitos criminosos não apresentam sinal

³⁰ *Actes Du Premier Congrès d'Anthopologie Criminale*. Apud José H. D. Pereira, prefácio para *Tratado de Direito Penal Alemão* de Liszt, 37.

³¹ *Der Verbrecher in antropologischer Beziehung*, 284. Apud José H. D. Pereira, ob. Cit., 37.

algum de uma nevrose? Dizer que neste último caso há *epilepsia larvada* é sustentar uma hipótese por outra não menos duvidosa e procurar refúgio em regiões onde a ciência ainda não fez a luz.

Ademais a loucura e a epilepsia são enfermidades e podem dar-se em todos os tempos e em todos os lugares, ao passo que os crimes são ações humanas de valor e portanto relativo: variam de povo para povo e no mesmo povo em diversos momentos do seu desenvolvimento, conforme as suas condições de existência, os seus costumes, as suas intuições e civilização. A natureza não faz e desfaz tipos criminosos ao sabor das leis penais!³²

Aos críticos que diziam “vós abusais muito, em vossas deduções, de fato isolados”³³, Lombroso expõe a forma como constrói o conhecimento sobre o que seria o criminoso, mencionando os fatores que considera contribuir para tal reconhecimento:

Não faço tais deduções *a priori*, mas só depois de as haver visto em proporção maior entre os criminosos do que entre os homens normais. Eu diria que, para mim, as anomalias isoladas não são mais que um indício, uma nota musical, da qual não pretendo nem posso tirar um acorde senão depois de havê-la encontrado junto a outras notas físicas ou morais.³⁴

Atualmente, a obra de Lombroso é abordada numa análise externa. Não se interessa tanto pelo que Lombroso disse, mas pelo desdobramento de suas teorias no campo social e político. Eugênio Raúl Zaffaroni, Professor Titular da Universidade de Buenos Aires, pontua, sobre a obra de Lombroso, que no campo das consequências político-criminais

³² Ibid, 38.

³³ Lombroso cita como sendo seus críticos e adversários: Tarde, Baer, Manouvrier, Oettingen, Brusa e Unggern-Sternberg. Lombroso, prefácio para a 5ª edição italiana de *O homem delinqüente*, 23.

³⁴ Lombroso, *O homem delinqüente*, 23.

suas idéias desencadearam um verdadeiro escândalo ideológico e, ainda que tenha matizado e temperado prudentemente ao longo de sua vida, sempre estiveram circunscritas em um biologismo sumamente reacionário, que terminou oferecendo uma base às teorias racistas do crime do nacional-socialismo. Triste foi o destino ideológico de um pensamento, cuja mais difundida versão foi proporcionada por Lombroso.³⁵

Diz ainda Zafaroni, sobre o positivismo criminológico:

Esta ideologia brutal tomou conta da Europa e foi exportada para a América. Na América Latina, foi a teoria dos ideólogos do 'bom ditador', como o 'grupo dos cientistas' da ditadura de Porfírio Díaz, no México, dos setores racistas brasileiros e da 'elite' argentina. Foi um pensamento que, em nosso Continente, serviu para justificar o desprezo pelo índio, o negro, o mestiço e o mulato, que são os habitantes 'naturais' de nossos cárceres.³⁶

Mezger, citado por Roberto Lyra, e um dos principais teóricos do direito penal fascista, dá um novo contorno ao significado das teorias de Lombroso:

Sua doutrina parte da afirmação de que existem naturezas criminosas natas e que esta classe de delinqüentes póde ser reconhecida por uma série de característicos, determinados, tanto corporal e exteriormente perceptíveis, como espirituales. (...) As conseqüências político-criminais desta doutrina são simples e de índole radical: si existe tal delinqüente nato, como determinada *species generi humani*, é preciso que si a elimine de toda a comunidade social antes do crime.³⁷

De acordo com próprio Roberto Lyra,

³⁵ Zafaroni & Pierangeli, *Manual de Direito Penal Brasileiro*, 297.

³⁶ *Ibid.*, 296.

³⁷ Lyra, *Compêndio de Direito Penal dos professores Roberto Lyra e Nelson Hungria*, 223.

o estudo do criminoso, a investigação das causas do crime, o controle do liberalismo, do individualismo e do sentimentalismo impuzeram uma revisão total das regras e dos princípios repressivos. Todo o pensamento criminológico contemporâneo, aparadas as arestas da phase do lançamento da doutrina, parte dos postulados lombrosianos. Falhou o prognóstico de *Tarde*: “*não sei o que restará de Lombroso*. Eu o comparo ao café que não nutre, mas excita e impede que, pelo menos, se morra da inanição. *Lombroso* foi um tônico poderoso.”³⁸

Na visão de Roberto Lyra, Lombroso foi um dos maiores nomes da humanidade e o próprio povo assimilou a sua concepção. Essa a maior glória para um homem de ciência”.³⁹

As idéias atribuídas a Lombroso – de que criminoso pode ser identificado pelas suas características físicas, caíram no senso comum de tal modo que até hoje é muito forte a representação no imaginário popular que os criminosos são sujeitos diferentes, *anormais*, perigosos e que constituem um *tipo* que se distingue por sua aparência física. Os criminosos são ainda identificados como sujeitos malvados, contra quem estariam justificadas todas as formas de repressão, o que gera uma demanda por um direito penal de defesa social.

1.2 ENRICO FERRI: O DIREITO PENAL FUNDADO NA NECESSIDADE DE DEFESA SOCIAL

Enrico Ferri (1856-1929), grande criminalista italiano, foi advogado e possuía uma brilhante oratória. Político ativo, foi socialista na maior

³⁸ Roberto Lyra, *Novas escolas penais*, 47.

³⁹ *Idem*, 46.

parte do tempo, convertendo-se ao fascismo nos últimos anos de sua vida. Presidiu a comissão que projetou um código penal para a Itália, em 1921 (Projeto Ferri), mas depois aprovou o chamado “Projeto Rocco”⁴⁰, que foi sancionado em 1930 e que, com poucas modificações, é ainda hoje o código vigente na Itália.

Ferri publicou *Sociologia Criminal*, em 1884, onde já apresenta o que seria a base de seu pensamento. Mais adiante entraremos em mais detalhes sobre esta questão, no entanto, convém aqui mencionar alguns aspectos dela. Ferri se mostra ligado à chamada ‘Escola Positiva’ e, segundo suas palavras, buscava para a sociologia uma base científica associada ao progresso verificado em outras áreas. Segundo o autor, a ‘filosofia experimental’ de sua época: “combinada com a biologia humana e psicologia e com o estudo natural da sociedade humana, já produziu uma atmosfera intelectual de fato favorável a uma investigação prática da manifestação criminosa da vida individual e social”⁴¹.

Teria, assim, se originado uma nova escola dedicada ao ‘estudo experimental’ da patologia social relativamente a seus ‘sintomas criminosos’. O propósito maior desta ‘Escola Positiva’ era encontrar “teorias de crimes e punição em harmonia com os fatos do cotidiano”. O objetivo maior seria, assim: “o estudo da gênese natural da criminalidade no criminoso e nas condições físicas e sociais de sua vida, de forma a aplicar os remédios mais efetivos às

⁴⁰ Este Projeto foi aprovado e transformado no Código Penal Italiano, apelidado de Código Rocco, em referência a Arthur Rocco, seu principal redator e então Ministro da Justiça do Governo de Mussoline.

⁴¹ Enrico Ferri, *Sociologia Criminal*, disponível em <http://www.pinkmonkey.com/dl/library1/digi448.pdf>, acessado em 28/08/2010.

várias causas dos crimes.” Não seria apenas a construção de teorias sociológicas ou psicológicas ou do estabelecimento de estatísticas criminais, mas, teria como propósito: “mostrar que as bases de qualquer teoria relativa à auto-defesa da sociedade contra seus detratores deveria se basear na observação dos indivíduos e da sociedade relativamente à atividade criminosa. Em resumo [...] construir uma sociologia criminal”⁴².

Publicou em 1928 os *Princípios de Direito Criminal* com que, segundo suas próprias palavras, fecharia sua vida científica, fazendo a aplicação jurídica das doutrinas da Escola Positiva que em livros anteriores defendera e que já no projeto do Código Penal Italiano de 1921 procurara moldar em textos legislativos⁴³. Mas a obra ficou incompleta. Foi publicado apenas o primeiro volume em que expõe noções jurídicas relativas à *evolução da justiça e da ciência criminal, à aplicação da lei penal, ao delinquente e ao delito*. Faltou um segundo volume sobre a *pena, o processo e a execução da pena*⁴⁴.

Para Ferri, a responsabilidade penal derivava do mero fato de se viver em sociedade, e o fim do direito penal era a “defesa social”. “Frente ao homem que está determinado ao delito, a sociedade está determinada a defender-se”. Daí que para ele não importa se o delinquente é doente ou não o é: em qualquer caso é responsável, porque vive em sociedade e a sociedade precisa defender-se do delito. Conforme este critério, Ferri não distinguia entre

⁴² Enrico Ferri, *Sociologia Criminal*, disponível em <http://www.pinkmonkey.com/dl/library1/digi448.pdf>, acessado em 28/08/2010.

⁴³ Cf. o Prefácio do Autor. In: Enrico Ferri, *Princípios de Direito Criminal*, 20.

⁴⁴ Cf. o Prefácio de Beleza dos Santos. In: Enrico Ferri, *Ob. Cit.*, 7.

imputáveis e inimputáveis, substituindo a culpabilidade pela periculosidade, entendida esta como a relevante possibilidade de torna-se autor de um delito.⁴⁵

Segundo Ferri, a classificação dos criminosos, segundo as categorias antropológicas, são as seguintes: a) delinquente nato ou instintivo ou por tendência congênita; b) delinquente louco; c) delinquente habitual; d) delinquente ocasional; e) delinquente passional.⁴⁶

No pensamento de Ferri, o Estado, que representa a sociedade, tem o legítimo direito de defender-se das pessoas perigosas. E essa defesa social, deve ser exercida tanto repressivamente (após o cometimento do crime), quanto preventivamente (antes do cometimento de qualquer infração penal):

As funções de proteção ou defesa interna por parte do Estado atuam ou para com as pessoas *genericamente perigosas* para a ordem pública ou para a tranqüilidade social ou contra os autores de *atos ofensivos* das condições de existência individual e social e constituem, portanto, uma *defesa preventiva* ou uma *defesa repressiva*.

A defesa preventiva, que pertence às autoridades de polícia, compreende funções *positivas* (de assistência e beneficência) e funções *negativas* (de disciplina e eliminação de todas as formas de atividade anti-social e antijurídica). Por sua vez, a polícia preventiva distingue-se em remota ou *indireta* (eliminação e atenuação das causas de criminalidade, de desordem social, etc),

⁴⁵ Ferri, *Princípios de direito criminal*, 298.

⁴⁶ *Ibid*, 255.

e em próxima ou *direta* (vigilância das classes perigosas) ou “polícia de segurança.”⁴⁷

Segundo Ferri, cada ser vivo reage contra toda ação que ameça ou põe em perigo as condições de existência, sendo a justiça penal a expressão natural desse instinto de conservação individual e coletiva.⁴⁸

Foi Ferri quem formulou a expressão Escola Clássica⁴⁹ – reunindo em um mesmo grupo, todos aqueles que não aderiram ao positivismo penal. Ferri pondera que a Escola Clássica

concentrou a sua atenção exclusivamente sobre o crime e sobre a pena como entidade jurídica abstrata, isolada tanto do homem que delinqüe e que é condenado, como do ambiente de que ele provém e a que deve voltar depois da pena. Em volta de tal “entidade jurídica” dissertou magnificamente, completando uma admirável anatomia jurídica do delito e construindo um simétrico sistema de normas repressivas, com o fundamento único da lógica abstrata e apriorística.⁵⁰

Ferri reconhece que a Escola Clássica teve uma orientação político-social em pleno acordo com as reivindicações dos “direitos do homem”, reagindo contra os excessos medievais da justiça penal. Expôs e estabeleceu *a razão e os limites do direito de punir* por parte do Estado; opôs-se contra a

⁴⁷ Ibid, 31.

⁴⁸ Ibid., 33.

⁴⁹ Diz Ferri (referindo-se à Escola Clássica): *assim eu a denominei, e com sentimento de admiração, na introdução sobre “os novos horizontes do direito e do processo penal” pronunciada na Universidade de Bolonha, em 1880, na cátedra de meu professor Pedro Ellero.* Ibid., 57. A expressão se difundiu e até hoje se fala em Escola Clássica e Escola Positiva.

⁵⁰ Ibid., 59.

ferocidade das penas; e reivindicou todas as *garantias para o indivíduo*, quer durante o processo, quer na aplicação da lei punitiva.⁵¹

Mas, depois de cumprida a sua *missão histórica*, a Escola Clássica, segundo Ferri, entrou em *inevitável declínio* porque as afirmações do direito individual em face do Estado chegaram *ao maior excesso* que resultaram numa diminuição dos direitos, *legítimos*, da sociedade em face do delinqüente; e também porque o criminoso *é o protagonista vivo e presente*, que deve ser posto em relevo, mais que a *“entidade jurídica” do crime e da pena*.⁵²

De acordo com Ferri,

antes de estudar o crime como “ente jurídico” e infração da lei penal, era preciso estudá-lo e conhecê-lo como ação humana, isto é, como fenômeno natural e social, notando-lhe as causas tanto naturais como sociais e avaliando-o como expressão anti-social de uma dada personalidade delinqüente.⁵³

A Escola Criminal Positiva, segundo Ferri, não perfilha nem modela nenhum sistema filosófico ou social, a começar pela “filosofia positiva (Comte, Spencer, Ardigó, etc.), nem nenhuma doutrina biológica (Darwin, Lamarck, Molleschott, etc)”⁵⁴.

Ela apareceu quando as doutrinas desses grandes pensadores estavam em pleno apogeu e por isso – como todas as ciências biológicas e sociais – não deixou de lhes sentir o reflexo. É certo

⁵¹ Ibid., 58-9.

⁵² Ibid., 61.

⁵³ Ibid., 62.

⁵⁴ Ibid., 63.

que desses sistemas filosóficos e doutrinas biológicas nem tudo morreu e que pelo contrario - além de inumeráveis dados particulares da biologia, psicologia, sociologia, agora tornados patrimônio comum – permanece o seu princípio fundamental da “evolução natural” contraposto ao imobilismo absolutista da metafísica. Mas o fato é que a escola criminal positiva se caracteriza pelo *método científico*.⁵⁵.

Continua Ferri:

Assim é que, na verdade, se – por exemplo – também algumas conclusões particulares e intuições de Lombroso na antropologia criminal não foram confirmadas ou não foram plenamente demonstradas por sucessivos estudos, isso em nada impede a necessidade metódica para a sua estabilidade que precisa estudar aquilo a que eu chamei “a história natural do homem delinqüente” e apresentar dela os dados mais certos para fundamento da justiça penal, tanto na lei como na sua aplicação.⁵⁶

No campo político-social, a Escola Positiva, segundo Ferri, adotou duas posições bastante claras e distintas.

Em primeiro lugar, a Escola Positiva afirmou a necessidade de restabelecer o equilíbrio entre os direitos do indivíduo e os do Estado. Se a Idade Média tinha visto somente o delinqüente e a Escola Clássica tão somente o homem, a realidade impunha ter em conta o *homem delinqüente*, não desconhecendo no delinqüente os direitos insuprimíveis do homem, mas não esquecendo nunca a insuprimível necessidade da defesa social contra o delinqüente.⁵⁷

⁵⁵ Ibid., 64.

⁵⁶ Ibid.

⁵⁷ Ferri diz expressamente: “Esta é a razão fundamental do acordo prático entre o *Fascismo e a Escola Positiva na defesa social contra a criminalidade*, por mim salientado em *Studi sulla*

Em segundo lugar, a Escola Positiva opôs-se à ilusão de que o remédio mais eficaz contra o crime seja a pena, feroz (antes de Beccaria) ou mitigada (depois dele). Ferri sustentou, ao contrário, nos *Studi sulla criminalità in Francia* (1880), que as penas têm uma mínima eficácia defensiva contra a delinqüência – especialmente no seu momento característico de ameaça legislativa ou “motivo psicológico oposto ao crime” como disse Beccaria, ou reação “contra o impulso criminoso” como disse Romagnosi, ou “coação psicológica” como disse Feuerbach, pois que o delinqüente, se age por ímpeto, não está em condições de pensar nas conseqüências do seu ato e se, ao contrário, medita ou premedita o crime, confia sempre na própria impunidade.⁵⁸

O autor complementa que, para a defesa social contra a criminalidade

é necessário indagar-lhe as causas e, quanto às que são mais modificáveis pelo legislador, procurar quanto possível elimina-las ou atenuá-las por meio de um conjunto de providências (por mim chamadas “substitutivos penais”) que fogem todas à alçada do Código Penal e que consistem em reformas práticas de ordem educativa, familiar, econômica, administrativa, política e também jurídica (de direito privado e público).⁵⁹

Ferri diz que a Escola Positiva, no campo científico, sustenta os seguintes postulados teóricos que deveriam orientar a atividade científica no campo penal⁶⁰:

criminaltá, 2ª ed. Turim, Utet, pág. 696-737 (reproduzido na “Scuola Positiva”, julho, 1926)”.
Ibid., 65.

⁵⁸ Ibid.

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ Ibid, 65-68.

I. O criminoso é o protagonista da justiça penal prática e deve sê-lo também na ciência criminal. Ao estudo jurídico do crime e da pena, é preciso acrescentar o estudo do delinqüente, cujo crime praticado é sobretudo o sintoma revelador de uma personalidade mais ou menos perigosa, para a qual se deve dirigir uma adequada defesa social⁶¹.

II. O delinqüente é um *homem ou permanentemente ou transitoriamente mais ou menos anormal*.

III. A individualização dos delinqüentes pode ser realizada no momento judiciário (pelo juiz na sentença), no momento da execução penal e no momento legislativo.

IV. O Estado deve organizar a defesa social repressiva contra a delinqüência, sem se preocupar em realizar nenhuma missão filosófica, religiosa ou ética. Por isso, o critério da “responsabilidade moral” como condição da “responsabilidade penal” do autor de um crime, é da competência da filosofia moral e da religião, mas não do direito.

V. O Estado deve impor a cada condenado a indenização do dano, assim como impõe a execução da pena.

VI. O isolamento celular contínuo (isto é, também diurno) é uma das aberrações do século XIX. É preciso substituir o seqüestro carcerário pelas colônias agrícolas com o trabalho ao ar livre.

VII. Que, finalmente, a pena, como a última *ratio* de defesa social repressiva, não deve ser proporcional somente à gravidade objetiva e jurídica do crime, mas deve adaptar-se também e sobretudo à personalidade, mais ou

⁶¹ Segundo esta visão de Ferri, era preciso abandonar, visto não corresponder à realidade, o critério fundamental da Escola Clássica, que considerava o autor do crime como um “tipo médio”, igual a quaisquer outros homens, e portador de livre arbítrio.

menos perigosa, do delinqüente, com o seqüestro por tempo indeterminado, quer dizer, enquanto o condenado não estiver readaptado à vida livre e honesta, da mesma maneira que o doente entra no hospital não pode por um lapso prefixo de tempo – o que seria absurdo – mas durante o tempo necessário a readaptar-se à vida ordinária.⁶²

Daí resulta que a insuprimível exigência para a hodierna justiça penal é esta: assegurar uma defesa social mais eficaz contra os criminosos mais perigosos e uma defesa social mais humana para os criminosos menos perigosos, que são o maior número.

Ferri salienta que depois de um vicênio de polêmicas ardentes e de produção científica *pujante e vigorosa*, a Escola Positiva, no século XX, tem já obtido resultados incontestáveis tanto do campo científico como no legislativo e judiciário. Assim, cita, por exemplo, o conceito tradicional de culpa moral que, segundo ele, se ainda não chegou a ser posto de lado, vem sendo afastado pela doutrina o *livre arbítrio, sem o qual Francisco Carrara declarava impossível uma ciência criminal*.⁶³

Ferri não vê problema algum no fato de que o conceito tradicional de culpa moral venha sendo expresso em *forma menos clara (como “intimidabilidade”, “dirigibilidade”, “capacidade de direito penal” e semelhantes)*. Ao contrário, ele coloca como uma vitória da Escola Positiva o fato de o Código Penal Italiano, de 1890, contentar-se com a *simples “voluntariedade”*, dando razão a quem – como o próprio Ferri – afirmava que havendo filósofos que admitiam o livre arbítrio e outros que o negava, não pode o legislador basear a

⁶² Ibid., 66-8

⁶³ Ibid.

função quotidiana da justiça penal sobre um critério tão contestado como o “livre arbítrio”.⁶⁴

Segundo Ferri, na doutrina criminal, criou-se as *medidas de segurança* contra os delinqüentes moralmente irresponsáveis (os delinqüentes loucos, as crianças delinqüentes), o que demonstra a aceitação do critério positivista da “responsabilidade legal” para todo delinqüente, quaisquer que sejam as suas condições fisiopsíquicas de menoridade, loucura, anomalia, etc. E assim a *pena por tempo indeterminado* que Pessina chamava de “uma heresia jurídica”, é admitida, por exemplo, por Stoppato.⁶⁵

Ferri afirma que as principais idéias e propostas que ele defendeu logo no início da Escola Positiva e que foram “recebidas como deploráveis heresias”⁶⁶, entraram pouco depois na linguagem comum (como a expressão escola clássica, delinqüente nato, determinismo biológico, etc).

Entre as suas propostas que Ferri aponta como as que pouco a pouco foram sendo admitidas por alguns de seus adversários, estão:

a independência da justiça penal do critério do livre arbítrio – a defesa social como razão da justiça penal – as três ordens de fatores do crime – as cinco categorias de *delinqüentes* – os *substitutivos penais* como realização da defesa preventiva indireta – o critério dos *motivos determinantes* mesmo na interpretação das leis vigentes (por exemplo, na difamação, no homicídio por consentimento, na distinção entre o crime político e o crime comum, etc) – as *colônias agrícolas* substituindo o *isolamento celular diurno* – o seqüestro por tempo indeterminado em vez da

⁶⁴ Ibid. 68-9.

⁶⁵ Ibid., 69.

⁶⁶ Expressão usada pelo autor. Ibid 70.

dosimetria penal com termo fixo – a necessidade dos *manicômios criminais* – a oposição ao *júri* – a indenização do dano como sanção de direito público – e sobretudo a necessidade metódica (tanto para o homem de ciência, como para o legislador, como também para o juiz) de ver o *crime no criminoso*.⁶⁷(Grifo do original)

Para demonstrar, ainda, o sucesso da Escola Positiva, Ferri cita que a “Escola Moderna” de Liszt é dela uma derivação evidente. Também a *União Internacional de Direito Penal* (fundada por Liszt, Prins e Van Hamel em 1889), “não foi senão uma derivação direta, posto que moderada, da Escola Positiva Italiana”.⁶⁸

Registre-se que também na vida prática, a Escola Criminal Positiva estendeu a sua influência. Tanto que, segundo os registros de Ferri, na Itália, o exército passou a adotar as propostas dos antropólogos criminalistas para tornar mais rigorosa a seleção médica dos soldados. A abolição do isolamento celular diurno foi determinado em 1919-20 pelo ministro Vandervelde que declarou, no Parlamento Belga, ter-se inspirado nas idéias da Escola Positiva Italiana, acrescentando aos cárceres belgas a instituição dos laboratórios de antropologia penitenciária. O mesmo ocorrendo na Holanda e Inglaterra.⁶⁹ Também o aperfeiçoamento técnico da *polícia judiciária* é apontado por Ferri como outra aplicação dos métodos e critérios da Escola Positiva.

⁶⁷ Ferri menciona que contra essa última afirmação metódica (de ver o crime no criminoso), Conti apresentou a objeção de que *no campo do direito repressivo a pessoa é compreendida no crime, mas o crime não é compreendido na pessoa*. Ibid., 70.

⁶⁸ Ibid., 71.

⁶⁹ Ibid., 72

A influência da Escola Positiva sobre a legislação penal foi vasta, haja vista a criação das inúmeráveis leis especiais que se sucederam para organizar uma mais eficaz defesa social (contra os delinqüentes habituais, os delinqüentes loucos ou deficientes, os delinqüentes alcoolizados, os delinqüentes menores, etc.) seguindo a orientação e as propostas dessa Escola. A influência tem-se feito sentir também nos códigos penais, como o da Noruega (1902), que introduziu o seqüestro por tempo relativamente indeterminado, e nos Códigos para a Argentina (1922), para a República Russa (1922), para o Peru (1924).⁷⁰

Ferri vê, “em todos os projetos mais recentes” do código penal (tanto na Alemanha, Áustria, Suíça, como na Suécia, Dinamarca, Polônia, Tchecoslováquia, Romênia, Sérvia, Grécia, etc.) a aplicação mais ou menos eclética das idéias sustentadas pela Escola Positiva Italiana, porquanto eles não adotam ainda o critério sistemático e fundamental da “responsabilidade legal”, haveria uma *tendência para esta radical inovação*. A título de exemplo, cita o art. 43 do Projeto Austríaco (1909), pelo qual “a pena se deve avaliar e medir segundo a *culpa* ou a *periculosidade* do autor”⁷¹.

Ferri, que defendia o ponto de partida de que se deve estudar o crime como fenômeno natural e social, antes de o analisar como fenômeno jurídico (e que mesmo como fato jurídico o crime não se pode separar da pessoa que o praticou) – e que sobretudo respeitava a *gloriosa* Escola Clássica, considerou o aparecimento de uma “*terza*” *Scuola*, como um *meteoro*

⁷⁰ Ibid., 73

⁷¹ Ibid.

de curta duração⁷², que utilizando-se de uma mistura de conclusões entre várias contraditórias das duas Escolas, defendendo que o objeto para o criminalista é a *lei penal vigente em cada país*, tem chegado, nas suas construções dogmáticas, às *conclusões mais bizantinas*⁷³.

Que as lei penais vigentes são a base da justiça penal é um axioma que – segundo Ferri - não tem necessidade de demonstração.⁷⁴ Afirma ainda que “para o criminalista de qualquer escola é obrigação elementar o conhecimento técnico das leis penais vigentes – que são a organização quotidiana da justiça penal -, é contudo bem evidente que reduzir toda a ciência criminal unicamente ao conhecimento mais ou menos sistemático dos artigos das leis em vigor é uma automutilação intelectual”⁷⁵.

1.4 RAFAEL GAROFALO: O CONCEITO DE DELITO NATURAL

Rafaelle Garofalo (1851-1934) nasceu em Nápoles, estudou Direito em sua terra natal e começou sua carreira de magistrado aos vinte anos de idade. Foi presidente do Tribunal de Cassação e, desde 1887, professor de Direito Penal da Universidade de Nápoles. Foi autor de diversas publicações⁷⁶, entre elas se destaca sua famosa “*Criminologia*”, publicada em 1885⁷⁷.

⁷² Ibid., 78.

⁷³ Ferri, p. 81.

⁷⁴ Ibid., 79.

⁷⁵ Ibid., 80.

⁷⁶ Entre elas, destacam-se: *Di um critério positivo della penalità*, Napoli, 1880; *Riparazione alle vittime Del delitto*, Torino, 1887; *Estudios Criminalistas*, Madrid, 1896; e *Justicia y Civilización*, Madrid, 1912.

⁷⁷ O livro *Criminología*, de Rafaelle Garofalo, foi publicado em Napoli, 1885. Conforme Aguilera, *Criminologia*, 133: *Existe traducción al castellano de La 1ª ed., bajo El nombre “La Criminología. Estudio sobre El delito y sobre La teoria de La represión”, realizada por Pedro Dorado Montero, Madrid. s. f. (1890), y de la 2ª Ed., con El título “La Criminogía. Estudio de La*

Garofalo foi o jurista da Escola Positiva, que em sua obra capital, *Criminologia*, submeteu à revisão, sob os princípios da Escola, vários problemas jurídico-penais. Constatou que o delinqüente foi descrito anátomo-psicologicamente e apresentado como um tipo, uma variedade do *genus homo*, mas que os trabalhos empreendidos não deram resultados aplicáveis à legislação, por um erro de método, pois “falando do *delinquente*, os naturalistas haviam-se esquecido de dizer-nos o que entendiam por *delito*”. (Grifo do original)⁷⁸.

Segundo Garofalo, “a não determinação rigorosa do conceito de delito fez com que até hoje o estudo do delinqüente se tenha conservado nos domínios da pura especulação científica, sem resultados capazes de servirem de base à constituição do direito penal.”⁷⁹”

Rafael Garofalo ocupou-se em investigar o conceito natural de delito (delito natural). A seu ver, o ponto de partida de tal definição, deveria ser a noção sociológica do delito, porque em um mesmo período e por vezes em um mesmo país existem códigos muito diversos, classificando uns como crimes atos que outros não consideram tais.

Não podendo pedir ao homem da lei a definição do delito, como pediria ao químico a de sal ou de ácido e ao físico a de eletricidade, de som ou de luz, o sociólogo tem de procurá-la por si próprio. Só quando o naturalista souber dizer-nos o que

natureza Del crimen y teoria de la penalidad”, traduzida por Pedro Borrao, Madrid, 1912. No Brasil, existe a tradução de Dalielle Maria Gonzaga, publicada pela Péritas Editora, série Mestrado Jurídico, com o título: “Criminologia: estudos sobre o delito e a repressão penal, seguida do apêndice “Os termos do problema penal”.

⁷⁸ Rafael Garofalo, *Criminologia: estudo sobre o delito e a repressão penal*, 9.

⁷⁹ Idem.

entende por *delito* é que nós poderemos saber quem são os *delinqüentes*⁸⁰ (Grifo do original).

Procurou assim, criar, por meio do método indutivo, um conceito de *delito natural* que traduzisse uma série de condutas nocivas *per si*, em qualquer sociedade, em qualquer momento, independente inclusive das próprias valorações legais mutantes, apresentando o problema nos seguintes termos:

Existirá o delito natural ou, o que vale o mesmo, haverá um certo número de atos que a consciência popular em determinadas condições considere sempre criminosos? Será possível obter indubitavelmente o critério do delito?⁸¹

Garofalo se propõe a saber se, entre os delitos previstos pelas leis atuais, há alguns que, em todos os tempos e lugares fossem sempre considerados puníveis.⁸² Para Garofalo, o delito natural reside na violação dos sentimentos morais mais profundos. Para ele, “o que importa é mudar de método, substituindo a análise dos atos pela análise dos sentimentos.”⁸³

O que importa é mudar de método, substituindo a análise dos atos pela análise dos sentimentos. E, de fato, no conceito do delito aparece sempre a lesão de algum daqueles sentimentos mais profundamente radicados no espírito humano e no conjunto que formam o que se chama *senso moral*. Ora, um tal atributo desenvolveu-se lentamente na humanidade, variando, ontem como hoje, no grau de perfeição, com as épocas e as raças, porque os instintos que o constituem ora se fortificam, ora se

⁸⁰ Garofalo, *Criminologia*, 10.

⁸¹ Garofalo, *Criminologia*, 10.

⁸² Ibid.

⁸³ Garofalo, *Criminologia*, 11.

enfraquecem. Daí, variações consideráveis nas idéias de moralidade ou imoralidade e, naturalmente, variações consideráveis na idéia daquela imoralidade especial que dá a um ato o caráter de criminoso⁸⁴.

O senso moral é, para Garofalo, “a parcela mínima de moralidade que é comum a todos que vivem em sociedade”⁸⁵; é, portanto, produto da evolução da espécie humana, congênito e hereditário. Conforme Freitas, Garofalo conceitua o delito natural como sendo o elemento de moralidade necessário para que a consciência pública qualifique de criminosa uma ação, ou, em outras palavras, é a ofensa feita à parte do senso moral formada pelos sentimentos altruístas de piedade e de probidade.⁸⁶

O característico da teoria de Garofalo é a fundamentação do comportamento e do tipo criminoso em uma suposta anomalia *psíquica ou moral*, não patológica, tratando-se de um déficit na esfera moral da personalidade do indivíduo, de base orgânica, endógena, de uma mutação psíquica (porém não de uma enfermidade mental), transmissível por via hereditária e com conotações atávicas e degenerativas.⁸⁷

Apesar de ocupar-se em encontrar os critérios psicológicos ou morais para fixar um conceito de crime, apto a delimitar o objeto da Criminologia, Garofalo não despreza a antropologia criminal. Pelo contrário, baseia-se, como um bom discípulo, sobretudo em Lombroso, para definir os tipos de criminosos. Sustenta a tese de que os criminosos são realmente seres

⁸⁴ Ibid., 11.

⁸⁵ Ibid., 14.

⁸⁶ Freitas, *As razões do positivismo penal no Brasil*, 112.

⁸⁷ Molina & Gomes, *Criminologia*, 199.

anormais e afirma: “Só quem não tenha penetrado uma vez na prisão poderá contestar isso”⁸⁸.

Garofalo distinguiu quatro tipos diferentes de delinquentes: o “assassino”, o criminoso “violento”, o “ladrão” e o “lascivo”.

A pena de morte é, para este autor, um mecanismo de seleção artificial que segue o sábio modelo da natureza, sustentando um curioso “darwinismo social”: Do mesmo modo que a natureza elimina a espécie que não se adapta ao meio, também o Estado deve eliminar o delinquente que não se adapta à sociedade e às exigências da convivência.⁸⁹

Conforme afirma Aníbal Bruno: “Essa idéia do crime como produto de uma anomalia moral, isto é, uma força de origem psíquica que impulsiona o homem inelutavelmente para o crime, conduziu Garofalo a sugerir como critério determinante da medida penal o que ele chamou de *temibilidade*, por ele definida como “a perversidade constante e ativa do delinqüente e a quantidade do mal previsto que se deve temer por parte do mesmo delinqüente”, dando origem, assim, ao moderno conceito de perigosidade ou periculosidade criminal, que ele reconheceu como “o princípio que transformará radicalmente a legislação”⁹⁰.

Os positivistas visavam à construção de um direito penal fundado no criminoso, enquanto ser *anormal* - um ser *diferente* – tanto biológica, antropológica ou socialmente. Como consequência, esta abordagem permitirá oferecer uma base “científica” para a marginalização dos estratos sociais

⁸⁸ Freitas, *As razões do positivismo penal no Brasil*, 115.

⁸⁹ Molina & Gomes, *Criminologia*, 200.

⁹⁰ Bruno, *Direito Penal*, 118.

inferiores, uma vez que o sistema penal não estaria voltado a punir *condutas*, mas a punir (ou excluir) os criminosos, isto é, (não os fatos criminosos) mas as *pessoas*.

CAPÍTULO II

2. A DEFESA SOCIAL COMO POLÍTICA CRIMINAL PARA O SISTEMA PENAL

Nesse capítulo analisaremos as idéias e os movimentos de Defesa Social, desde as primeiras referências da Escola Clássica e da Escola Positiva, no âmbito da Criminologia e do Direito Penal, até se constituírem em movimentos de Política Criminal, no século XX. É na Política Criminal que a Defesa Social encontrará o seu *locus* fundamental, chegando a ser chamada de Política Criminal de Defesa Social. Analisaremos os diversos conteúdos em que se revestiam as idéias de defesa social, e sua influência no sistema penal contemporâneo.

2.1 A DEFESA SOCIAL NA ESCOLA CLÁSSICA

A doutrina costuma dividir a escola clássica em duas fases, uma mais filosófica, representada por Beccaria⁹¹, e outra propriamente jurídica, cujo principal expoente é Carrara⁹².

Quando se fala da escola liberal clássica como um antecedente ou como a “época dos pioneiros” da moderna criminologia, se faz referência a teorias sobre o crime, sobre o direito penal e sobre a pena, desenvolvidas em diversos países europeus no século XVIII e princípios do século XIX, no âmbito da filosofia política liberal clássica. Faz-se referência, particularmente, à obra

⁹¹ Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria, publicou seu *Dos delitos e das penas* em 1764.

⁹² Francesco Carrara, publicou seu *Programa do Curso de Direito Criminal*, em 1859.

de Jeremias Bentham, na Inglaterra, de Anselm von Feuerbach, na Alemanha, de Cesare Beccaria e da escola clássica de direito penal na Itália.⁹³

Os primeiros impulsos fundamentais aos quais se deve a formação da tradição italiana de direito penal, tal como esta se consolidou na Escola clássica, sobretudo através da obra de Carrara, provieram de filósofos como Beccaria, Filangeri e Romagnosi, ou bem de juristas que partiam de uma rigorosa fundamentação filosófica, racionalista e jusnaturalista, como Carmignani e, precisamente, seu grande discípulo Francesco Carrara. Podemos melhor dizer que, neste primeiro período do desenvolvimento do pensamento penal italiano, assistimos a um processo que vai da filosofia do direito penal a uma fundamentação filosófica da ciência do direito penal; ou seja, de uma concepção filosófica para uma concepção jurídica, mas filosoficamente fundada, dos conceitos de delito, de responsabilidade penal, de pena.⁹⁴

Jeremias Bentham (1748-1832), utilitarista inglês, trouxe para o Direito Penal a sua teoria ético-jurídica de base utilitária. Bentham exclui qualquer pressuposto metafísico e assenta o Direito Penal unicamente na necessidade pública, na necessidade de prevenção geral dos crimes. Para Bentham, a pena é um “meio vil em si mesmo, que repugna a todos os sentimentos generosos” e não produz felicidade em quem é aplicada. Somente a necessidade de prevenção é que faz da pena “um sacrifício indispensável para a salvação comum”.⁹⁵ Na visão do pensador inglês, não há outro limite à

⁹³ Baratta, *Criminologia crítica e crítica do direito penal*, 32.

⁹⁴ Zafaroni & Pierangeli, *Manual de Direito Penal*, 32-3

⁹⁵ Jeremy Bentham, juntamente com John Stuart Mill e James Mill difundiu o utilitarismo, princípio pelo qual buscava a maximização da felicidade para todos. Um ato será útil se trouxer felicidade para o máximo de pessoas. A felicidade é identificada com o prazer e a ausência de dor. Bentham também elaborou um cálculo da felicidade que leva em conta a intensidade, a duração, a probabilidade, a extensão etc. dos prazeres e sofrimentos, que serviria para medir a tendência de uma ação para promover a maior quantidade de felicidade. Bentham também ficou conhecido por ter elaborado o *Panóptico*, um modelo de

atividade do Estado que não seja o prático: quando a ingerência do Estado não produz maior felicidade, já não pode intervir⁹⁶.

Paulo Anselm von Feuerbach (1775-1833) é considerado o fundador da moderna ciência penal na Alemanha. Para Feuerbach, a pena não é uma medida retributiva, mas preventiva. O fim do direito penal é a prevenção geral por meio da coação psicológica exercida pela ameaça da pena contida na lei. A execução da pena é a realização prática da ameaça, que lhe dá seriedade, demonstrando que não se trata de ameaça vã. Mas o fundamental é a ameaça da pena, que é o motivo inibidor que neutraliza o ímpeto criminoso. Feuerbach defendeu a adoção do princípio da absoluta legalidade dos crimes e das penas, dando-lhe a expressão latina que depois se vulgarizou: *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*.

Beccaria escreveu *Dos delitos e das penas* com base no contratualismo, que representava a idéia de que a ordem jurídica resultava de um grande e livre acordo entre os homens, que cediam parte dos seus direitos no interesse da ordem e segurança comuns. Beccaria mencionava claramente o contrato social em sua obra.

As leis são as condições em que os homens isolados e independentes uniram-se em sociedade, cansados de viver em um contínuo estado de guerra e de gozar de uma liberdade que não tinham certeza da utilidade de conservá-la. [...] Somente a necessidade obriga os homens a ceder uma parcela de sua liberdade. [...] A reunião de todas estas parcelas de liberdade constitui o fundamento do direito de punir. Todo exercício de

prisão que permitia a vigilância constante de todos os presos. A propósito, vide: Molina & Gomes, *Criminologia*, 178; Zafaroni & Pierangeli, *Manual de direito penal*, 279; Bruno, *Direito penal*, 101.

⁹⁶ Cf. Zafaroni & Pierangeli, *Manual de Direito Penal*, 278.

poder que deste fundamento se afastar constitui abuso e não justiça.”

Por isso, segundo Beccaria, a atrocidade das penas estava “em desacordo com a justiça e a natureza mesma do contrato social”. Assim, os homens se reuniam em sociedade, unidos pelo Contratato Social, por uma necessidade de conservação da existência individual e social, já que em estado natural, a sobrevivência seria dificultada pela constante guerra de todos contra todos.

A teoria do Contrato Social parte do princípio que todos os homens são livres e dessa liberdade pressupõe a igualdade absoluta entre todos. Diante da absoluta liberdade, para que a convivência pacífica seja possível, os homens organizam-se em uma sociedade, ou melhor, num *contrato* social, diante do qual, cada um abre mão de uma parcela de sua liberdade e a colocam em um depósito público, ou seja, nas mãos do Estado.

O Estado existe, portanto, para proteger o conjunto de indivíduos que formam uma sociedade. Dessa forma, o Estado tem a função de promover a paz interna e a defesa externa. Outorga-se ao Estado, o poder de punir os indivíduos que praticam as condutas fixadas como criminosas. Mas esse poder de punir só é legítimo se realizado dentro das regras fixadas.

Da presunção da absoluta liberdade do homem, os penalistas extraíam a fictícia igualdade de todos perante a lei, a necessidade de previsão em lei das condutas consideradas criminosas, restando aos infratores a aplicação da pena àquele que usando de seu livre arbítrio violasse as leis do Estado.

Na sua fase, a Escola Clássica assumiu como sua tarefa principal, o estudo jurídico do crime e da pena, com a sistematização das normas repressivas levada a efeito por Filangeri⁹⁷, Rosso⁹⁸, Carminiani⁹⁹, Romagnosi¹⁰⁰, e, principalmente, Carrara.

Para a Escola Clássica de Carrara, a defesa social deve ser entendida como a proteção dos direitos do indivíduo, ou segundo suas palavras: “Eu encontro o princípio fundamental do direito punitivo na necessidade de defender os direitos do homem; encontro na justiça o limite do seu exercício; na opinião pública, o moderador de sua forma”¹⁰¹.

Carrara entende que está no indivíduo o direito primitivo e a sociedade deve exercitar-lhe a defesa. Assim, a *defesa social* deve exprimir “o que defende” (a sociedade deve defender o indivíduo) e não “o defendido” (a sociedade é o objeto defendido). Diz Carrara que esta última fórmula “é inaceitável justamente por que perigosa essa mudança”. Entender a defesa

⁹⁷ Filangeri (1752-1788), escreveu *Scienza della legislazione* (1780), cuja terceira parte é dedicada aos problemas penais. Filangeri era jusnaturalista, reconhecia a existência de um direito de origem divina, mas põe o contrato social como origem e fundamento do poder punitivo. Assim, o fim do direito penal é garantir a segurança e tranquilidade que o contrato social estabelecera. A pena nesse sistema será um instrumento de prevenção de novos crimes. Cf. Bruno, *Direito penal*, 98.

⁹⁸ Pelegrino Rossi (1787-1848), italiano naturalizado francês, é autor de *Traité de droit penal* (1829). Com ele, o utilitarismo é substituído por um moralismo metafísico, em que retoma a confusão entre direito e moral. A pena em si mesma é a retribuição, feita por um juiz legítimo com ponderação e medida, de um mal pelo mal. Cf. *Ibid*, 99.

⁹⁹ Carminiani (1768-1847), autor de *Elementi di diritto criminale* (1863), reafirma a distinção entre direito e moral e entre direito natural e direito político. Para Carminiani, a política deve estabelecer não o que é absolutamente justo, mas o que convenha estritamente à sociedade. As penas, para ele, são “obstáculos políticos” à prática dos crimes e visão à prevenção. O direito de punir não é mais que uma necessidade política. Cf. *Ibid*, 100

¹⁰⁰ Romagnosi (1761-1835), publicou, em 1834, sua obra *Genesis Del diritto penale*, na qual sustenta que um ataque feito em qualquer dos indivíduos repercute contra toda a sociedade, e, dessa forma, o Direito Penal não pode ser outra coisa senão a estruturação de um direito de defesa. A sociedade possui o direito de fazer suceder a pena ao delito, como meio necessário para a conservação de seus indivíduos, e a defesa que a pena representa coloca-se tanto em favor do indivíduo vitimado pela conduta delitativa quanto em favor da própria sociedade. Cf. Fernando Galvão, *Direito Penal: parte geral*, 27.

¹⁰¹ Carrara, *Programa do Curso de Direito Criminal*, 2: 73.

social dessa forma seria avançar “por caminhos tenebrosos, para as mais absurdas conseqüências, cuja censura é sintetizada na palavra *estatolatria*”¹⁰².

Para Carrara, a liberdade do homem é, definitivamente, o fundamento do Direito Penal. O homem tem livre arbítrio para autodeterminar-se, sendo responsável por seus atos. Em respeito à liberdade do homem, é que o Estado deve estabelecer em lei as condutas consideradas criminosas. A escola clássica construiu um sistema de direito penal baseado no fato (crime), buscando delimitar o poder punitivo por meio de um sistema de legalidade dos delitos e das penas. O homem, sendo livre, pode optar entre conduzir-se dentro da legalidade ou fora dela, ficando sujeito à pena se incorrer nas condutas proibidas por lei.

A pena é um contra-estímulo à prática do delito e a função do sistema penal é proteger a sociedade contra o crime. Ao estabelecer-se determinada conduta como criminosa, fixando-lhe uma pena, está-se desejando que as pessoas não pratiquem aquela conduta e, com isso, protege-se determinados bens jurídicos (vida, patrimônio, liberdade).

Dentro dessa concepção o direito penal é o conjunto de regras que regulam os atos estatais na persecução criminal, com a finalidade de proteger o indivíduo contra a intervenção estatal arbitrária. Ao regulamentar a ação estatal, ao mesmo tempo, impõe-se limites ao poder de punir, estabelecendo o “quando”, “onde” e “como” agir. O direito penal dos clássicos é um direito penal de garantia dos direitos do homem. É um direito penal que visa

¹⁰² Ibid., 2: 74.

à segurança jurídica (um conjunto de regras previamente estabelecidas para incidir sobre fatos futuros).

Ao afirmar que a função do direito penal é a segurança jurídica, está-se, ao mesmo tempo, negando a opinião de que o direito penal tem a função de “defesa social”, de proteger a sociedade contra o crime e os criminosos, idéia que leva à expansão do poder punitivo.

Assim, na concepção dos clássicos, que é uma concepção de direito penal de garantias, a “defesa social” não pode ser algo distinto da segurança jurídica. Para os clássicos, a idéia de um direito penal de defesa social é inconcebível. Primeiro porque a pena não exerce a função de “defesa”, ou de tutela imediata dos bens jurídicos, posto que, a pena seria aplicada após o bem jurídico ser afetado. Por isso, a “defesa” dos bens jurídicos realizada pelo direito penal, para os clássicos, é uma defesa dos bens que podem ser afetados no futuro. Seria uma defesa muito remota, que não tem o significado empregado na expressão “defesa social”, utilizada pela Escola Positiva. Em segundo lugar, o termo “social”, aqui empregado no sentido de sociedade (defesa social = defesa da sociedade), é identificado pelos clássicos com o Estado. O Estado é a sociedade organizada. No *estado natural* é impossível a coexistência pacífica, por isso, os homens constituem o Estado. Se o Estado é constituído para defender o indivíduo, como entender que o Estado se defende contra o indivíduo?

Aqui nos remetemos à análise de Michel Foucault¹⁰³. Na teoria clássica, os indivíduos se reúnem em sociedade e constituem um soberano, premidos pela necessidade de sobrevivência, quer dizer, de coexistência. Em última análise, é para viver que os clássicos reúnem-se em um contrato social. Se a vida é o motivo do contrato, ela não deve ficar de fora do alcance dos poderes do Estado na sua função de repressão social? É para proteger a vida que se constitui o Estado. O Estado, portanto, não tem poderes para dispor da vida dos indivíduos. Em outras palavras, os poderes do Estado não são ilimitados. Ao reunirem-se em um contrato social, os homens não abdicaram de todos os seus direitos, de toda a sua liberdade, mas apenas do mínimo necessário para que a coexistência fosse possível. Assim, para os clássicos, o direito penal é um direito que visa proteger o indivíduo contra os abusos do soberano (no seu poder de “fazer morrer ou deixar viver”) e contra os excessos do Estado (na sua função de “defesa social”).

Diz Foucault que, nesse seu curso, *Em defesa da sociedade*, gostaria de compreender as relações de poder que se formam a partir do momento que se abandona a proposição formulada pelos clássicos, na teoria jurídica, segundo a qual ‘Temos que nos defender contra a sociedade’, mas que gostaria de analisar a proposição que se formula no final do século XIX, segundo a qual ‘temos que defender a sociedade’: “Temos que defender a sociedade contra todos os perigos biológicos dessa outra raça, dessa sub-raça, dessa contra-raça que estamos, sem querer, constituindo”.¹⁰⁴ Esta análise de

¹⁰³ No seu curso “*Em defesa da sociedade*”, Michel Foucault explica que o poder do soberano é deduzido de seu direito de “fazer morrer e deixar viver”. É porque o soberano pode “fazer morrer” que ele exerce seu direito de “deixar viver”.

¹⁰⁴ Alessandro Fontana e Mauro Bertani, editores da edição *Em defesa da sociedade*, apontam como Foucault abordou o tema do racismo: “ Quanto ao racismo, foi um tema que apareceu e

Foucault será retomada mais adiante, quando falarmos da defesa social na escola positiva.

Por ora, queremos identificar as características do direito penal dos clássicos, formulado sob o paradigma de “temos de nos defender contra a sociedade”, ou seja, temos que defender a nós, indivíduos, contra o poder punitivo do soberano/Estado.

Assim, ao direito penal dos clássicos, atribuímos, as seguintes características:

a) Justificação do poder de punir: os clássicos justificavam o poder de punir, seja pelo contrato social (como Beccaria), seja pelo direito natural (como Carrara). Com isso, dava uma certa legitimidade ao poder de punir: o poder punitivo seria legítimo quando realizado em acordo com as regras do contrato social (ou do direito natural). Quando o Estado exorbita de seu direito de punir, está exercendo o poder de forma ilegítima.

b) Limitação do poder de punir: o poder de punir não pode ultrapassar os limites do contrato social ou do direito natural. A finalidade política do direito penal é a limitação do poder punitivo. Quando o Estado

que foi abordado nos seminários e nos cursos sobre a psiquiatria, sobre as punições, sobre os anormais, sobre todos esses saberes e práticas em que, em torno da teoria médica da ‘degenerescência’, da teoria médico-legal do eugenismo, do darwinismo social e da teoria penal da ‘defesa social’, elaboram-se, no século XIX, as técnicas de discriminação, de isolamento e de normalização dos indivíduos ‘perigosos’: a aurora precoce das purificações étnicas e dos campos de concentração. Os editores apontam, ainda, que nasceu um novo racismo quando o “saber da hereditariedade” se acoplou com a teoria psiquiátrica da degenerescência. E, segundo eles, Foucault dizia na última aula do curso de 1974-1975, sobre *Os anormais*: “Vocês vêem como a psiquiatria pôde efetivamente, a partir da noção de degenerescência, a partir das análises da hereditariedade, ligar-se, ou melhor, dar azo a um racismo.” E o nazismo – acrescentava ele – nada mais faria que “ligar”, por sua vez, esse novo racismo, como meio de defesa interna da sociedade contra os anormais, ao racismo étnico que era endêmico no século XIX. Fontana & Bertani, *Situação do curso*, 345.

exorbita em seu direito de punir, está-se diante do arbítrio e da opressão e não se um direito legítimo.

c) Legalidade dos delitos e das penas: As leis devem estabelecer as condutas criminosas e as penas correspondentes (“não há crime nem pena sem lei anterior que os definam” – princípio da legalidade). A tarefa dos juristas é identificar os fatos que, à luz da legislação vigente, constituem crimes e qual a pena correspondente.

d) Saber jurídico em torno da conduta humana (crime): O ponto de partida do conhecimento do direito penal é a conduta humana, que se deve analisar para identificar se se trata de uma conduta que a lei penal considera como criminosa ou não.

e) Garantia de direitos aos indivíduos frente ao poder punitivo estatal: Ao limitar o poder de punir, estabelecendo regras a serem seguidas, o direito penal garante direitos aos indivíduos. A consequência do direito penal é resguardar os indivíduos de não serem punidos fora dos casos expressamente previstos em lei.

f) O crime é um “ente jurídico”: é a violação das leis promulgadas oficialmente pelo Estado.

g) O criminoso é um sujeito normal. Não tendo dedicado a sua atenção ao estudo da pessoa do criminoso, porque o considerava como um homem igual a qualquer outro, os clássicos o consideravam na sua dignidade e individualidade. Os clássicos criaram o conceito de *homem médio* pelo qual teorizavam a cerca da conduta humana.

h) A pena: é a consequência legal do crime. Serve para retribuir ao criminoso o mal praticado pelo crime. Por isso, deve ser proporcional do dano praticado.

i) A responsabilidade penal: decorre do livre arbítrio. O homem é penalmente responsável porque optou livremente pela prática do crime. A responsabilidade penal é pessoal e decorre da culpabilidade do autor que optou pelo delito. Os alienados mentais, considerados loucos e doentes mentais, por não terem livre arbítrio, não eram penalmente responsáveis por seus atos.

2.2 A DEFESA SOCIAL NA ESCOLA POSITIVA

Para Ferri, a defesa social contra a criminalidade é a função suprema e imanente do Estado e a razão da justiça penal.¹⁰⁵

A defesa social, na escola positiva, pode ser entendida como a proteção da sociedade contra os criminosos mediante a repressão eficaz dos indivíduos perigosos. É interessante notar a diferença no modo como as escolas encaram a defesa social e que implica em profundas mudanças no sistema do direito penal. Enquanto o direito penal da escola clássica visava a punição do *crime*, a escola positiva queria a repressão e punição do *criminoso*, visto como a causa do delito. Assim, ao invés de servir de limitação ao poder de punir, as teorias da Escola Positiva, justificam a expansão do sistema punitivo, em nome da necessidade de defesa social.

¹⁰⁵ Ferri, *Princípios do Direito Criminal*, 70.

Podemos delinear o direito penal dos positivistas, teorizado a partir do deslocamento do objeto de estudo do crime para o criminoso, atribuindo-lhe as seguintes características:

a) Defesa social: O direito penal é legítimo porque existe para defender a sociedade contra o crime e os criminosos. O poder punitivo constitui um verdadeiro *direito* que a sociedade tem de se defender.

b) Combate ao crime: A finalidade política do direito penal é combater o crime e os criminosos.

c) Proteger a sociedade afastando os indivíduos perigosos do convívio social: Esta seria a tarefa e a atividade prática do direito penal e da justiça criminal.

d) O conhecimento penal giraria em torno do homem criminoso: O ponto de partida do conhecimento penal seria o homem criminoso, tomado como um ser diferente, perigoso, *anormal*, uma subespécie humana.

e) Expansão do poder de punir: Esta é a consequência deste direito penal, pois se o importante é defender a sociedade, esta defesa será tão mais eficaz quanto não existirem limites impostos em lei.

f) O crime: é a manifestação de uma deformidade física, biológica, ou moral, herdada dos antepassados mais remotos.

g) O criminoso: é um anormal, degenerado, perigoso, temível, espécie diferente de *homo sapiens*.

h) A pena: é uma medida de defesa social que serve para defender a sociedade contra os perigos que o criminoso representa. Sua função seria a de regenerar, curar, reeducar e/ou corrigir os criminosos, quando possível.

i) A responsabilidade penal: é social, decorre do fato de se viver em sociedade. Os positivistas são deterministas, rejeitam o livre arbítrio. A responsabilidade não decorre da culpa do autor do fato criminosos, mas do perigo que ele representa para a sociedade.

Já abordamos no capítulo anterior que, para a Escola Positiva, a defesa social é a razão de ser da justiça criminal. Em última análise, o sistema penal existe para defender a sociedade contra a criminalidade. Aqui, retomamos a análise de Michel Foucault, sobre a passagem da teoria jurídica, segundo a qual “temos que defender o indivíduo” para a que ele analisa no curso *Em defesa da sociedade*, que aparece a partir do final do século XIX, segundo a qual, “temos que defender a sociedade”. Diz Foucault:

Sob o tema agora tornado corrente, de que o poder tem a incumbência de defender a sociedade, deve-se ou não entender que a sociedade em sua estrutura política é organizada de maneira que alguns possam se defender contra os outros?

Segundo Foucault, o poder se exerce sempre do lado da morte: é porque o soberano pode matar que ele exerce seu poder sobre a vida e a morte. Mas, nas relações que se estabelecem no século XIX, o Estado soberano tem a incumbência de promover a melhoria das condições de vida da população. Foucault leva a sua argumentação às seguintes indagações: Como esse poder que tem essencialmente o objetivo de fazer viver pode deixar

morrer? Como exercer o poder da morte, como exercer a função da morte, num sistema político centrado no biopoder?

É aí, crê Foucault, que intervém o racismo. Não é que o racismo tenha sido inventado nessa época. Ele existia há muito tempo. Mas foi a emergência do biopoder que inseriu o racismo nos mecanismos de poder do Estado. O racismo é o meio de introduzir um corte entre o que deve viver e o que deve morrer. A distinção das raças, a hierarquia das raças, a qualificação de certas raças como boas e outras, ao contrário, como inferiores, tudo isso vai ser uma maneira de subdividir a espécie. Essa, na visão de Foucault, é a primeira função do racismo: fragmentar a população.

Foucault expõe a segunda função do racismo do seguinte modo:

De outro lado, o racismo terá a segunda função: terá como papel permitir uma relação positiva, se vocês quiserem, do tipo: “quanto mais você matar, mais você fará morrer”, ou “quanto mais você deixar morrer, mais, por isso mesmo, você viverá”. Eu diria que essa relação (“se você quer viver, é preciso que você faça morrer, é preciso que você possa matar”) afinal não foi o racismo, nem o Estado moderno, que inventou. É a relação guerreira: “para viver, é preciso que você massacre seus inimigos”. Mas o racismo faz justamente funcionar, faz atuar essa relação de tipo guerreiro – “se você quer viver, é preciso que o outro morra” – de maneira que é inteiramente nova e que, precisamente, é compatível com o exercício do biopoder. De uma parte, de fato, o racismo vai permitir estabelecer, entre a minha vida e a morte do outro, uma relação do tipo biológico: “quanto mais as espécies inferiores tenderem a desaparecer, quanto mais os indivíduos anormais forem eliminados, menos degenerados haverá em relação à espécie, mais eu – não enquanto indivíduo mas enquanto espécie

– viverei, mais forte serei, mais vigoroso serei, mais poderei proliferar”. A morte do outro não é simplesmente a minha vida, na medida em que seria minha segurança pessoal; a morte do outro, a morte da raça ruim, da raça inferior (ou do degenerado, ou do anormal), é o que vai deixar a vida em geral mais sadia; mais sadia e pura.¹⁰⁶

Dessa forma Foucault consegue explicar o funcionamento do poder que se estabelece nos Estados autoritários. Os Estados autoritários, por sua vez, estabelecerão um direito penal apto a funcionar de acordo com seus interesses.

2.3 A CIÊNCIA PENAL E A DEFESA SOCIAL NA ESCOLA TÉCNICO-JURÍDICA

2.3.1 A ESCOLA TÉCNICO-JURÍDICA

Arturo Rocco produziu a sistematização mais significativa do tecnicismo jurídico, na aula inaugural dos cursos da Universidade de Sassari, em 15 de janeiro de 1910, que se converteu na obra *“Il problema e il método della scienza del diritto penale”*. Apreendendo o contexto de “crise” da Ciência Penal, provocada sobretudo pela luta entre a Escola Clássica e a Positiva, Rocco é incisivo no diagnóstico de sua causa imediata:

Qual é, em especial, a causa próxima de tal estado de coisas? O diagnóstico não parece difícil. A única Ciência clássica do direito penal, que no começo ignorava e logo esquecia os ensinamentos

¹⁰⁶ Ibid., 305.

da escola histórica do direito, pretendia estudar um direito penal que estivesse à margem do direito positivo; se iludira com forjar um direito penal diverso do consagrado nas leis positivas do Estado, um direito penal de caráter absoluto, imutável, universal, cuja origem remontasse à Divindade, ou à revelação da consciência humana, ou às leis da natureza, ou às leis do pensamento e da idéia. A mesma obra, monumental e gloriosa de Carrara, não escapou a este vício dos tempos; é precisamente no tempo em que tal vício encontra a sua razão de ser (...) a orientação positiva moderna, como em outro tempo a antiga escola histórica, combateu precisamente este erro; mas caiu por sua vez em outro igualmente manifesto, ao afirmar, contra o princípio da divisão do trabalho científico, que é a condição absoluta do desenvolvimento humano, que a Ciência do direito penal nada mais é que um capítulo e um apêndice da sociologia.¹⁰⁷

A Escola Técnico-Jurídica representa uma dupla e simultânea reação contra a herança jusracionalista da Escola Clássica e contra a herança criminológica da Escola Positiva. Se a Escola Positiva teve o mérito de liberar a velha Ciência Penal das “incrustações metafísicas que a recobriam”, logo frustrou a expectativa de uma nova construção científica, cuja edificação todos esperavam, pois, “destruindo sem reconstruir” chegou, em última instância, “a um Direito Penal (...) sem direito!”. Daí o “estado de ansiedade, incerteza e permanente perplexidade” que caracterizava a produção científica do Direito Penal. Cabia indagar, assim, se uma Ciência chamada Direito Penal era ou não

¹⁰⁷ Rocco. *El problema y el método de la ciencia del derecho penal*. Tradução por Rodrigo Naranjo Vallejo. Bogotá: Temis, 1982, 4-5, apud Andrade, *A ilusão de segurança jurídica*, 81.

uma Ciência Jurídica, pois continha Antropologia, Psicologia, Estatística, Sociologia, Filosofia, Política, ou seja, de tudo, menos de Direito.¹⁰⁸

Diz ainda Arthur Rocco:

A crise era vista sobretudo como uma crise de identidade da Ciência Penal, pois com o “estado atual do litígio, a Ciência Jurídica penal se debate hoje na tormentosa busca de si mesma: entre o antigo cuja vigência frequentemente se perdeu e o novo que pouco ou nada produz, podendo dizer que já não temos princípio jurídico firme algum de direito penal¹⁰⁹.

Quanto ao objeto, a Ciência Penal, na visão de Rocco, deveria ser inteiramente circunscrito ao Direito Penal vigente:

O que se quer é tão-só que a Ciência do direito penal, em harmonia com sua natureza de Ciência jurídica especial, limite o objeto de suas investigações ao estudo exclusivo do direito penal e, de acordo com seus meios do único direito penal que existe como dado da experiência, ou seja, o direito positivo.¹¹⁰

Quanto ao método, a Ciência Penal deveria ser reduzida

principalmente, se não em forma exclusiva, como sucedeu já faz tempo a respeito do direito privado, a um sistema de ‘princípios de direito’, a uma teoria jurídica, a um conhecimento científico da disciplina jurídica dos delitos e das penas, em uma palavra, a um estudo geral e especial do delito e da sanção, desde um ponto de vista jurídico, com fato ou fenômenos regulados pelo ordenamento jurídico positivo. Esta é a orientação técnico-jurídica,

¹⁰⁸ Cf. Andrade, *A ilusão de segurança jurídica*, 81.

¹⁰⁹ Rocco, *Il problema e il método della scienza del diritto penale*, 7, apud Andrade, *A ilusão de segurança jurídica*, 82.

¹¹⁰ Rocco, *Il problema e il método della scienza del diritto penale*, 10, apud Andrade, *A ilusão de segurança jurídica*, 83.

que é a única possível em uma Ciência precisamente jurídica, e de caráter especial por acréscimo, como o é a que leva o nome de Ciência do direito penal; é, ainda assim, a única orientação da qual pode se esperar uma reconstituição orgânica da debilitada estrutura científica do direito penal.¹¹¹

Quanto à função prática, a Ciência Penal “busca proporcionar o conhecimento científico das normas do direito àqueles que são chamados por sua missão na vida social a interpretar e aplicar o direito, seja combatendo como advogados, seja decidindo na qualidade de magistrados”¹¹².

O paradigma dogmático centralizava-se na aplicação judicial do Direito e aparecia como o único apto a fornecer a certeza e a segurança jurídica requeridas pela administração da Justiça Penal.

O caminho do paradigma dogmático trilhado por Rocco, que conduzia à autonomização da Ciência Penal, requeria uma resposta ao problema latente das relações entre Dogmática Penal e as demais disciplinas. Tal resposta, orientada pela “necessidade de especialização”, foi pontualizada como a necessidade de estabelecer uma divisão do trabalho científico que, requerendo uma rígida fixação do objeto e limites de cada disciplina, não deveria implicar uma “separação” e muito menos um “divórcio científico”. Rocco propõe que a Ciência Penal teria por objeto de estudo o crime e a pena como fatos jurídicos, a Antropologia teria por objeto o crime como fato individual e a pena como fato social; a Sociologia o teria a ambos como fato social, sendo

¹¹¹ Ibid., 9, apud Ibid., 84.

¹¹² Rocco, *Il problema e il método della scienza del diritto penale*, 15, apud Andrade, *A ilusão de segurança jurídica*, 86.

estas duas Ciências ao lado da História e do Direito comparado as fontes do “conhecimento científico” do Direito.¹¹³

A Ciência Penal deveria recorrer a essas disciplinas em caráter subsidiário e complementar, “dentro de certos limites” para evitar que o estudo dogmático, eminentemente lógico-dedutivo, se convertesse em um formalismo exacerbado.

Somente assim,

a Ciência Jurídica, Ciência do raciocínio lógico, pode andar de braço com a Ciência da observação experimental. Assim, pois, o direito penal, Ciência das normas jurídicas (...) se quiser ser consciente da finalidade e da função social das normas que estuda, deve também em certa medida enriquecer-se com o conhecimento do homem que comete o delito e ao qual se aplica a sanção, com o conhecimento do ambiente em que se comete o delito e em cujo meio a sanção desenvolve seus efeitos; é necessário, em outros termos, que chegue a conhecer, dentro de certos limites, o delito como fenômeno natural, individual e social, e a pena como fenômeno social, levando em conta os dados que atualmente lhe oferecem aquelas Ciências novas que são a antropologia (somatologia e psicologia) e a sociologia criminais.¹¹⁴

Ainda segundo Rocco,

desta forma nada impede que o penalista assuma, de vez em quando, o papel do antropólogo ou do sociólogo, ou que se empenhe na investigação filosófica ou política, mas, para evitar uma intromissão ilícita e perigosa na clareza da investigação

¹¹³ Cf. Andrade, *A ilusão de segurança jurídica*, 87.

¹¹⁴ Rocco, *Il problema e il método della scienza del diritto penale*, 38-9, apud Andrade, *A ilusão de segurança jurídica*, 87-8.

própria e estritamente jurídica, não pode esquecer que uma coisa é Direito, outra, Antropologia, Sociologia, Filosofia e Política. E que, nestes momentos, “se despe de sua toga de jurista e veste o hábito, igualmente rígido” do antropólogo, do sociólogo, do filósofo do Direito ou do cientista político (Rocco, 1982, pp. 11-3).¹¹⁵

O modelo de ciência proposto por Rocco, portanto, era marcado pela hegemonia da Dogmática Penal e pelo caráter auxiliar da Criminologia em relação a ela. Este modelo se tornará hegemônico na Itália até o século XX, com a Escola Técnico-Jurídica.

3.3.2 MATRIZES DO TECNICISMO JURÍDICO

Diferente do que aconteceu na Itália, na Alemanha, desde a primeira metade do século XIX, de Feuerbach até aproximadamente 1870, é o direito positivo que predomina como objeto da Ciência Penal, ainda que moderado pelo apelo ao Direito Natural.

O juspositivismo que triunfou na Alemanha desde

os anos 70 do século passado supôs algo mais que o estudo do direito positivo: negou a licitude de introduzir juízos de valor ou referências à realidade metajurídica na tarefa dogmática. Isto diferencia o método positivista do empregado pela Ciência alemã desde Feuerbach até Binding, caracterizada (...) pela apelação a critérios extrapositivos, sejam racional-ideais, sejam históricos, na elaboração do direito positivo.¹¹⁶

Foi na Alemanha, pois, que o positivismo jurídico deu lugar ao nascimento da Dogmática Penal e é na matriz alemã (Binding, Von Liszt e Binding) que se inspira, a reação tecnicista na Itália.

¹¹⁵ Andrade, *A ilusão de segurança jurídica*, 88.

¹¹⁶ Mir Puig, *Introducción a las bases Del derecho penal. Conceito y método*, 89.

Enquanto na Itália o positivismo naturalístico conduziu a um deslocamento do objeto da Ciência Penal para a realidade empírica, na Alemanha ele influenciou sobre a “Jovem Escola Alemã”, traduzindo-se na concepção eclética de Von Liszt, seu principal representante, que se limitou a aduzir, junto ao estudo (dogmático) do Direito Positivo, o estudo (criminológico) do delito e do delinqüente, procurando uma síntese conciliadora de ambos, mediante uma clara separação de funções e objeto de estudo.

Esta separação radical entre Direito, Criminologia e Política Criminal, originou, ao mesmo tempo, diferentes formas de considerar os problemas criminais e resultou em três campos de saber muito distintos e estanques, de modo que o jurista vê como seu campo de atuação apenas a aplicação das leis vigentes.

Conforme Francisco Muñoz Conde:

Doravante, Criminologia e Dogmática jurídico-penal vão caminhar cada uma por seu lado, sem relação entre si, como dois mundos distintos, falando inclusive idiomas distintos. A separação entre o ser e o valor, entre as esferas ontológicas e axiológica, conduziu paradoxalmente a Ciência alemã do Direito penal da época da República de Weimar a uma esquizofrenia científica que logo repercutiu na atitude que muitos penalistas da época adotaram perante o regime nacional-socialista, ao qual não só olharam com simpatia, como também apoiaram abertamente com as suas teorias e elucubrações dogmáticas¹¹⁷.

¹¹⁷ Um exemplo representativo dessa atitude pode ser o caso de Edmund Mezger, Catedrático de Direito Penal da Universidade de Munique, cujo *Tratado de Direito Penal* (1ª Ed., 1930) é uma das obras mais acabadas da Dogmática jurídico-penal daquela época, acolhendo os postulados teóricos e filosóficos do neokantismo e das mais puras essências da Ciência jurídica tradicional alemã, e que, entretanto, posteriormente, na época nazista, não teve pejo, não só em colaborar com a reforma penal posta em marcha pelo regime nacional-socialista, como

De acordo com Francisco Muñoz Conde, parte dos processos de Nüremberg levados a cabo pelos Tribunais norte-americanos, teve por objeto o julgamento de alguns juizes que se distinguiram por suas sentenças especialmente duras (nas que se aplicava com bastante freqüência a pena de morte ou a internamento em campos de concentração) por fatos de escassa gravidade ou importância ou simplesmente por pertencerem a grupos sociais e étnicos “estranhos” à comunidade do povo alemão (prostitutas, mendigos, vagabundos, homossexuais, ciganos, etc). Segundo o autor, nestas sentenças, o que impressiona não é a sua dureza ou crueldade, apesar de extremas, mas a fundamentação dada pelos juizes para determinar conceitos como o de “ação desonesta”, “ultraje à raça”, ou “pena adequada à culpabilidade”, com a mesma frieza como que se tratasse de um problema jurídico abstrato.¹¹⁸

Segundo Muñoz Conde, os juizes julgados em Nüremberg, que foram condenados à cadeia perpétua ou a largas penas de prisão, obtiveram a

também em dar uma cobertura pretensamente científica a leis repressivas de caráter racista e a todo um sistema baseado na superioridade da raça ariana e na pureza do sangue. Mas esta não foi só uma característica de alguns penalistas já importantes na época da República de Weimar, como também de alguns mais jovens que se começaram a destacar já em pleno período nazista, ainda que a sua formação jurídica e filosófica tivesse sua origem na etapa anterior. Sirva de exemplo o caso de Hans Welzel, o criador da teoria finalista da ação, que, sem haver incidido diretamente, como Mezger, na configuração do Direito penal nacional-socialista, desenvolveu já naquela época uma concepção teórica do sistema de Direito afim à ideologia nazista em alguns aspectos, tais como, ao preconizar que a tentativa fosse castigada com a mesma pena do crime consumado, ou ampliar a punibilidade da tentativa inidônea a casos próximos da tentativa irreal ou o crime impossível. Muñoz Conde, *Edmund Mezger e o direito penal de seu tempo*, 4 e 49.

¹¹⁸ Cf. *Ibid.*, 32. Como exemplo de até onde pode chegar a “perversão” da Dogmática jurídica quando se utiliza de um modo aparentemente neutro para justificar decisões em si perversas, Muñoz Conde cita uma das sentenças dos Sondergerichte de Berlim, em que se aplicou a pena de morte a um cidadão judeu de origem polaca acusado de “ultraje à raça” (“Rassenschande”), com o fundamento de que “a vontade expressada com seus reiterados delitos (ter relações sexuais freqüentes com diversas mulheres de raça ariana), se dirige contra o mais alto bem jurídico: a pureza racial do povo alemão”. O texto dessa sentença de 24 de novembro de 1941, pode ser encontrado em Bernhard Schimmler, *Recht ohne Gerechtigkeit*, Berlim: 1984, pp. 96 e subsequentes. Conf. Muñoz Conde, *Edmund Mezger e o direito penal de seu tempo*, 33.

liberdade em pouco tempo. Nenhum destes “*furchtbare Juristen*” teve grandes problemas para reintegrar-se à vida normal depois de alguns anos de ostracismo.¹¹⁹

Juízes, promotores, professores, advogados e outros altos funcionários do Governo Alemão, voltaram a ocupar seus cargos e exercerem as suas atividades jurídicas, procurando, contudo, esconder o seu passado nazista. Munõz Conde conta que Edmundo Mezger republicou seus livros e artigos suprimindo deles as passagens mais explícitas de racismo. Muitos dos livros mais comprometidos com o Regime de Hitler sumiram das bibliotecas, ou eram escondidos a sete chaves no que se chama “armário dos venenos”, guardados sigilosamente nos porões mais recônditos das Faculdades de Direito.

Passou-se a cultivar uma Dogmática “neutra” e “apolítica”, sem mencionar expressamente as posições de política criminal sobre as quais se produziam as elocubrações jurídicas. A utilização da palavra “política” no mundo do Direito se havia desacreditado até ao ponto de qualquer referência a ela para fundamentar ou explicar uma decisão jurídica retirava o valor da mesma. Dizer que alguém era “um político” tinha uma conotação pejorativa próxima do insulto.¹²⁰

Somente a partir dos anos oitenta surgiu na Alemanha um renovado interesse por revisar a vida e a obra de famosos juristas que haviam desempenhado um papel preponderante na época nacional-socialista e que

¹¹⁹ Ibid., 33.

¹²⁰ Ibid., 56.

logo depois da Segunda Guerra Mundial seguiram desempenhando-o já em plena época da República Federal.¹²¹

2.3.3 O MODELO DE CIÊNCIA PENAL DE K. BINDING

Binding é apontado como o primeiro grande representante do positivismo jurídico que se caracterizou pela pretensão de construir uma Ciência do Direito Penal positivo especificamente jurídica liberada de influências jusnaturalistas e sociológicas. Binding pode ser situado como a matriz decisiva para a consolidação do paradigma dogmático na Ciência Penal.

Em um artigo escrito em 1881, denominado “Strafgesetzbund, strafjustiz und Strafrechtswissenschaft in normalen Verhältnissen zueinander” (Legislação Penal, Justiça Penal e Ciência do Direito Penal em uma relação normal entre elas), na “Zeitschrift für die gesamte strafrechtswissenschaft” (Revista para um modelo integral de Ciência do Direito Penal), dirigida por Von Liszt, Binding, após destacar as falhas da doutrina alemã até então, conclui que a Ciência Penal, como Ciência Jurídica, tem uma dupla missão: servir de guia à prática presente e futura, mas, em ambos os casos, *de lege lata* ou *de lege ferenda*, ela deve ser e seguir sendo uma Ciência do Direito Positivo.¹²²

Segundo Vera Regina Pereira de Andrade:

Em seu *Handbuch des deutschen Strafrechts (Manual de Direito Penal alemão)*, publicado em 1885, [Binding] mantém-se fiel à tarefa da Ciência Penal como tarefa da “Ciência do Direito

¹²¹ Ibid., 31.

¹²² Cf. Ibid., 90-1.

Positivo” e tarefa da “Dogmática do Direito permanente”, fixando de forma incisiva sua delimitação e tarefa e excluindo energicamente a possibilidade e a legitimidade de uma “Filosofia do Direito Penal”, entendida como Ciência do Direito Penal que teria por objeto um suposto e inexistente Direito Natural, Racional ou Ideal.¹²³

A reação de Binding então é mais dirigida contra a herança jusnaturalista ainda persistente na tradição jurídica alemã:

[...] pois bem, não existe nenhum direito eterno e imutável que o homem possa conhecer, nenhuma filosofia estável do direito que esteja em condições de oferecer algo diferente das idéias fundamentais do direito que regeu ou rege ainda, nenhuma filosofia do direito que seja algo distinto da jurisprudência, nenhuma jurisprudência que seja algo alheio à Ciência do Direito positivo. Toda tentativa de submeter a Ciência do direito penal aos preceitos do direito natural de qualquer sistema filosófico é, portanto, um ataque sobremaneira retrógrado a sua liberdade, concebido como delimitação estreita de sua matéria e dirigido contra a unidade de seu objeto.¹²⁴

Todavia, se a adesão de Binding ao juspositivismo não comporta dúvidas, pois toda a sua obra se exprime numa linguagem positiva associada a uma categórica rejeição do Direito Natural, Binding não satisfaz a correlata exigência juspositivista de excluir juízos de valor ou referências à realidade metajurídica na tarefa dogmática. Pois, não tendo deduzido seus dogmas direta ou indiretamente da letra da lei, mas da “natureza das coisas”, isto é, do conhecimento – verdadeiro ou suposto – das estruturas lógico-reais que

¹²³ Binding, *apud* Rocco. *Il problema e il método della scienza del diritto penale*, 57-8, *apud* Andrade, *A ilusão de segurança jurídica*, 91.

¹²⁴ *Ibid.*

formam o quadro e o arcabouço da matéria jurídica, da “lógica” ou das “conquistas da teoria” é precisamente aí que se situa o limite do juspositivismo atribuído insistentemente e sem restrições a ele.

2.3.4 A DEFESA SOCIAL NA ESCOLA TÉCNICO-JURÍDICA

Por defender que o objeto de estudo do direito penal são as normas jurídicas do direito codificado em um dado país, a Escola Técnico-Jurídico não se manifestou acerca da defesa social, eis que, de acordo com a divisão de tarefas estabelecidas para as ciências penais, este seria um assunto de Política Criminal e não de Direito Penal.

Assim, será na Política Criminal que a defesa social será debatida e desenvolvida como uma teoria autônoma ao direito penal, e que pleiteará uma série de reformas para o sistema penal.

2.4 A DEFESA SOCIAL ENQUANTO MOVIMENTO DE POLÍTICA CRIMINAL

A noção de defesa social como proteção da sociedade contra a criminalidade surgiu com o positivismo da escola italiana. Posteriormente, nas primeiras décadas do século XX, quando há o divórcio entre direito penal, criminologia e política criminal, a defesa social passa a ser cultivada como teoria autônoma, de política criminal, e que reivindica uma série de reformas no sistema penal.

Nesse sentido, nas palavras de Marc Ancel:

A verdadeira noção de defesa social surgiu com o Positivismo; ou, mais precisamente, não se tornou possível conceber e ordenar uma teoria

da defesa social senão após a revolta positivista. [...] Mas, embora, originalmente, ao Positivismo a Defesa Social deve muito, ela lhe é a um só tempo posterior e exterior. É necessário, pois situar esse movimento em sua perspectiva de reação anticlassista, para que se possa compreender bem a importância histórica das noções de defesa social¹²⁵.

Marc Ancel identifica três pontos de vista que permitem situar claramente o movimento de defesa social em oposição ao direito penal clássico:

1º - A defesa social supõe a rejeição vigorosa e sistemática de toda metafísica e de todo apriorismo jurídico. A defesa social se recusa a construir a noção de delito como uma noção de puro direito e a de sanção como a consequência da violação da ordem estabelecida. A justiça penal tem por função não julgar um fato, mas fazer julgar um homem. A justiça penal tem por função tanto corrigir e reabilitar o delinqüente, quanto proteger a sociedade.

2º - A defesa social considera o crime como uma manifestação ou expressão da personalidade de seu autor, o homem delinqüente. A responsabilidade moral dos clássicos baseia-se na presunção de que o homem é supostamente livre. Tal afirmação serve apenas como suporte teórico do processo de repressão e não deve fazer parte das considerações da política criminal nem do direito penal. A defesa social busca encarar o homem criminoso como um ser concreto. À noção objetiva de delito, é preciso acrescentar a noção de sujeito da infração com seus elementos subjetivos.

¹²⁵ Ibid., 82

3º - A defesa social contesta que a teoria jurídica seja suficiente para organizar a reação social contra o crime. As doutrinas clássicas construíram uma sistemática jurídica que encontrava em si mesma sua justificação e sua finalidade, esquecendo-se que o delinqüente é um homem e a pena, uma sanção que atinge um ser de carne e osso.¹²⁶

A defesa social se opõe, em primeiro lugar, contra o sistema clássico, mas se opõe também à Escola Positiva.

É em 1876 que Lombroso publica seu famoso livro sobre o homem delinqüente. A repercussão seria enorme e tornou possível fundamentar a ciência penal não mais sobre o ato delituoso, mas sobre a personalidade do delinqüente.

Segundo Marc Ancel, as posições chaves do Positivismo que tornaram viáveis as primeiras teorias da defesa social, são as seguintes:

1º - A rejeição do livre arbítrio não é certamente da essência da defesa social, da mesma forma que o determinismo, biológico ou social, de Lombroso e de Ferri; mas a maneira pela qual os Positivistas consideram o problema da delinqüência supõe que o novo direito penal, em oposição ao direito penal tradicional, não mais será estabelecido em função do *homo delinquens* clássico, do homem razoável, mestre de seus atos e sempre livre no escolher entre o bem e o mal, o homem de Descartes ou, se preferem, da Declaração dos Direitos Humanos.

¹²⁶ Ibid, 232-236.

2º - Em seguida, o próprio delito será considerado não mais como uma abstração ou como uma entidade jurídica, mas como um fato natural e social, como um ato humano que se deve examinar não somente de forma objetiva segundo o direito, mas também e sobretudo em sua realidade subjetiva e em relação à personalidade concreta do autor, que deve ser em si mesma cientificamente examinada.

3º - A justiça penal não mais terá por missão, ou por única missão, punir uma culpa, e menos ainda restabelecer abstratamente o direito violado pela imposição objetiva de uma sanção reparadora; a sanção tenderá unicamente à proteção da Sociedade contra o crime; e é neste sentido que os Positivistas falarão por primeiro, correntemente, da *defesa social*: a função punitiva, declara Ferri, torna-se “uma pura e simples função de defesa social”.

4º - Mas, enquanto o direito penal clássico atribui à justiça penal uma tarefa abstrata e necessariamente incompleta ou aproximativa de retribuição, os Positivistas atribuem a essa justiça penal uma função bem concreta e precisa de proteção da Sociedade contra o crime; e eles reivindicam seja esta função garantida tão integral e eficazmente quanto possível; reagirão portanto contra a tendência manifesta no sentido de um abrandamento contínuo das penalidades. Garofalo quem primeiro demonstra de forma clara a noção de *periculosidade* responsabiliza os magistrados que, em nome de um humanismo mal compreendido, pronunciam penas insuficientes. Far-se-á com que passem para a esfera do direito penal, em razão unicamente do perigo que representam, esses alienados que o sistema clássico havia excluído; depois, esforços serão despendidos no sentido de se organizar a reação social contra esses anormais dos quais o direito neoclássico se livrará através do critério não

satisfatório de uma “responsabilidade atenuada”. Segundo a expressão metafórica de Olof Kinberg, a periculosidade torna-se a “bússola das orientações de política criminal”.

5º - A nova justiça penal terá essencialmente um valor de proteção; mas a legislação logo reservará um lugar de destaque à prevenção do crime, inicialmente lutando contra as condições sociais que favorecem a criminalidade (são os famosos “substitutivos criminais” de Ferri); quando o delito é cometido, a prevenção da reincidência terá lugar prioritariamente, e se tornará viável em função de um conjunto de medidas de segurança destinadas a assegurar a neutralização ou a cura do delinqüente.

6º - Enfim, essas novas legislação e justiça penais só poderão desempenhar suas tarefas de proteção social se orientadas segundo os ensinamentos bem assimilados da antropologia criminal e da sociologia criminal. Essa reforma do direito penal se apóia portanto, desde o início, na Criminologia, nova ciência à qual Garofalo relaciona todo o seu sistema; e o primeiro empreendimento de tal ciência será classificar os delinqüentes em categorias diferentes, cada qual suscetível de um tratamento especializado, o que, por via de conseqüência, conduz a reclamar uma magistratura penal especializada, com uma formação criminológica apropriada, no seio da qual o velho júri popular, imagem teórica do povo soberano, não mais terá seu lugar tradicional¹²⁷.

A defesa social, como movimento de política criminal, apresenta basicamente as seguintes idéias:

¹²⁷ Ibid, 238-242.

1º - A Defesa Social supõe uma concepção geral do sistema anticriminal que visa proteger a sociedade contra as ações criminais.

2º - Essa proteção social, a Defesa Social tenciona realizá-la, graças a um conjunto de medidas extrapenais, destinadas a neutralizar o delinqüente, seja pela eliminação ou pela segregação, seja através de métodos curativos ou educativos;

3º - A Defesa Social conduz assim à promoção de uma Política Criminal que atribui uma importância particular à prevenção individual (prevenção dos crimes e tratamento dos delinqüentes), tende conseqüentemente à uma ação sistemática de ressocialização.

4º - Essa ressocialização será desenvolvida por meio de uma *humanização*, do novo direito penal, assegurando o respeito aos direitos inerentes à pessoa humana.

5º - Essa política criminal de humanização não é de caráter humanitário ou sentimental, mas se apóia no estudo científico do fato criminoso e na *personalidade do delinqüente*.

2.5 A União Internacional de Direito Penal

Se a querela positivista torna viável uma primeira teoria da defesa social, sem contudo formulá-la, quem irá, pela primeira vez, dar à expressão um conteúdo doutrinal e próprio será na realidade a União Internacional de Direito Penal, e entre os três verdadeiros fundadores da União, von Liszt, van Hamel e Adolphe Prins, é a esse último que caberia formular essa primeira doutrina. A defesa social, como doutrina autônoma, é portanto, uma criação do século XX.

A União Internacional de Direito Penal, no entanto, foi fundada em 1889, mesmo ano em que se promulgou o Código Zanardelli, na Itália, e logo depois, em 1890, o primeiro Código Penal Republicano do Brasil.

A primeira redação dos estatutos da União, desprezando abertamente os postulados do sistema tradicional, proclamavam que:

A missão do direito penal é a luta contra a criminalidade, vista como fenômeno social, queriam que a ciência e a legislação penal pudessem “levar em conta os resultados dos estudos antropológicos e sociológicos”; declarava-se abertamente que a pena não era o único meio de luta contra o crime; distinguiam-se cuidadosamente os delinqüentes ocasionais e os delinqüentes habituais; tencionava-se buscar medidas substitutivas para as penas privativas de liberdade de curta duração; pretendia-se não mais tornar a duração da pena dependente tão-só da “gravidade material da infração”, e se proclamava a necessidade, ao mesmo tempo, de levar em consideração a emenda do condenado no correr da pena e tornar os criminosos habituais “inofensivos o maior lapso de tempo possível”¹²⁸. (o grifo é do original)

Não é possível, no entanto, dar à primeira doutrina da defesa social, como data de nascimento, o ano de 1889. A União não era nem pretendia ser uma Escola. Os princípios da declaração liminar da União tão só constituíam um certo número de reivindicações essenciais à luz da ciência penal renovada de então; de forma alguma procuravam constituir uma nova doutrina.¹²⁹

¹²⁸ Ibid., 88.

¹²⁹ Ibid., 89.

2.6 Adolphe Prins

Coube a Adolphe Prins, um dos fundadores da União Internacional de Direito Penal, ser o primeiro a formular uma doutrina autônoma da defesa social. Ele já atribuía a essa noção um papel importante na evolução do direito penal, desde sua primeira grande obra, *Science pénale et droit positif*, editada em 1899; mas foi sobretudo o livro de 1910, intitulado *La Défense Sociale et lês transformations du droit pénal* que foi considerado por Marc Ancel¹³⁰ como “o primeiro clássico da defesa social”. Seu ponto de partida é essencialmente a proteção da sociedade vista como a base exclusiva de um sistema penal racional e eficaz. A idéia fundamental é a da periculosidade, tal qual a concebia a escola positiva italiana (especialmente Ferri e Garofalo): uma periculosidade individual que destina o delinquente às medidas de neutralização, sobretudo de eliminação.¹³¹

Adolphe Prins¹³², expondo o seu ponto de vista doutrinal sobre a justificação teórica do direito penal, classifica em quatro grupos os princípios essenciais que, nas diferentes épocas da cultura européia, sucessivamente, caracterizam o direito penal na história: o princípio da reparação social, o princípio da expiação, o princípio da correção e a teoria da defesa social.

O princípio da reparação social caracteriza os primeiros séculos da nossa história. Entre a lei penal e a lei moral nenhum laço estabelece esse princípio; sob o ponto de vista político deixa predominar o interesse familiar

¹³⁰ Ibid., 92-93.

¹³¹ Cf. Ancel, *A nova defesa social*, 95 e 97.

¹³² Prins, *Ciência penal: direito positivo*, 38.

sobre o interesse social em uma época em que o Estado, não tendo ainda tomado consciência de si mesmo, não é ainda o órgão do interesse público.

O princípio da expiação ou da intimidação, legado pelo direito penal dos povos do Oriente e do império romano, aparece entre nós na Idade Média com a noção de uma autoridade pública de direito divino, encarregada de vingar a ofensa à divindade. Ele confunde na mesma concepção absoluta da lei penal a lei moral e a lei divina, e não impõe limite algum à repressão que deve ser o reflexo do infinito e do próprio Deus.

O princípio da correção aparece no século XVIII com a filosofia individualista e racionalista. A lei moral, destacada da lei religiosa, confunde-se com as regras da razão. O direito penal baseado na perfectibilidade do homem, ser dotado de razão, refreia os desvios da sua razão. Essa concepção do direito de punir que se move nas regiões da abstração, limita todavia a repressão ao que é útil ao homem racional e, pouco a pouco leva ao abrandamento das penas.¹³³

Finalmente, para Prins, a ciência moderna considera o direito de punir, não como um direito absoluto, mas como um direito relativo de defesa social de proteção social tendo por fim a defesa e a proteção dos interesses sociais. Podemos ler em seu trabalho:

Em um povo em que todos os indivíduos fossem absolutamente perfeitos, a lei penal e a lei moral seriam também absolutamente idênticas.

¹³³ Ibid., 38-39.

Mas abaixo do ideal inacessível da moralidade há para cada povo um ideal relativo, que ele procura atingir e conservar por todos os meios ao seu alcance. (...)

Abaixo deste ideal relativo, cada povo concebe também um mínimo de moralidade social cuja existência lhe parece ligada à existência da ordem; é este mínimo que ele traduz em fórmulas em um código penal e que faz respeitar pela coação. A coação é a reação social ou a pena oposta à ação antisocial ou ao delito e, neste sentido, o código penal é um ato de defesa social.¹³⁴

A doutrina de Adolphe Prins, em linhas gerais, apresenta algumas características bem distintas. A primeira delas consiste na consideração da periculosidade do delinqüente do ponto de vista do Estado e da Sociedade. Enquanto no direito tradicional o magistrado, no seu julgamento, verifica se o réu praticou um fato criminoso, a gravidade desse fato e de sua culpabilidade, a fim de lhe impor a pena proporcional, dentro dos parâmetros legais, Na doutrina de Prins, “a questão submetida à apreciação do magistrado consiste em saber se a periculosidade existe e justifica ou mesmo exige uma medida de proteção social”. O ponto de partida é essencialmente a proteção da Sociedade vista como a base de um sistema racional e eficaz. A idéia fundamental é a da periculosidade, tal qual inicialmente a concebia Garofalo: uma periculosidade individual que destina o delinqüente às medidas de neutralização¹³⁵.

Daí resulta a segunda característica da doutrina de Prins, que é acompanhada de uma forte reação contra as penas restritivas de liberdade de curta duração e contra aquilo que chama de “excessiva indulgência dos tribunais”. Em seu livro de 1910, Prins aborda a questão diversas vezes. Os

¹³⁴ Ibid., 39.

¹³⁵ Cf. Marc Ancel, ob. Cit., 95.

magistrados, explica, se norteiam por uma indulgência e piedade humanitárias, na realidade deveras criticáveis, pois são nefastas à Sociedade que desta forma resta indefesa. Um humanismo mal compreendido e perigoso enfraquece a ação penitenciária que deveria assegurar a proteção da sociedade.¹³⁶

Os objetivos imediatos consistem em revelar o caráter perigoso de certos indivíduos com o objetivo de lhes aplicar medidas que lhe impeçam molestar o maior lapso de tempo possível.

Diz Marc Ancel:

Foi portanto Prins quem, historicamente, tomou a iniciativa de dar à fórmula 'defesa social', já corrente, este conteúdo doutrinário; e foi também ele quem, pela primeira vez, a tornou expressão consciente de uma certa concepção da política criminal.¹³⁷

É notável observar que, como intérprete da primeira doutrina de defesa social, Prins não teve propriamente um continuador direto ou imediato. Sua doutrina cristalizava bem as novas tendências; ela não constituía uma escola, mas exerceu inegável influencia na legislação da sua época.

2.7 A defesa social na legislação do *entre guerras*

O livro de Adolphe Prins exerceu inegável influência sobre a legislação das décadas de 20, 30 e 40: o código espanhol de 1928, o código iugoslavo de 1929, o código italiano e o dinamarquês de 1930, o código

¹³⁶ Ibid., 95-96.

¹³⁷ Ibid., 101.

polonês de 1932, o rumeno de 1936, o suíço de 1937 e, na América Latina, o código peruano de 1924, os códigos mexicanos de 1928 e 1931, o código colombiano e o código cubano¹³⁸, ambos de 1936, e o código brasileiro de 1940¹³⁹.

As controvérsias doutrinárias não tem mais a vivacidade do período precedente, eis que ao serem adotadas pela legislação, o debate científico e filosófico cede espaço para a explicação ou interpretação dos novos textos legais, ganhando realce a Escola Técnico-Jurídica. Diz Marc Ancel:

Por todo lado ouve-se a afirmação de que os grandes debates doutrinários sobre os princípios filosóficos de base estão ultrapassados por uma evolução legislativa que incorpora no direito em vigor o que convém reter dos dois grandes sistemas em conflito. Numa época em que se manifesta uma forte corrente autoritária, essa atitude é ainda, por alguns, mais facilmente adotada, permitindo aos responsáveis pelos novos regimes de se limitar unicamente à explicação da nova *lex scripta*; evita-se assim confrontá-la, como nos tempos de Beccaria, com as exigências do direito natural ou, como à época de Lombroso, com os ensinamentos das ciências humanas, aferidos com toda independência. Dessa forma, por múltiplas razões, as controvérsias doutrinárias se adormecem; e essa posição tranqüiliza os técnicos do direito, dentre os quais alguns com razão por sinal, enfatizam a *media via* das novas legislações penais.”¹⁴⁰

Segundo Marc Ancel, o período entre as duas guerras assiste à eclosão de uma série de códigos penais cuidadosamente elaborados e de um

¹³⁸ O código cubano de 1936 foi intitulado *Código de Defesa Social*.

¹³⁹ Ancel, *A nova defesa social*, 105.

¹⁴⁰ *Ibid.*, 104.

indiscutível valor técnico, onde as medidas de segurança são reconhecidas oficialmente. Além dos novos códigos, leis especiais adotam medidas de segurança, como por exemplo, a Suécia em 1927, Hungria em 1928, Checoslováquia em 1929, Bélgica em 1930, e, com sua lei célebre de defesa social a Finlândia em 1932, e ainda, Espanha e Alemanha em 1933. Nos Estados Unidos, sem que o legislador se refira a “medidas de segurança”, medidas de defesa social surgem por meio de toda uma série de leis americanas prevendo um instrumento perpétuo de criminosos habituais após um certo número de condenações. Em sua maior parte, essas legislações limitam-se a prever novos meios de reação anticriminal para tal ou qual categoria de delinqüente, sem de forma alguma procurar estatuir um sistema unitário de penas e medidas de segurança rigorosamente definidas na sua esfera de aplicação¹⁴¹.

Sobreveio a Primeira Guerra Mundial, em 1914, e a União Internacional de Direito Penal encerrou suas atividades em 1924. Marc Ancel sustenta que a defesa social não foi beneficiada pelo direito autoritário que se instalou na Europa entre as duas Guerras Mundiais. Ele considera inclusive que houve um hiato no desenvolvimento das doutrinas de defesa social. Mas, ao contrário do que sustenta, foi nos períodos mais autoritários que a defesa social ganhou espaço, inclusive na legislação. Foi o direito penal autoritário que se expandiu pela Europa e pela América Latina, na primeira metade do século XX, que puseram em prática, as idéias e as reivindicações dos movimentos de defesa social.

¹⁴¹ Ibid, 105-106.

CAPÍTULO III

3. A DEFESA SOCIAL NO BRASIL

Neste capítulo, analisaremos a transposição das idéias da Escola Positiva Italiana para o Brasil. Tentaremos explicar tal adesão ao positivismo penal, na medida em que o jurista brasileiro sempre foi considerado um liberal, especialmente em razão do Código Criminal de 1830 e do Código Penal de 1890.

Tendo o livro de Lombroso, *O homem delinqüente*, sido publicado em 1876, cabe indagar como foram importadas para o Brasil e como por aqui foram interpretadas e utilizadas as suas idéias ou teorias. O que acontecia no Brasil, à época do aparecimento do positivismo criminológico lombrosiano? Quais eram percebidos os *problemas* da sociedade brasileira e da ciência penal? De que forma as idéias da Escola Positiva Italiana foram utilizadas para equacionar os “problemas nacionais”? Como se configurava a ciência penal da época e quais transformações seriam operadas no sistema punitivo, depois da transposição das idéias da Escola Positiva Italiana para o Brasil? Estas transformações girariam em torno de quais interesses?

À época do surgimento do positivismo criminológico, vigorava no Brasil o Código Criminal do Império do Brasil, de 1830, em que predominavam claramente as tendências da Escola Clássica de Direito Penal, com a adoção da “responsabilidade moral” e do “livre arbítrio” como pressupostos para a imputação de uma pena aos autores de um crime. Mas, após Proclamação da República, em 1889, um novo Código Penal surgiria no ano seguinte, ainda

com tendências marcadamente classistas. Assim, pelo menos sob o ponto de vista formal, a legislação brasileira, até então, era uma legislação *clássica*, que incorporava os ideais de um direito penal liberal¹⁴².

3.1 O POSITIVISMO CRIMINOLÓGICO NO BRASIL

O ensino jurídico no Brasil havia sido regulamentado através da aprovação do projeto de 31 de agosto de 1826, convertido em lei em 11 de agosto de 1827, que estabelecia que o Direito passaria a ser ensinado, em caráter exclusivo, pela Faculdade de Direito de Olinda (cujas escolas foram transferidas para Recife em 1854) e pela Faculdade de Direito de São Paulo. Inicialmente, a Escola Clássica exerceu plena influência na Faculdade de Direito de Olinda, que contava apenas com professores portugueses, vindos de Coimbra, ou brasileiros que tinham realizado sua formação no mesmo centro lusitano.

Mesmo após a mudança desta Faculdade de Direito para o Recife, a presença do direito ensinado em Coimbra permaneceu forte na faculdade pernambucana. Isto até o aparecimento de insurgências teóricas como a representada por Tobias Barreto (1839-1889), que havia sido formado pela mesma escola e nela assumiu uma cátedra em 1882, passando a

¹⁴² Com esta expressão queremos referir-nos a um *direito penal* capaz de garantir os direitos dos indivíduos, contrapondo-o a um direito penal de cunho autoritário, que privilegia os direitos da sociedade, fortalecendo seus mecanismos de repressão à população.

mobilizar os estudantes às discussões científicas de Comte, Darwin, Spencer e Haeckel¹⁴³.

Tobias Barreto havia sido aluno de José Higino (um interessado na obra de Comte) e de João Vieira de Araújo (admirador da obra de Spencer), dois lentes da Faculdade de Direito de Recife que eram receptivos a críticos da Escola Clássica.¹⁴⁴

João Vireira de Araújo e Tobias Barreto foram os dois primeiros autores brasileiros a se referirem ao livro de Lombroso, *O homem delinqüente*, em 1884¹⁴⁵.

João Vieira de Araújo, Tobias Barreto, José Higino e Clóvis Beviláqua formaram aquilo que Silvio Romero mais tarde denominou como a “Escola do Recife”, que não formava “um rígido conjunto de princípios, uma sistematização definitiva de idéias, mas sim uma orientação filosófica progressiva, que não impedia a cada um investigar por sua conta e ter idéias próprias, contanto que norteadas cientificamente”¹⁴⁶.

O ensino de direito em Olinda se caracterizou por uma orientação *científica*, em que seus professores se dedicavam a uma discussão orientada

¹⁴³ Almeida, *Heranças perigosas: arqueogenealogia da “periculosidade” na legislação penal brasileira*.

¹⁴⁴ Almeida, ob. Cit.

¹⁴⁵ Existe uma divergência sobre qual destes autores teria sido o primeiro a tratar das idéias de Lombroso no Brasil. Tobias Barreto referiu-se a Lombroso em *Menores e loucos*, publicado em março de 1884. João Vieira de Araújo, também em 1884, ocupou-se de Lombroso no *Ensaio de direito penal sobre o Código Criminal do Império do Brasil*. Porém, Clóvis Bevilqua afirmou que o livro de Tobias Barreto já havia aparecido, desde 1882, nas colunas do “Diário de Pernambuco”. Mas, no *Archivio di Psichiatria*, o jurista brasileiro que aparece em primeiro lugar é João Vieira de Araújo. Sobre esta controvérsia, veja-se: CASTIGLIONE, Teodolindo. *Lombroso perante a criminologia contemporânea*, São Paulo, 1962, p. 270-271; ALVAREZ, Marcos César. *Bacharéis, Criminologistas e Juristas: saber jurídico e nova escola penal do Brasil*, São Paulo, 2003, p. 72-78.

¹⁴⁶ Reale, *Tobias Barreto na Cultura Brasileira*, in *Estudos de Direito I/ Tobias Barreto*. Rio de Janeiro: Record; Aracaju, Secretaria de Cultura e Meio Ambiente, 1991, 42, apud Almeida, “Heranças perigosas: arqueogenealogia da “periculosidade” na legislação penal brasileira”

pelo estabelecimento de uma verdade científica e procuravam destacar-se como homens de ciência¹⁴⁷.

O ambiente de intensa crítica acadêmica da Escola do Recife, no qual se formaram Viveiros de Castro, José Veríssimo, Clovis Beviláqua, dentre muitos outros autores da época e o modo como eles se apropriaram da discussão de temáticas que constituíam, segundo sua concepção, os “problemas nacionais”, marcou profundamente os debates intelectuais da época.¹⁴⁸ Marcos Alvarez destaca que a Escola do Recife constitui-se numa importante referência simbólica para uma série de autores que em diversos campos se lançaram na tentativa de renovar a produção intelectual local, indo das discussões filosóficas mais amplas às áreas mais específicas, como o direito penal. A Escola do Recife deixou herdeiros mesmo entre médicos como Nina Rodrigues e Afrânio Peixoto.¹⁴⁹

Já na Faculdade de Direito de São Paulo, a orientação dos debates era mais pragmática. Os paulistas estavam mais preocupados em participar da vida política do que em qualquer debate científico. O positivismo criminológico só chegou à Faculdade de Direito de São Paulo em 1888, com o ingresso de Pedro Lessa no seu corpo docente.

As idéias da Escola Positiva Italiana, que vinham sendo desenvolvidas na Europa no século XIX, desde a década de 70, obtiveram ampla repercussão entre os juristas brasileiros a partir do fim do Império e ao longo de toda a Primeira República. Segundo Marcos César Alvarez:

¹⁴⁷ Idem.

¹⁴⁸ Almeida, “Heranças perigosas,” 110.

¹⁴⁹ Alvarez, *Bacharéis, Criminologistas e Juristas*, 28.

Não é exagero dizer que o Brasil foi um dos países que acolheu com mais entusiasmo os ensinamentos da criminologia, notadamente em sua vertente italiana, pois isso reconhecido pelos próprios fundadores deste novo conhecimento.¹⁵⁰

Marcos Cesar Alvarez acredita que a criminologia representou a emergência de um discurso da desigualdade no campo da lei, discurso este capaz de propor, a partir da articulação dos campos da lei e da norma, um tratamento jurídico-penal diferenciado para determinados setores da população e, conseqüentemente, num plano mais geral, de estabelecer critérios diferenciados de cidadania¹⁵¹.

Na visão de Noé de Azevedo:

O que o novo direito penal tem em vista é a defesa da sociedade contra a ação de indivíduos perigosos. Pouco importa que eles tenham delinqüido ou não; desde que se revele por qualquer modo a periculosidade, deve o Estado tomar as necessárias medidas de prevenção, dando aos indivíduos perigosos o tratamento adequado para evitar que venham a causar dano a seus semelhantes¹⁵².

Enquanto os autores de Recife estavam preocupados em discutir os problemas nacionais, especialmente a “questão racial”, e encontrar soluções para eles, com base no debate científico, os advogados de São Paulo tinham como principal preocupação decidir politicamente o destino da nação, segundo

¹⁵⁰ Ibid., 30.

¹⁵¹ Ibid., 32-3.

¹⁵² Noé Azevedo, *As garantias da liberdade individual em face das novas tendências penais*, São Paulo, 1936, 7, in Castiglione, *Lombroso perante a criminologia contemporânea*, p. 289.

uma orientação política liberal na fachada, mas marcadamente conservadora e pouco democrática.¹⁵³

3.1.1 O Brasil à época da chegada do positivismo penal

Em 1884, ano do início da divulgação das idéias de Lombroso no Brasil, vigorava por aqui, no campo da política, a Monarquia em transição para a República. O Brasil era um país escravocrata e desenvolvia-se por aqui um estranho liberalismo.

Até a Independência, em 1822, o liberalismo confundia-se em suas metas com o anticolonialismo, o que contribuiu para aliar os diversos setores sociais e encobrir as contradições existentes entre eles. Obtida a Independência, as diferentes perspectivas liberais cindiram-se em dois blocos que podem ser denominados de liberais-conservadores e liberais-radicais. Para estes, o liberalismo deveria implicar em melhores condições de vida para a população, democratização de acesso aos cargos públicos, extinção da escravidão e dos privilégios segundo o *status* social das pessoas, e outras medidas progressistas. Para os liberais-conservadores, membros das elites coloniais, o liberalismo significava garantir, fundamentalmente, a manutenção das estruturas tradicionais de produção cujas bases eram o sistema de

¹⁵³ Almeida, "Heranças perigosas," 112.

trabalho escravo e a grande propriedade. E, de fato, as elites conseguiram impor a sua visão política.¹⁵⁴

O liberalismo brasileiro, portanto, não tinha pretensões democratizantes e não se baseava na premissa da igualdade jurídica, política e social. A construção da estrutura política do Estado brasileiro, incluindo a estrutura jurídica, obedeceu, assim, aos parâmetros de um liberalismo de cunho conservador e antidemocrático.¹⁵⁵.

A República foi produzida a partir dos interesses da elite cafeeira, dos grandes proprietários rurais de São Paulo, dos militares e dos intelectuais. As classes subalternas quase não tiveram participação na queda do regime. De acordo com a célebre frase de Aristides Lobo, elas limitaram-se a assistir bestializadas à passagem das tropas golpistas, acreditando tratar-se de uma parada militar¹⁵⁶.

Desse modo, a proclamação da República representa, como em muitas outras ocasiões de nossa história, uma revolução “pelo alto”, um movimento de mudança visando, paradoxalmente, a manutenção das relações fundamentais de poder intactas, aptas a reproduzir a dominação oligárquica no Brasil, o que não exclui a ocorrência de mutações de caráter superestrutural na sociedade e nem tampouco o ingresso de novos atores sociais na cena política, como, por exemplo os militares, ainda impregnados em significativo número pelo positivismo então reinante nas escolas militares, e a classe média urbana.

¹⁵⁴ Freitas, *As razões do positivismo penal no Brasil*, 228-9.

¹⁵⁵ *Ibid.*, 231.

¹⁵⁶ Cf. *Ibid.*, 269.

No dizer de Marcos Cesar Alvarez, a introdução da criminologia no país representou “a possibilidade simultânea de compreender as transformações pelas quais passava a sociedade, de implementar estratégias específicas de controle social e de estabelecer formas diferenciadas de tratamento jurídico-penal para determinados segmentos da população. Como um saber normalizador, capaz de identificar, qualificar e hierarquizar os fatores naturais, sociais e individuais envolvidos na gênese do crime e na evolução da criminalidade, a criminologia poderia transpor as dificuldades que as doutrinas clássicas de direito penal, baseadas na igualdade ao menos formal dos indivíduos, não conseguiam enfrentar, ao estabelecer ainda os dispositivos jurídico-penais condizentes com as condições tipicamente nacionais”¹⁵⁷.

Com a expectativa criada em torno de um novo direito penal, pode-se compreender a grande decepção dos juristas positivistas com o Código Penal de 1890, ainda de feições clássicas, traduzidas nas inúmeras críticas, sobretudo as de Paulo Egídio ao afirmar que o Código é um “empecilho invencível” e um “código impossível”. Apenas três anos após a edição do novo Código, Aurelino Leal escreveu um livro para demonstrar que a legislação penal republicana havia adotado dispositivos jurídicos que eram verdadeiros “germes do crimes”, pois estimulavam a criminalidade em vez de combatê-la¹⁵⁸.

¹⁵⁷ Alvarez, *Bacharéis, Criminologistas e Juristas*, 72.

¹⁵⁸ Cf. *Ibid.*, 69. Este autor explica que Aurelino Leal In *Germens do crime* (Bahia: Magalhães, 1896) baseado nas teorias da escola positiva, aponta uma extensa lista desses “germes do crime”, presentes na legislação penal recém-promulgada: a manutenção do júri, a prescrição dos crimes, a fiança, a divisão da ação penal em pública e privada, a anistia, a graça, o perdão do ofendido, o livramento condicional, a impunidade do mandante, a reincidência e as nulidades processuais.

Desde sua promulgação, o Código Penal de 1890 foi considerado como incapaz de dar conta dos novos desafios colocados pelas transformações sociais e políticas do período republicano.

Na percepção dos positivistas brasileiros, que serão estudados adiante, as transformações sociais e políticas, pelas quais passava o Brasil da segunda metade do século XIX ao início do século XX, colocavam a necessidade de novas formas de exercício do poder de punir. Equacionar o controle social da população negra e dos imigrantes com a constituição da nova República foi o grande desafio das elites e dos juristas positivistas que pleiteavam a reforma da legislação penal. Diante do grande crescimento populacional dos grandes centros urbanos da época, como Rio de Janeiro, Capital da República, e São Paulo, compreende-se a grande velocidade das transformações sociais e a desesperada busca pelo controle dessa população.

Marcos Cesar Alvarez, citando Chalhoud e Carvalho, explica que:

Como conseqüência deste rápido crescimento populacional, um grande número de pessoas terão empregos mal remunerados ou não terão ocupação fixa, enfrentando também péssimas condições de habitação e higiene. Vistos como “classes perigosas” pelas elites, esta parte da população do Rio de Janeiro, não integrada ao novo mundo do trabalho assalariado, será uma preocupação constante das autoridades policiais. O crescimento industrial do Rio de Janeiro fará com que parte desta população pobre seja aproveitada como operários de baixa qualificação.¹⁵⁹

A substituição da mão-de-obra escrava pela mão-de-obra assalariada e a conseqüente formação de um mercado de trabalho livre no

¹⁵⁹ Álvares, *Bacharéis, Criminologistas e Juristas*, 57.

Brasil foi um processo histórico complexo que implicou significativas mudanças sociais e culturais. Neste processo foram necessárias não só novas formas institucionais de controle social que obrigassem ao trabalho assalariado, mas também transformações que levassem à valorização do trabalho pela sociedade em geral. Esta transição do trabalho livre no Brasil era ainda mais complexa, pois encontrava como obstáculo não apenas a superação do trabalho escravo, mas também a recusa da população livre em se submeter ao trabalho assalariado e a desconfiança das elites econômicas e políticas em relação à capacidade do trabalhador nacional. Após longos debates acerca das opções possíveis, a imigração em massa de trabalhadores foi a saída encontrada, ao menos no campo econômico, para este conjunto de problemas que colocavam em suspenso não apenas a capacidade produtiva do país, mas a própria manutenção da ordem social¹⁶⁰.

No Rio de Janeiro e em São Paulo, da República recém-proclamada, um novo contexto econômico, social e cultural surgiria. Com o dramático crescimento demográfico, a estrutura social se diversificava e novos conflitos sociais emergiam. O empresariado e os trabalhadores industriais ganhavam importância. As classes médias passavam por um crescimento significativo. Surgiram movimentos sociais urbanos do proletariado industrial,

¹⁶⁰ Ibid., 54. O Autor enfatiza que, no imaginário das elites, a transição da escravidão ao trabalho assalariado respondia à necessidade de ordem pública. Nesse sentido, cita Azevedo e Schwarcz que, ao estudarem documentos referentes à província de São Paulo, mostram como o medo das sublevações escravas está presente no imaginário das elites ao longo do século XIX, sendo *uma das preocupações determinantes que levaram à elaboração das diferentes estratégias que visavam alcançar algum tipo de solução para o problema social que o negro representava na transição para a nova sociedade*. Também Bresciani, ao analisar os relatórios presidenciais acerca da ordem pública em São Paulo entre 1850 e a abolição, constata que as fugas individuais ou em massa de escravos e os atos de violência praticados pelos negros no período foram os eventos mais numerosos entre as ocorrências consideradas graves e ameaçadoras para a ordem pública (Maria Stella Martins Bresciani. *Liberalismo: ideologia e controle social: um estudo sobre São Paulo de 1850 a 1910*. São Paulo: Tese (doutorado em História – Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humana, Universidade de São Paulo, 1976).

bem como das demais camadas populares. Perante este conjunto de transformações, o próprio espaço urbano ganhava nova dimensão, ao colocar para o Estado e a sociedade problemas inéditos, como, por exemplo, a preocupação em compreender e controlar a multidão, com os freqüentes protestos e revoluções populares. Essa nova dimensão da vida urbana moderna estimulará novos olhares na tentativa de localizar, identificar e individualizar determinados grupos sociais, visando diminuir as incertezas da modernidade no meio urbano.

Aos olhos das elites republicanas, essa população aparece, ou excessivamente insubmissa, como no Rio de Janeiro, ou por demais “multifacetada e disforme”, como afirma Adorno, em relação a São Paulo. Assim, o antigo medo das elites diante dos escravos seria substituído pela grande inquietação diante da presença da pobreza urbana, como indica o mesmo autor:

Com o fim da escravidão, a imagem de uma sociedade cindida entre senhores e escravos, sustentada em linha de sociabilidade que preservam a distância e a hierarquia, fundamentos de uma ordem autoritária e desigual, dissipa-se. Em seu lugar, emerge uma imagem difusa de horror e medo: os pobres invadem o espaço urbano, comparecendo com suas “idiossincrasias” – os maus costumes, a ignorância, a insubordinação, a incompreensão dos valores prevaletentes em uma civilização -, atrapalhando a marcha do progresso, depondo contra as virtualidades futuras da nação¹⁶¹.

¹⁶¹ Sérgio Adorno, *A gestão filantrópica da pobreza urbana*. São Paulo em perspectiva, vol 4, nº 2, p. 8-17, abr-jun, 1990, 9, apud. Alvarez, *Bacharéis, Criminologistas e Juristas*, 62.

Tanto em São Paulo como no Rio de Janeiro as transformações sociais no meio urbano eram vistas, muitas vezes, como associadas às mudanças no perfil da criminalidade local. O crime passou a ser visto sobretudo como uma das muitas facetas da desagregação social do meio urbano, associado, cada vez com mais frequência, à pobreza e às condições de vida do proletariado industrial. A preocupação com a relação entre o progresso da sociedade e o aumento da criminalidade, o crescimento da criminalidade entre segmentos específicos da população, como entre as crianças, e o problema da convivência das diversas raças, emergem, assim, como temas no interior do saber jurídico.

Diante do acelerado processo de urbanização, os juristas locais começaram a questionar se também nas cidades brasileiras não ocorreria o aumento progressivo dos crimes, como já havia ocorrido na Europa e nos Estados Unidos. O medo da crescente criminalidade que atingiu a Europa especialmente no final do século XIX, parece ter rondado também a imaginação daqueles que estavam envolvidos com a manutenção da ordem social no Brasil. Assim, Paulo Egídio, em um discurso no Senado em 1904, admite a existência de uma lei “demógrafo-criminológica”: ao aumento da população corresponde um aumento dos crimes¹⁶². Também o promotor Cândido Mota, em seu relatório “A Justiça Criminal na Capital do Estado de São Paulo”, referente ao ano de 1894, aponta o aumento extraordinário da

¹⁶² Paulo Egídio, *Senado*, 1904, 185, apud. Alvarez, *Bacharéis, Criminologistas e Juristas*, 63.

população, que havia triplicado em cinco anos, como uma das principais causas de incremento, por ele constatado, da criminalidade na cidade¹⁶³.

Outro aspecto que começou a preocupar foi o aumento da criminalidade em certos segmentos específicos da população, especialmente entre as crianças e os imigrantes.

Cândido Mota, naquele mesmo relatório, ao comparar os dados acerca da criminalidade na capital entre os anos de 1894 e 1895, fica escandalizado com o aumento de “menores” criminosos: “A criminalidade dos menores aumentou a olhos vistos. Em 1894 o número de criminosos de 9 a 20 anos era apenas de 59, ao passo que neste ano se elevou a 97, isto é, a 60% a mais!”. Preocupado com essa situação, Cândido Mota se empenhará para a criação de Instituições especiais para menores moralmente abandonados e criminosos, campanha que levou à criação do Instituto Disciplinar em 1902. O termo “menor” já começa a ser utilizado para caracterizar crianças e adolescentes pobres e infratores¹⁶⁴.

O aumento populacional vem associado ao aumento da criminalidade, associada, também, ao problema da imigração e o conseqüente aumento da diversidade racial da sociedade brasileira. O senador Paulo Egídio se manifesta ao comentar que a nação brasileira, ao receber os novos imigrantes, estava sujeitando-se “a receber em suas plagas o bom e o mau, o trabalhador e o inerte, o homem de bons costumes e o homem de maus

¹⁶³ Cândido Nazianzeno Nogueira da Mota, *A justiça criminal da capital do Estado de São Paulo*. São Paulo, Tipografia a Vapor Espíndola, Siqueira & Cia., 1895, apud. Alvarez, *Bacharéis, Criminologistas e Juristas*, 63.

¹⁶⁴ Cf. Alvarez, *Bacharéis, Criminologistas e Juristas*, 64. Posteriormente, a associação entre pobreza, abandono e delinqüência será consolidada com o Código de Menores de 1927.

costumes, o camorrista, o socialista e o niilista. É, portanto, muito natural que neste país, e nesta parte do país brasileiro, a onda criminal cresça e se avolume e a criminalidade infantil também recrusdesça¹⁶⁵”

Viveiros de Castro alertou para a importância da imigração na diversificação de composição racial da sociedade, principalmente em face do cruzamento de raças presente no Rio de Janeiro: “O Brasil oferece nesse momento de sua evolução histórica, a um observador competente, um fenômeno curioso a estudar, uma raça que se forma pela fusão de três raças diferentes, o português, o africano e o índio. E aqui na Capital Federal o problema mais se complica pela concorrência de estrangeiros, vindos de toda a Europa, que aqui se demoram nas explorações da indústria e do comércio”¹⁶⁶.

Assim, a partir da incorporação da criminologia no interior do saber jurídico nacional, os juristas assumem, por um lado, a missão de participar da reforma da sociedade republicana e, por outro, determinados segmentos da população urbana serão configurados como objetos de conhecimento e intervenção do Estado.

3.2 O POSITIVISMO PENAL NA DOUTRINA JURÍDICA NACIONAL

3.2.1 João Vieira de Araújo

João Vieira de Araújo, professor da Faculdade de Direito do Recife, foi o jurista de maior prestígio no seu tempo a aderir ao positivismo

¹⁶⁵ Paulo Egídio, *Senado*, 1902, p. 152, apud Alvarez, *Bacharéis, Criminologistas e Juristas*, 65.

¹⁶⁶ Francisco José Viveiros de Castro, 1932, p. VII, apud Alvarez, *Bacharéis, Criminologistas e Juristas*, 65.

penal e o único a comentar o direito posto a partir de seus princípios, fazendo-o de forma sistemática¹⁶⁷. Consiste o referido trabalho no *Código Criminal Brasileiro: comentário filosófico-científico*, editado em 1889.

João Vieira de Araújo foi escolhido por Von Liszt para representar o Brasil na União Internacional de Direito Penal e, com a ajuda de Clovis Bevilacqua, escreveu o capítulo relativo ao nosso país publicado nos anais daquela União, com prefácio do mestre alemão¹⁶⁸.

Nos termos propostos por Garofalo, João Vieira de Araújo rejeita a tese clássica do livre arbítrio e acolhe integralmente a temibilidade como critério que permite a aplicação da sanção penal ao delinqüente. Para tanto, João Vieira de Araújo acolhe a tipologia do delinqüente e, também, a orientação positivista acerca dos fatores que atuam sobre a vontade do agente¹⁶⁹.

3.2.2 Tobias Barreto

Tobias Barreto, professor da Faculdade de Direito do Recife, fundador do movimento denominado “Escola do Recife” – ao lado de Clóvis Bevilacqua, Silvio Romero, Martins Júnior, Arthur Orlando, etc – foi um inovador do nosso direito criminal. Antecipou-se, em matéria criminal, a partir de 1870, a muitas das idéias ou noções de penalistas europeus. Orador e poeta famoso, travou duelos poéticos com Castro Alves, no Teatro Santa Isabel, em Recife.

¹⁶⁷ Freitas, *As razões do positivismo penal no Brasil*, 306.

¹⁶⁸ Cf. Lyra, *A expressão mais simples do direito penal*, p. 42.

¹⁶⁹ *Código Criminal Brasileiro: comentário filosófico-científico*, 64, apud Freitas, *As razões do positivismo penal no Brasil*, 306.

Tobias Barreto estava atualizado com toda a literatura penal e filosófica da Europa daquela época, desde o classicismo de Carrara, à filosofia de Hegel, ao evolucionismo de Darwin, etc. Figura humana extraordinária, até hoje a Faculdade de Direito do Recife é conhecida como a “Casa de Tobias”¹⁷⁰.

Tobias dedicou-se com afinco ao estudo do idioma alemão para ler no original alguns dos ensaios germânicos, à frente deles Ernest Haeckel e Ludwig Büchner. Foi em alemão que Tobias redigiu o *Deutscher Kämpfer* (O lutador alemão). Mais tarde sairia de sua pena os *Estudos Alemães*¹⁷¹.

Tobias Barreto possui vários trabalhos em direito penal, entre eles, *Menores e loucos em direito criminal* e *Prolegômenos do Estudo do Direito Criminal*. Nestes, Lombroso é mencionado de passagem, inserido entre outras preocupações de Tobias Barreto. Ele não chegou a se dedicar especificamente às teses de Lombroso, produzindo uma obra específica que pudesse ser qualificada de positivista ou de divulgação do positivismo penal.

Tobias tinha ojeriza ao jusnaturalismo, ao direito divorciado da realidade social e à metafísica. Definitivamente, Tobias não era um admirador de Carrara. Para ele, o príncipe da Escola Clássica não passava de “um penalista metafísico da pior espécie”¹⁷².

Seu livro *Menores e Loucos em Direito Criminal* foi publicado pela primeira vez em 1884. A segunda edição foi publicada em 1886, acrescida com o apêndice “*Direito de punir*”.

¹⁷⁰ Cf. Alves, *Programa de Direito Penal*, 32-3.

¹⁷¹ Cf. Freitas, *As razões do positivismo penal no Brasil*, 287.

¹⁷² Tobias Barreto, *Menores e loucos*, Obras completas, 1926, 74, apud Castiglione, *Lombroso perante a criminologia contemporânea*, 270.

Tobias Barreto, em *Menores e Loucos*, faz a seguinte consideração ao livro de Lombroso:

O livro de Lombroso , seja-me lícito dizê-lo, é escrito de maneira italiana e pensado de maneira germânica.

Por minha parte, já se vê, que nisto vai um grande merecimento. Mas também por outro lado, importa reconhecer que o autor alargou demais as suas vistas, sendo excessivo nas apreciações. Tudo tem seus limites. O conhecimento exato do criminoso não se compõe somente de dados psicológicos, fornecidos pela observação interna direta ou indireta; mas é igualmente certo que não se compõe só de dados craniométricos, oftalmoscópicos e todos os mais epítetos sesquipedais, de que soe usar a tecnologia médica¹⁷³.

Considerando-se o inegável apreço que Tobias tinha pela cultura alemã, que considerava superior a todas as outras, dizer que o livro de Lombroso era *germanicamente pensado* significava, para o professor do Recife, um grande elogio.

Tobias Barreto não adere às teorias lombrosinas, apenas aplaude os golpes do professor de Turim contra os “criminalistas metafísicos”, como Carrara. Tobias considerava que a jovem Escola Positiva não tinha a contar outro resultado senão o de haver complicado mais as dificuldades da ciência, sem contudo resolver nenhuma das suas graves questões¹⁷⁴.

Nesse mesmo sentido, em *Menores e Loucos*, Tobias Barreto faz a seguinte avaliação do livro de Lombroso, *O homem delinqüente*:

¹⁷³ Barreto, *Menores e Loucos em direito criminal*, 113-4.

¹⁷⁴ Tobias Barreto, *Estudos de Direito*, vol. 1, Obras completas, p. 19-20, apud Castiglione, *Lombroso perante a criminologia contemporanea*, 272.

O livro se distingue por um luxo de detalhes que vai além de toda medida, e que não raro, em vez de esclarecer, obscurece as questões. Assim como existe, perante a lógica, um argumento vicioso, que consiste em provar demais, também existe, perante a ciência, alguma coisa de análogo e igualmente condenável: - é esse processo que se delicia em observar demais, em acumular observações, aparentemente profícuas, mas no fundo estéreis, incapazes de generalização, irreduzíveis a uma lei. Em última análise, admira-se o talento, a perspicácia, a paciência do autor, mas o proveito que se aúfere, não compensa trabalho da fatigante leitura de um livro de 465 páginas de texto, com mais 300 de apêndices, tabelas e perícias¹⁷⁵.

3.2.3 Macedo Soares

O magistrado Macedo Soares assinou em 1888 um trabalho intitulado *A antropologia criminal*, em que mostra conhecer, entre outros, Lombroso, Garofalo e Ferri.

Teodolindo Castiglione relata:

Macedo Soares, em 1888, compreendeu melhor do que muitos críticos de hoje, o que é a escola positiva, a oportunidade da sua aplicação, o seu desenvolvimento e aperfeiçoamento. Não ignorava as polêmicas, as resistências naturais que se opunham à expansão da nova corrente de pensamento. Lendo-se o trabalho do ilustre jurista, percebe-se que ele sente que está perante uma criminologia que surge e que se projeta, vitoriosamente, para o futuro¹⁷⁶.

¹⁷⁵ *Menores e Loucos em matéria criminal*, p. 118.

¹⁷⁶ Castiglione, *Lombroso perante a criminologia contemporanea*, 278.

Demonstrando seu entusiasmo sobre as novas doutrinas da Escola Positiva, Macedo Soares escreveu:

Possui a nossa uma alma jovem, com toda a curiosidade e todo ardor das almas juvenis; e quando vemos, nós os velhos, atirarem-se os moços à investigação e aplicação das doutrinas de Lombroso, Garofalo e Ferri, lamentamos que nos não houvessem preparado para semelhantes estudos; mas não podemos deixar de aplaudir os ousados cometimentos daqueles que porfiam em trabalhar para a constituição de uma pátria nova¹⁷⁷.

Outro magistrado, Melo Franco, em 21 de dezembro de 1888, quando juiz em Barbacena, escreveu um artigo intitulado *Considerações sobre o processo penal brasileiro*, em que se lê:

Na Itália, Lombroso, no seu livro *Uomo Delinquente*, lança com segurança as bases da nova ciência, que outros chamavam, talvez com mais propriedade, sociologia criminal. Esta nova ciência vai dar nova orientação ao direito penal... Não devemos mais pensar que o crime seja pura manifestação da perversidade individual, mas estudá-lo na sociedade, investigando-lhes as causas, as leis e os meios de combatê-lo¹⁷⁸.

3.2.4 Viveiros de Castro

Viveiros de Castro foi um dos primeiros entusiastas da criminologia no Brasil. Ele aderiu a todas as teses principais de Ferri e Garofalo. A Viveiros de Castro cabe o reconhecimento de ter publicado o primeiro livro com o título voltado especificamente para a sociologia criminal.

¹⁷⁷ Ob. Cit., 278.

¹⁷⁸ *O Direito*, 1889, v. 48, 332, apud Castiglione, *Lombroso perante a criminologia contemporânea*, 280.

Em *A nova escola penal*, ao criticar os conceitos da Escola Clássica e expor os princípios da nova escola, destaca a noção de defesa social como um novo fundamento do direito penal:

(...) Há indivíduos, de que o ladrão e o assassino são os tipos profissionais, privados dos sentimentos de piedade, ou de probidade, quer por uma disposição congênita, quer pela força do hábito, quer pelo contágio do exemplo. Estes indivíduos apresentam para a sociedade um caráter de *temibilidade*, porque privados dos dois sentimentos típicos fundamentais, são inadaptáveis à vida social. O Estado, portanto, deve no interesse dos cidadãos honestos e pacíficos empregar os necessários meios de repressão que variam de intensidade, desde a pena de morte e a seqüestração perpétua até a simples multa, segundo o estado do delinqüente revelar o seu maior ou menor grau de temibilidade. Em conclusão – o fundamento do direito de punir para a nova escola penal é a defesa social posta em perigo pela temibilidade do delinqüente¹⁷⁹.

No seu trabalho *Os delitos contra a honra da mulher*, Viveiros de Castro demonstra que tem uma visão organicista da sociedade, pois, para ele, 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 falta dos instintos primordiais de piedade ou probidade, não comete somente uma lesão individual, e sim também coletiva, porque a sociedade, coleção de indivíduos, como o organismo humano é uma coleção de células, sente-se perturbada em sua segurança pelo ataque que sofre um de seus membros. e assimila o criminoso ao animal perigoso que deve ser afastado ou eliminado:

¹⁷⁹ Viveiros de Castro, *A nova escola penal*, 1894, 45-46, apud Alvarez, *Bacharéis, Criminologistas e Juristas*, 152.

(...)O delinqüente é portanto um indivíduo perigoso, porque mostra-se em plena forma grosseira e primitiva de animalismo, não adaptável à vida social. Mata-se o cão danado que quer morder. Sequestra-se ou elimina-se o delinqüente que é uma ameaça viva e permanente contra a vida ou a fortuna dos cidadãos pacíficos¹⁸⁰.

Assim, contra os inimputáveis, Viveiros de Castro recomenda como missão do legislador garantir a vida humana pela eliminação daqueles que a atacam.¹⁸¹

Conforme Teodolindo Castiglione, Viveiros de Castro exerceu uma influência poderosa e *pelo seu entusiasmo, pela firmeza de suas convicções, pela sua intrepidez, nos havia inoculado o “vírus” lombrosiano*. Escreveu Viveiros de Castro: “Lombroso paira à frente do direito penal deste século como Beccaria pairou à frente do direito penal no século passado”¹⁸².

Viveiros de Castro não descuidava igualmente de tecer comentários sobre a influência do fator raça na criminalidade. Adotando o ponto de vista tradicional do positivismo, ele admite que a hereditariedade atua sobretudo mais fortemente quando se trata de “mestiços”. Estes não se constituem degenerados físicos. Assim, mesmo quando parecem ricamente dotados, tanto do ponto de energia vital como da inteligência parece tanto mais ativa e poderosa quanto nunca é refreada pela consciência. Em outras palavras, os

¹⁸⁰ Viveiros de Castro, *Os delitos contra a honra da mulher*, 1932, 176, apud Alvarez, *Bacharéis, Criminologistas e Juristas*, 153.

¹⁸¹ Alvarez, *Bacharéis, Criminologistas e Juristas*, 299.

¹⁸² Viveiro de Castro, *A nova escola positiva*, 1913, 64, apud Castiglione, *Lombroso perante a criminologia contemporânea*, 281.

“mestiços” possuem uma tendência a agir sem freios morais, malgrado a sua inteligência¹⁸³.

3.2.5 Moniz Sodré

Antonio Moniz Sodré de Aragão foi, segundo alguns autores, o maior divulgador do positivismo penal no Brasil¹⁸⁴. O seu livro *As Três Escolas Penais*, publicado em 1907, não se caracteriza pelas conclusões originais, tratando-se basicamente de uma compila o bem feita das principais teses positivistas, sobretudo as de Ferri.

Sobre a Escola Clássica, o juízo de Moniz Sodré era exatamente o mesmo de Ferri. Tendo a Escola Clássica dominado por mais de um século com “glória e brilho”, encontrava-se, no entanto, descambando-se para um próximo ocaso, em que se sepultam todas as velharias. Ela já atingiu a sua fase de pleno desenvolvimento e está a arrastar-se no paroxismo de uma morte lenta. E o golpe de morte, diz Sodré, foi dado por Lombroso, com sua obra genial intitulada *L’Uomo delinquente*¹⁸⁵

Como positivista radical, Moniz Sodré repelia o postulado clássico da igualdade fundamental dos homens. Para ele, o ser humano é um tipo an malo denunciado como tal pelos caracteres antropológicos. Este tipo de delinqüente resulta de um conjunto de caracteres anat micos, fisiológicos, patológicos, fision micos e psicológicos, que, todavia, não possuem a mesma

¹⁸³ Freitas, *As razões do positivismo penal no Brasil*, 302.

¹⁸⁴ A exemplo de Freitas, ob. Cit., 308

¹⁸⁵ Aragão, *As Três Escolas Penais*, 307.

importância como indício de criminalidade, mostrando-se os dois últimos mais decisivos que os três primeiros. A partir do valor que confere à tipologia dos delinqüentes, conclui Moniz Sodré, expressando seu antigarantismo, que ao célebre princípio da proporcionalidade das penas aos delitos, proclamado pela Escola Clássica, contrapõem os antropólogos o princípio da proporcionalidade da pena ao grau de temibilidade do indivíduo ou da inadaptação à vida social¹⁸⁶.

Sobre a Escola Eclética, diz Moniz Sodré que ela surgiu com o firme propósito de ser um ponto de união entre “os dois arraiais diversos e opostos, uma espécie de mediador que viesse pôr fim à luta que se travara renhida e calorosa”. Porém, na opinião de Moniz Sodré, esta era ‘uma conciliação impossível, um casamento de conveniência, estéril e híbrido, que se queria fazer entre as antigas e novas teorias, tão antagônicas entre si quanto incompatíveis são, um com o outro, os dois métodos que servem de base às investigações científicas de ambas as escolas rivais.’¹⁸⁷

Segundo Muniz Sodré, a Terceira Escola vê o ministério punitivo como um instrumento de defesa social e que separa-se, porém, da escola italiana, sustentando que a penalidade se distingue, por caracteres específicos, dos outros meios de defesa social, e reconhecendo na pena uma medida eficaz de prevenção do delito pela influência dos culpados e de todos os delinqüentes *prováveis e possíveis*.¹⁸⁸

¹⁸⁶ Freitas, *As razões do positivismo penal no Brasil*, 308.

¹⁸⁷ Aragão, *As Três Escolas Penais*, 11.

¹⁸⁸ *Ibid.*, 289.

3.2.6 Adelino Filho

Em artigo publicado na Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife sob o título *A Nova Escola de Direito Criminal*, em 1891, Adelino Filho saúda as novas idéias da Escola Positiva Italiana e dirige uma crítica ao conceito de responsabilidade moral. Para ele, tem razão os positivistas que, diante do criminoso “temível”, determinam que deve ser punido severissimamente, inclusive com a pena de morte¹⁸⁹.

Adelino Filho atribui ao positivismo penal a condição de revolucionário e fruto do progresso. Diante da Escola Positiva, na opinião de Adelino Filho, a escola clássica se apequenava por excluir as demais ciências. A modéstia do cientista do positivismo penal, segundo ele, contrastava com a arrogância com que o criminalista metafísico se batia com as verdades demonstradas para deixar de suas abstrações apriorísticas, colhidas no paramo vago de um transcendentalismo inconcebível.

3.2.7 Aurelino Leal

Aurelino Leal foi promotor de justiça na Bahia. Suas obras encontram-se voltadas para, além da divulgação do positivismo penal, propor

¹⁸⁹ *A nova escola de direito criminal, in Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*, 35, apud Freitas, *As razões do positivismo penal no Brasil*, 313.

reformas práticas tendo como ponto de partida as teses de Ferri e Garofalo, delas não se afastando um milímetro sequer¹⁹⁰.

Em *Germens do crime*, de 1896, Aurelino Leal dizia que a lei penal deve basear-se não em princípios de doçura e de rigor, mas – na média necessária – punir os violadores dos sentimentos de piedade¹⁹¹ e de probidade, conforme os delitos, contra as pessoas ou contra a propriedade, demonstrando, assim, a influência recebida de Garofalo e do conceito de delito natural.

Quanto ao método da ciência penal, Aurelino Leal dizia ser a observação o que proporciona melhores resultados, permitindo chegar ao conhecimento das medidas que devem curar o organismo da sociedade de seu atual depauperamento; à certeza dos meios mais evidentes para determinar-lhe a robustez e a limpeza do sangue, declarando, por fim, ter ao seu norte como fixo o fiel farol, o positivismo, fiel e observador dos fenômenos.¹⁹²

Aurelino Leal explicava o título do seu trabalho, *Germens do crime*, pelo fato de considerar vários institutos do direito penal e processual penal brasileiros como a causa do crime, verdadeiros auxiliares da criminalidade.

O júri, para Aurelino Leal, era um dos principais germes do crime. É no júri, segundo ele, que vamos encontrar a fonte geradora de um grande número de desordens que se operam no seio da comunhão; é nos seus

¹⁹⁰ Cf. Freitas, *As razões do positivismo penal no Brasil*, 313.

¹⁹¹ *Ibid.*, 313-4.

¹⁹² Aurelino Leal, *Germens do crime*, Bahia: Magalhães, 1896, p. IX, apud Freitas, *As razões do positivismo penal no Brasil*, 314.

julgados, na sua generosidade e na sua incompetência, que os criminosos reincidentes formam grupos que se avolumam cada dia e que podem, num momento dado, tentar contra a existência da lei e contra a integridade da justiça. A proposta de Aurelino Leal para o júri é a sua abolição, o que, aliás, considera inevitável, ante os progressos admiráveis que vai fazendo o positivismo penal, cujo triunfo, quer queiram, quer não, é uma fatalidade social¹⁹³.

Ao lado do júri, Aurelino Leal elegeu como um dos principais germens do crime a figura da tentativa. Para ele, a tentativa de cometer o crime, deveria ser punida como se este tivesse sido consumado, porque o criminoso, revelando a sua temibilidade por presunções veementíssimas, demonstra-se inadaptável à vida social¹⁹⁴.

Além dos dois principais germens do crime, Aurelino Leal apontava o que denomina germens secundários do delito. Dentre eles, merece destaque a prescrição criminal, a fiança criminal, o livramento condicional e o problema do tratamento da reincidência pelo código penal de 1890. Percebe-se, a partir das propostas de modificação da legislação penal e processual penal elaboradas por Aurelino Leal, como o positivismo penal tendia à severidade das penas e a uma intensificação do rigor enquanto instrumento de controle social, afastando-se dos princípios garantistas do direito penal¹⁹⁵.

¹⁹³ Ibid., 28, apud Ibid., 315.

¹⁹⁴ Ibid., 121, apud ibid.

¹⁹⁵ Cf. Freitas, *As razões do positivismo penal no Brasil*, 319.

3.2.8 Roberto Lyra

Roberto Lyra, professor catedrático da Faculdade de Direito do Rio de Janeiro, foi sócio fundador da Sociedade Brasileira de Criminologia, representante do Ministério Público no Tribunal do Júri e no Conselho Penitenciário do Distrito Federal.

Sobre o surgimento da Escola Positiva, em contradição com a Escola Clássica, assenta:

Os abusos do individualismo, sob cujas auspícios surgiu e evoluiu a Escola Clássica; a concentração da Justiça Penal, em torno de entidades jurídicas que consideram o crime, e nunca o criminoso, o abandono da defesa social e o conseqüente aumento da criminalidade e da reincidência trouxeram, como conseqüência, a necessidade de assentar em novas bases o aparelhamento jurídico da repressão.¹⁹⁶

Insulados em suas abstrações, os clássicos perderam de vista tudo quanto a criminalidade apresenta de real e biológico e a sua concepção da responsabilidade expunha a coletividade, desarmando-a, em relação aos mais temíveis e perigosos.¹⁹⁷

Roberto Lyra publicou *Novas Escolas Penais* em 1936, em que expõe sistematicamente as principais teses das escolas clássica, positiva e técnico-jurídica. Roberto Lyra é francamente favorável ao positivismo de Ferri, apesar de algumas discordâncias pontuais. Segundo Ricardo Britto A. P.

¹⁹⁶ Lyra, *Compendio de Direito Penal*, 71.

¹⁹⁷ -Lyra, Ob. Cit., 72.

Freitas, “trata-se, na verdade, de uma obra motivada pela necessidade de reação contra a reviravolta da ciência penal na direção da dogmática.”¹⁹⁸

Roberto Lyra explicava que a Escola Positiva surgiu no intuito de *tornar mais racional, mais eficiente e mais sistemática a defesa social, em última análise, a repressão*. Roberto Lyra demonstrava independência suficiente para afirmar não ter sido culpa dos clássicos, ao contrário do que sugerem Ferri e Garofalo, o recrudescimento da criminalidade, reconhecendo os limites do direito penal no combate ao crime.¹⁹⁹

As principais críticas de Roberto Lyra não são dirigidas contra os clássicos, habitantes de uma ciência penal encastelada em antigo solar de ruínas, a hera carrariana cobrindo, com o seu simbolismo, os muros beccarianos, mas sim aos técnicos-jurídicos, exatamente como Ferri em *Princípios do Direito Criminal*.²⁰⁰

Debruçando-se sobre o tecnicismo-jurídico, Roberto Lyra informava que essa tendência teórica limita-se ao estudo do direito como ele é, ou seja, do direito positivo em conformidade com os textos legais. Diz não haver originalidade entre os neoclássicos italianos, pois a sua postura corresponde simplesmente à da doutrina alemã. Em síntese, Roberto Lyra definia a concepção técnico-jurídica, com muita clareza, ao dizer que ela se distingue das demais no que diz respeito aos limites do Direito Penal, atribuindo-lhe um objeto, determinado e preciso, que corresponde, exatamente, à lei penal, na sua expressão própria e concreta, ao Direito Positivo, ao Direito

¹⁹⁸ Freitas, *As razões do positivismo penal no Brasil*, 319.

¹⁹⁹ Roberto Lyra, *As novas escolas penais*, s/l: Est. Graph. Canton & Reile, 1936, 46, apud Freitas, *As razões do positivismo penal no Brasil*, 320.

²⁰⁰ Cf. Freitas, *As razões do positivismo penal no Brasil*, 320.

constituído, ao Direito vigente, ao Direito tal e qual o legislador o define, literalmente, na lei e o Juiz o aplica nos processos, pelo método técnico. Por outro lado, as investigações e dissertações, sobre os problemas profundos e gerais de inovar a lei pertenceriam a outras disciplinas filosóficas, sociológicas, antropológicas, econômicas, políticas, que, contudo, não seriam jurídicas.²⁰¹

A proposta da Escola Técnico-Jurídica, explica Roberto Lyra, consiste em afastar o direito penal da antropologia, psicologia, sociologia etc. Assim, na visão de Lyra, os técnicos-jurídicos arvoram-se pretensiosamente ao primado da única ciência do Direito Penal concebível, desses mesmos textos que foram, até agora, a sua clausura, a razão de sua esterilidade e de seus desvios, o motivo do conflito entre a lei e a ciência, entre a burocracia judiciária e os interesses sociais dominantes do problema criminal. Todavia, afirmava Roberto Lyra, não obstante ter rejeitado o classicismo penal, a Escola Técnico-Jurídica simplesmente limitou-se a aperfeiçoá-lo, na medida em que continuou presa a ela pela exclusividade do ponto de vista jurídico, na elaboração, exposição e estudos técnicos, através de processos lógicos, dos princípios que regulam a determinação dos crimes e das penas.²⁰²

Por outro lado, sob o pretexto de que a Escola Positiva afirmava o equilíbrio entre os direitos do indivíduo e do Estado, estabeleceu o acordo entre o fascismo e a Escola Positiva. O conchavo beira pela apostasia, pois os positivistas sempre se referiram, não ao Estado, mas à sociedade, idéia mais ampla e, jamais, confundiram essa com o poder pessoal.²⁰³

²⁰¹ Ibid., 321.

²⁰² Lyra, *Compêndio de Direito Penal*, 80.

²⁰³ Ibid.

Desse modo, a sua conclusão sobre a luta das escolas penais não poderia se afastar de um elogio irrestrito ao positivismo penal. Para ele, no conjunto dos sistemas de conhecimentos humanos, dinamizados pela vida social, não tem sentido o Direito Penal, destacado, isolado, atrofiado, como mero repositório das leis da mais estrita literalidade.

Assim é que, em “*A expressão mais simples do direito penal*”, Roberto Lyra era categórico: “É ao positivismo que pertence o presente e, ainda mais, o futuro de nossa disciplina.”²⁰⁴

3.2.9 Paulo Egídio de Oliveira Carvalho

Paulo Egídio de Oliveira Carvalho (1842-1906) nasceu em Bananal, no Estado de São Paulo. Estudou na Faculdade de Direito da São Paulo entre 1861 e 1865. Após o término do curso, trabalhou como advogado e promotor público em Limeira, fixando depois residência na Capital do Estado em 1870, quando iniciou sua carreira política. Foi então eleito deputado provincial em 1870, constituinte em 1891 e senador paulista em 1894. Membro da comissão de justiça e estatística do senado paulista, elaborou, entre muitos outros, os projetos acerca da penitenciária e da Caixa Econômica do Estado.

Considerado por seus contemporâneos paulistas como um dos mais destacados pensadores da época, Paulo Egídio era um estudioso da sociologia, adepto de Comte, de Spencer e de Darwin. Num texto de ensaios publicado em 1896, Egídio afirma:

²⁰⁴ Lyra, *A expressão mais simples do direito penal*, 9.

Em nosso modo de ver, a doutrina científica do direito não pode ser estudada e compreendida sem o estudo de outra doutrina mais vasta e geral, em que aquela imediata se apóia: a doutrina social. É impossível, com efeito, no estado atual de desenvolvimento da razão humana, o estudo da disciplina jurídica sem o estudo da sociologia²⁰⁵.

O principal trabalho teórico de Paulo Egídio é o ensaio intitulado *Estudos de sociologia criminal*, no qual discute detalhadamente as concepções de Durkheim sobre o crime, trabalho este que levou o autor a ser aceito como membro do Instituto Internacional de Sociologia de Paris, por indicação de Gabriel Tarde e René Worms.

Ao contrário da grande maioria dos estudos que se dedicavam a divulgar a nova escola penal no Brasil, geralmente com preocupações didáticas e pragmáticas mais acentuadas, Paulo Egídio se voltava para o estudo de um autor então pouco divulgado no Brasil, Émile Durkheim, atendo-se a um tema principal de discussão: o problema do caráter normal ou patológico do crime.

A pergunta que Paulo Egídio pretendia responder é se o crime deveria ser considerado “um fenômeno da fisiologia social ou da patologia social, um fenômeno normal ou um fenômeno mórbido, anormal, patológico”. Ao longo do texto, Paulo Egídio toma partido dos adeptos da Escola Antropológica, ao refutar as críticas que Durkheim dirige a Garofalo em especial, e ao reafirmar que o crime é um fenômeno anormal, pois o criminoso é aquele que se afasta das leis e das normas sociais. Logo, ainda segundo Paulo Egídio, Lombroso tinha razão contra Durkheim ao indicar que o

²⁰⁵ Paulo Egídio, *Ensaio sobre algumas questões de direito e de economia política*, São Paulo: 1896, p. 6, apud Alvarez, *Bacharéis, Criminologistas e Juristas*, 96.

criminoso se desvia profundamente do homem comum, constituindo um tipo próprio, uma natureza anormal.

Ao defender o caráter anormal do crime a partir do ponto de vista da antropologia criminal, Paulo Egídio estava defendendo também uma política científica de combate à criminalidade, esperando que a Escola Positiva desse conta de resolver o problema do crime como fato anormal ou patológico. No prefácio de seu *Estudos de sociologia criminal*, Paulo Egídio afirmava que “a ciência e somente ela se encarregará de orientar os homens práticos no modo e nos meios de combater esse fenômeno com vantagens e uma eficácia muito superiores às que se tem conseguido até hoje pelos sistemas penais postos em prática”²⁰⁶.

3.3 O DISCURSO DA DEFESA SOCIAL NA MEDICINA LEGAL

No item anterior vimos que os autores brasileiros adeptos do positivismo penal estavam preocupados em promover a defesa social, mediante o controle das “classes perigosas”, que representavam um empecilho para o “progresso” da nação brasileira. Estabelecendo que os criminosos eram sujeitos diferentes, *anormais*, *temíveis*, *perigosos*, era possível estabelecer critérios diferenciados de cidadania, mediante o estabelecimento de práticas penais diferenciadas para cada tipo de criminoso. Assim, as idéias de defesa social que se desenvolveram no Brasil não tiveram um conteúdo próprio e autônomo, mas, assim como a concebia a Escola Positiva Italiana, ela era

²⁰⁶ Ibid., apud Ibid., 100.

encarada pelos positivistas brasileiros, como uma justificação do poder punitivo e como finalidade do direito penal.

Na empreitada de promover a necessária defesa social, os adeptos da Nova Escola Penal, como eram chamado os divulgadores de Lombroso no Brasil, estavam empenhados na reforma da legislação, mas sobretudo na reforma da própria sociedade como um todo. A preocupação com a imigração e com a miscigenação são demonstrações de como juristas e médicos temiam pelo futuro da nação, ou seja, com a formação da raça brasileira, demonstrando o temor de que a miscigenação poderia gerar uma raça debilitada, degenerada, *inferior*. Foi por meio dos juristas que os médicos tomaram conhecimento das teses que se desenvolviam na Europa e não tardaram a auxiliar na construção dos conhecimentos que seriam úteis à defesa social.

Era necessário definir quem eram os desiguais, que consistiam na ampla e ambígua categoria das “classes perigosas”. Nela estavam compreendidos: escravos libertos, imigrantes, anarquistas, vagabundos, prostitutas, menores sem família, entre várias outras categorias. Com esta categoria um tanto indefinida e indistinta, mas certamente importante na virada do século, estavam dadas as condições de possibilidade para a constituição de um discurso comum entre direito, em sua via criminológica da Nova Escola, e medicina, sobretudo através dos trabalhos de Nina Rodrigues, com base nos quais daria uma identidade mais precisa aos “desiguais” a partir do debate da

questão racial. A raça passava a ser o critério para a definição científica da desigualdade²⁰⁷.

Para compreender o papel que os médicos exerceram para a reforma da legislação penal e do sistema punitivo como um todo, reforma esta buscada em nome da necessidade de defesa social, importante situar a institucionalização da medicina e o discurso criado no interior da medicina legal que justifica ou explica a ação dos médicos legistas.

Oficialmente, o ensino da medicina foi instituído imediatamente após a chegada da família real ao Brasil, em 1808, quando foi criada a Escola Cirúrgica em Salvador e no mesmo ano foi instalada uma cadeira de anatomia no Hospital Militar do Rio de Janeiro. Posteriormente foram criadas nestes mesmos locais as Academias Médico-Cirúrgicas (no Rio de Janeiro em 1813 e em Salvador, em 1815). Em 1832, essas Academias foram tornadas Faculdades e os cursos de medicina propriamente instituídos. Os 40 anos que se seguiram contaram com muito pouca produção teórica e clínica por parte dos médicos brasileiros. Somente após a década de 70 do século XIX este quadro começou a mudar e a medicina, já reconhecida enquanto disciplina, passou a se voltar para uma produção teórico-científica propriamente nacional e para o estudo dos problemas da saúde no país.²⁰⁸

Nina Rodrigues (1862-1906) foi o personagem chave da história da consolidação da medicina legal no Brasil. Professor da Faculdade de Medicina da Bahia, Nina Rodrigues trabalhou pela profissionalização da

²⁰⁷ Cf. Almeida, *Heranças perigosas: Arqueologia da "periculosidade" na legislação penal brasileira*, 129.

²⁰⁸ Cf. *Ibid.*, 131.

medicina legal no país, tendo obtido projeção nacional e até internacional com os muitos artigos publicados, nos quais divulgava suas reflexões e pesquisas. Nina Rodrigues começou a se interessar pelos conhecimentos criminológicos quando passou a lecionar Medicina Legal na Faculdade de Medicina. A partir desse momento, as obras de Lombroso e Lacassagne tiveram influência permanente em seus trabalhos. A atuação de Lombroso e de seus seguidores parece ter servido ainda de modelo para sua própria trajetória intelectual, embora o médico maranhense considerasse algumas das colocações da escola antropológica de difícil aplicação no contexto nacional²⁰⁹.

Nina Rodrigues aprendera com seus professores em Salvador, onde cursou medicina de 1882 a 1887, a valorizar os problemas regionais e nacionais e a pesquisa direta, sempre ressaltando a necessidade da aplicabilidade social e política dos conhecimentos médicos²¹⁰.

Flamínio Fávero conta que Nina Rodrigues traçou “aquela magnífica norma para a criminologia brasileira, mostrando que o primeiro estudo devia ser o da origem étnica das nossas populações, sem o que ninguém poderia fazer obra útil”²¹¹.

Nina Rodrigues do assunto na sua principal obra, *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*, publicada em 1894, que mereceu um longo artigo de Lombroso e Bruni, no *Archivio di Psiquiatria* em 1895. Nesse artigo, os autores mostram como Nina Rodrigues adaptou as

²⁰⁹ Cf. Alvarez, *Bacharéis, Criminologistas e Juristas*, 121-2.

²¹⁰ Cf. Almeida, *Heranças perigosas*, 133.

²¹¹ Fávero, *Medicina Legal*, 11ª ed. Belo Horizonte, 1975, 1: 23.

idéias, então em vigor, às raças e clima locais, chegando a ser taxado como o “apóstolo da antropologia criminal no Novo Mundo”²¹²

Nina Rodrigues, em seu livro *Os africanos no Brasil*, publicado após sua morte, em 1933, abordou o problema do negro no Brasil, ou melhor, o problema da raça negra no Brasil, “as transformações que as correntes imigratórias podem operar nos destinos de um povo infante” e “a influência que o caldeamento étnico pode exercer sobre a característica de uma nacionalidade em via de formação”.²¹³

Segundo Nina Rodrigues, os negros foram incorporados à nossa população e, por constituírem uma raça inferior, há de constituírem sempre um dos fatores da nossa inferioridade como povo. Afirmando que o clima tropical confere saliente preeminência da raça negra, Nina Rodrigues se diz preocupado com as vastas proporções do mestiçamento e diz, ainda, que, entregando o país aos mestiços, acabará privando-o, por largo prazo pelo menos, da direção suprema da raça branca²¹⁴.

Francis Moraes de Almeida explica ainda a oposição entre a produção empreendida pelos adeptos da Nova Escola Penal e de Nina Rodrigues:

Os criminologistas da nova escola estavam preocupados mais do que tudo em justificar a adoção das estratégias defendidas pelos autores europeus (“substitutivos penais” na proposta de Garofalo e mais tarde “medidas de segurança”) a partir da constituição de uma modalidade enunciativa criminológica baseada nos conceitos

²¹² Shecaira, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 112..

²¹³ Rodrigues, *Os africanos no Brasil*, 6.

²¹⁴ *Ibid.*, 7.

definidos pelos mestres italianos (“delito natural”, “temibilidade”, “criminoso nato”). A produção destes autores visava à propaganda teórica e política (entendido aqui o termo “político” enquanto “ação política” social, não em sua definição usual) das idéias dos autores europeus a partir dos usos políticos de suas teorias aplicadas à situação brasileira. Ressalte-se a comodidade que a teoria do criminoso nato disponibilizava para referendar medidas repressivas contra os membros das “classes perigosas”, ou seja, a sustentação científica *a priori* para o “tratamento desigual dos desiguais”.²¹⁵

A tese fundamental de Nina Rodrigues em *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*, de 1894, é a de que não se pode conceber a justiça no Brasil em termos de uma concepção metafísica tanto do “crime” quanto da suposição de que todos os cidadãos no país possuem um “livre arbítrio” no mesmo grau de desenvolvimento, haja vista a singular heterogeneidade racial que compõe a população brasileira. Nina Rodrigues considera um absurdo pressupor a possibilidade de pensar em termos de igualdade tanto as concepções do “crime e justiça”, quanto de “livre arbítrio” em se tratando das diversas raças deste país.²¹⁶

No pensamento de Nina Rodrigues, não se deveria tratar os membros das diferentes raças igualmente, sob a letra morta de uma mesma legislação penal destinada a todos os cidadãos brasileiros, ou seja, impõe-se o problema de “tratar desigualmente os desiguais”.²¹⁷

Para Nina Rodrigues o perigo do aumento da criminalidade não tinha foco ou origem exclusivamente em “classes perigosas” que pudessem ser

²¹⁵ Almeida, “Heranças perigosas,” 134.

²¹⁶ Cf. *Ibid.*, 138.

²¹⁷ *Ibid.*, 140.

definidas com rigor. Longe disso, o perigo da germinação da criminalidade e de sua expansão sem freios decorria do “meio de cultura” propício, agravados pela “tendência degenerativa do mestiçamento”, que não era determinante para a maior incidência da criminalidade certamente merecia destaque entre os fatores que a causavam²¹⁸.

De acordo com Francis de Almeida Moraes, Nina Rodrigues jamais abriu mão da tese de que os mestiços (caboclos, cafuzos, mamelucos e mulatos) eram biológica e moralmente degenerados. Segundo o mesmo autor, a contribuição fundamental de Nina Rodrigues para o debate sobre a periculosidade no Brasil foi fornecer uma base biológica para o caráter “perigoso” das “classes perigosas”, vistas como perigo para o futuro da Nação pelos seus colegas da Nova Escola Penal.

Desta forma, Nina Rodrigues contribuiu para constituir um debate penal em torno da “questão racial”, a partir de uma perspectiva rigorosa de observação e aplicação das idéias européias, associando a condição mestiça do brasileiro a traços atávicos e degenerativos. Contudo, exatamente devido ao rigor de suas observações, Nina Rodrigues demonstrava em numerosos escritos que a maior parte dos determinismos atávicos identificados pelos adeptos da Escola Italiana não eram suficientes para explicar os grandes criminosos brasileiros, sendo necessário o recurso a explicações que abarcassem as causas sociais dos crimes e criminosos em questão.²¹⁹

Analisando o crânio de Antonio Conselheiro, Nina Rodrigues não encontrou, em seus exames antropométricos, nenhum dos estigmas atávicos

²¹⁸ Rodrigues, *Os africanos no Brasil*, 6

²¹⁹ Cf. Almeida, “Heranças perigosas,” 194.

indicados pela Escola Italiana ou marcas físicas da degeneração que ele esperava ver em um mestiço, o que lhe levou a explicar os fatos ocorridos em Canudos com o apoio em argumentos de caráter social e psicológico.²²⁰

Em um artigo que intitulou “*A Loucura Epidêmica em Canudos*”, publicado logo após ao episódio que ficou conhecido como a *Revolta de Canudos*, em 1897, Nina Rodrigues concluiu que “Antonio Conselheiro é seguramente um simples louco”. Sensível às condições de isolamento e penúria em que viviam os sertanejos, Nina Rodrigues afirmava que eles não poderiam ser condenados por seu repúdio à República e por seus anseios monarquistas, pois para eles o novo regime político e a queda do Imperador só tinham trazido o agravamento de suas já difíceis condições de sobrevivência. Assim, a “paranóia” de Antonio Conselheiro, na visão de Nina Rodrigues, havia encontrado terreno fértil no sertão.²²¹

Aos poucos, a “questão racial” vai cedendo espaço para o debate sobre a “questão social”.

Neste contexto, o livro de Euclides da Cunha, “*Os sertões*”, foi fundamental para que o foco dos intelectuais brasileiros se voltasse para a realidade social do povo.

Euclides da Cunha escreveu em *Os sertões* que o brasileiro – apesar de sua herança mestiça – que supostamente implicaria diversas degenerações – é, antes de tudo, um forte. De conseqüência, se abre a perspectiva para que se possa pensar a viabilidade do Brasil enquanto nação a

²²⁰ Cf. *Ibid.*, 148.

²²¹ Cf. *Ibid.*

despeito da composição racial de seu povo. Assim, o foco deixa de incidir sobre a problematização em torno da “questão racial” e se volta às difíceis condições de vida da população. O perigo da herança mestiça do povo perde a prioridade perante a pobreza, falta de higiene, enfim, emerge a “questão social” como objeto privilegiado dos debates intelectuais sobre o destino da nação brasileira no início do século XX.

Este período do início do século XX, que alguns autores denominam de “*belle époque*”, é marcado pela ênfase na necessidade do progresso e uma forte preocupação, por parte de políticos e cientistas, em apresentar o país como uma nação viável, que havia ultrapassado o *atraso* da época imperial. No campo científico, os feitos de Santos Dumond em Paris demonstraram ao mundo que o país era capaz de gerar cientistas e inventores importantes, elevando o “pai da aviação” à qualidade de herói nacional. Em 1901, Santos Dumond construiu e pilotou o primeiro balão dirigível, ganhando um importante prêmio, oferecido a quem circunavegasse a Torre Eiffel. Em 1906 ele alcançou a glória maior com a demonstração de seu famoso protótipo 14 Bis.²²²

No âmbito político, as obras de “revitalização” da cidade do Rio de Janeiro empreendidas pelo presidente Rodrigues Alves durante a sua administração (1902-1906) pretendiam tornar esta cidade o cartão postal que as elites brasileiras queriam apresentar ao mundo.

²²² Cf. Ibid.

O prefeito da cidade do Rio de Janeiro, Pereira Passos, sob os augúrios do presidente Rodrigues Alves, tomou três providências principais para “impor o progresso a todo o custo” à cidade do Rio de Janeiro, então Capital da República. Primeiro, incumbiu Lauro Müller de modernizar as instalações dos portos, ao que, apesar do autoritarismo das medidas tomadas, não houve grandes objeções. Segundo, deu a Pereira Passos as verbas e a autoridade necessárias para remodelar o centro da Capital da República “botando abaixo” os antigos casarões para substituí-los pela “nova Avenida Central”. Apesar dos moradores e proprietários dos antigos casarões serem desterrados subitamente pelo poder central, ninguém foi indenizado, o que condizia com a perspectiva política da época a qual levou Raul Pompéia a afirmar: “o Rio não tem Povo”. A terceira providência - a erradicação das epidemias, que assolavam a capital assustando os estrangeiros, deixada a cargo do médico sanitarista Oswaldo Cruz – teve que enfrentar um problema até então desconhecido: o povo.

Oswaldo Cruz criou as Brigadas Mata Mosquito, grupo de funcionários do Serviço Sanitário que invadiam as casas para desinfecção e extermínio dos mosquitos transmissores da febre amarela. Iniciou também uma campanha de extermínio de ratos para erradicação da peste bubônica.

Para erradicar a varíola, Oswaldo Cruz convenceu o Congresso a aprovar a *Lei de Vacinação Obrigatória*, de 31 de outubro de 1904, que permitia que brigadas sanitárias, acompanhadas por policiais, entrassem nas casas para aplicar a vacina à força.

O decreto de vacinação obrigatória desencadeou uma revolta popular, a Revolta da Vacina em 1904. Esta revolta popular contou com o apoio de militares positivistas que se opunham ao governo de Rodrigues Alves e argumentavam que a teoria microbiana era falsa porque contradizia a doutrina de Comte sobre a patologia. Além disso, espalhou-se o boato de que a vacina teria que ser aplicada nas “partes íntimas” do corpo (as mulheres teriam que se despir diante dos vacinadores).

A população se rebelou-se e, entre os dias 10 e 16 de novembro de 1904, a cidade do Rio de Janeiro, se tornou um verdadeiro campo de guerra. A população exaltada depredou lojas, virou e incendiou bondes, fez barricadas, arrancou trilhos, quebrou postes e atacou as forças da polícia com pedras, paus e pedaços de ferro. A rebelião deixou 50 mortos e 110 feridos. Centenas de pessoas foram presas e, muitas delas, deportadas para o Acre.

Marcos César Alvarez destaca que a Revolta da Vacina é o acontecimento que parece melhor simbolizar os conflitos sociais da cidade no período²²³. Nos últimos anos, os historiadores têm interpretado essa revolta como um movimento popular de resistência sobretudo contra o governo. A revolta aparece como um “exemplo quase único na história do país de movimento popular de êxito baseado na defesa do direito dos cidadãos de não serem arbitrariamente tratados pelo governo.”²²⁴

Segundo... a Revolta da Vacina é o maior exemplo empírico da abordagem do movimento higienista no início do século XX. O “movimento

²²³ Alvarez, *Bacharéis, Criminologistas e Juristas*, 58

²²⁴ José Murilo de Carvalho, *Os bestializados*, São Paulo: Companhia das Letras, 1987, apud Alvarez, *Bacharéis, Criminologistas e Juristas*.

higienista” ou “movimento sanitarista” tinha por objetivo central “o estabelecimento de normas e hábitos para conservar e aprimorar a saúde coletiva e individual.”²²⁵

A medicina legal experimentava um fundamental salto institucional em São Paulo: em abril de 1918 era inaugurado o curso de medicina legal da Faculdade de Medicina de São Paulo, e em novembro de 1921 era criada a Sociedade de Medicina Legal e Criminologia de São Paulo. Em agosto de 1924, a entidade iniciava a publicação de sua revista, os “Archivos da Sociedade de Medicina Legal e Criminologia de São Paulo”. A inauguração da Penitenciária do Estado, em 1920, também seria um marco importante para a medicina legal porque se tratava de uma tentativa empírica, pioneira e paradigmática de aplicação de várias das concepções positivistas.

As discussões sobre a eugenia emergiram no Brasil durante as décadas de 1910 e 1920, associando-se diretamente às preocupações nacionais quanto ao estado de saúde, saneamento, e higiene da situação racial da população. Os primeiros trabalhos sobre eugenia apareceram no início da década de 1910, com pequenos artigos publicados na imprensa carioca e paulista. Em 1914, o médico Alexandre Tepedino, sob a orientação do Prof. Miguel Couto, apresentaria à Academia de Medicina do Rio de Janeiro a primeira tese sobre eugenia, intitulada *Eugenia*.²²⁶

Em 1917, o jovem médico e farmacêutico Renato Kehl, que se tornaria o principal propagandista da eugenia no Brasil e na América Latina,

²²⁵ Góis Junior, *Movimento higienista e o processo civilizador*.

²²⁶ Souza, *A eugenia no Brasil*.

iniciaria uma grande campanha de divulgação das idéias eugênicas no meio médico e intelectual.

Renato Kehl e Miguel Couto, no Congresso Brasileiro de Eugenia, em 1929, chegaram a insistir em medidas restritivas à entrada de mão-de-brasil asiática no Brasil. Segundo, Sérgio Salomão Shecaira, professor da Universidade de São Paulo, a eugenia, “teve alguma repercussão na esfera penal. A tentativa de proibição de casamentos inter-raciais, as restrições que incidiam sobre alcoólatras, epilépticos e alienados, visavam, segundo a ótica da época, a um aprimoramento das populações. Dessas medidas eugênicas à medidas penais eugênicas bastava dar um passo”²²⁷.

3.4 AS TENTATIVAS DE REFORMA DA LEGISLAÇÃO

O Código Penal de 1890, publicado quando as idéias da Escola Positiva já haviam chegado no Brasil, recebeu inúmeras críticas dos positivistas, insatisfeitos por não verem no novo código a adoção dos postulados positivistas e suas idéias de defesa social. O Código de 1890 é considerado um código clássico. Nele se percebe a influência do Código Zanardelli de 1889, que também mereceu, por parte dos positivistas italianos, severas críticas, pela sua tendência clássica. Um novo código penal italiano veio a lume em 1930, conhecido como Código Rocco.

No Brasil, em 1932, o desembargador Vicente Piragibe reuniu a vasta legislação extravagante produzida para remediar os defeitos do código

²²⁷ Sechaira, *Criminologia*, 115.

de 1890, em uma compilação que ficou conhecida como “Consolidação das Leis Penais”, oficializada pelo governo por meio do Decreto 22.213, de 14 de dezembro de 1932. Um novo Código Penal brasileiro, com forte influência do Código Rocco, foi aprovado somente em 1940. Assim, a legislação penal brasileira e italiana guardam similitude, e, enquanto na Itália o Código Rocco trouxe a vitória de idéias positivistas em 1930, aqui no Brasil, essas idéias se tornariam vitoriosas com o Código Penal de 1940.

A primeira tentativa de reformar a legislação de 1890, foi obra do professor da Faculdade de Direito do Recife, João Vieira de Araújo, que apresentou um projeto de código penal em 1893.

O Projeto João Vieira de Araújo recebeu um parecer elaborado pelo Instituto da Ordem dos Advogados do Brasil, redigido por Batista Pereira, e um outro, muito severo, elaborado pelo professor João Monteiro, que o fez em nome da Faculdade de Direito do Largo do São Francisco, da Universidade de São Paulo. João Vieira de Araújo apresentou um substitutivo em 1899, que foi aprovado pela Câmara dos Deputados, mas não logrou seguimento no Senado.

Em 1910, o Ministro Esmeraldino Bandeira manifestou a urgente necessidade de substituição do Código, e, em 7 de janeiro de 1911, uma Resolução do Congresso autorizava o governo a determinar a elaboração de um novo projeto, mas esse esforço também não obteve êxito.

Em 1913, quando Rivadávia Correia era Ministro da Justiça, Galdino Siqueira apresentou seu projeto, que não chegou a ser apreciado pelo Poder Legislativo. Em 1916, o Instituto dos Advogados do Brasil, no Rio de

Janeiro, encarecia a necessidade urgente da reforma. Uma comissão bicameral foi composta para discutir as bases de um projeto, que também não logrou andamento.

Por determinação do Governo Arthur Bernardes, o Desembargador Sá Pereira foi incumbido da elaboração de um projeto, cuja Parte Geral foi publicada no Diário Oficial de 10 de novembro de 1927, e, em 23 de dezembro de 1928, era apresentado o Projeto Completo, que trazia a Parte Geral modificada. Muito embora o projeto Sá Pereira tenha sido elogiado como “obra digna do desenvolvimento da ciência jurídica brasileira”, o Projeto recebeu duras críticas durante a realização da Conferência Brasileira de Criminologia, realizada no Rio de Janeiro, em 1936. Em consequência, o Projeto ficou extremamente desgastado e, com o golpe de Estado de 1937, que inclusive dissolveu o Congresso, não pode ser naquele momento aproveitado.²²⁸

Em 1937, o Presidente Getúlio Vargas, com apoio do General Góis Monteiro, Ministro da Guerra, e de outras patentes militares, rompeu com a ordem constitucional.

Estabeleceu-se o regime ditatorial e em 10 de novembro de 1937 era outorgada a Carta Constitucional, adremente elaborada por Francisco Campos, que dava ao Presidente da República todos os poderes e uma infinidade de motivos para a intervenção nos Estados-membros. Esta Carta foi apelidada de “A Polaca”, por ter adotado por modelo a da Polônia.

²²⁸ José Henrique Pierangeli, *Códigos Penais do Brasil*, 77

Sobre a Carta do Estado Novo, que criou uma nova ordem jurídico-política que, à época, vigia em alguns estados totalitários da Europa, diz Pierangeli:

Dela pode-se afirmar com absoluta certeza, que corresponde à tendência fascistizante da época, quando se encontram no auge os regimes de Hitler na Alemanha e Mussolini na Itália, repercutindo intensamente em Portugal (Salazar), na Espanha (Franco), na Romênia (Antonescu), na Hungria (Horthy) e na Polônia (Pilsudski).

Deste modo, a Constituição de 1937 rompeu, no Brasil, com a tradição liberal imperial de 1924 e liberal republicana de 1891 e 1934. O melhor instrumento para valer a nova ordem é indubitavelmente o direito penal que se normativiza ao talante do opressor.

Como lembra Francisco Muñoz Conde²²⁹:

a norma penal se converte em motivo determinante do comportamento dos cidadãos e constitui um fator integrador dos distintos grupos sociais, quando protege valores ou bens jurídicos fundamentais nos quais crêem e participam uma ampla base de cidadãos. Neste sentido, a norma penal pode ter, inclusive, um efeito benéfico na eliminação da ‘*marginalização*’. Porém, a norma penal pode também ter um efeito contrário, como favorecedora e até mesmo causadora da ‘*marginalização*’, quando

²²⁹ Francisco Muñoz Conde. *A função motivadora da norma penal e “marginalização”* (comunicação apresentada ao 9º Congresso Internacional de Defesa Social, realizado em Caracas, de 3 a 7 de agosto de 1976), tradução de José Henrique Pierangeli, Revista *Justitia*, São Paulo, n. 116, 1982, p. 76, apud Pierangeli, *Códigos Penais do Brasil*, 78. Pierangeli acrescenta ainda que em outra passagem, diz o conhecido penalista espanhol: “Abusa-se, assim, do direito penal como sistema de repressão, manipulando a norma jurídica penal em defesa de algumas minorias dominantes, pondo, por exemplo, a oposição à margem da lei, castigando os ataques aos bens jurídicos instrumentais – a propriedade privada, por exemplo – com a mesma gravidade, ou até mais gravemente, que os ataques à vida, à saúde ou à liberdade, ou considerando como ‘direitos naturais, imutáveis e permanentes’, o que não é mais que o interesse pessoal e egoísta dos que detém o poder”. Nestes casos, prossegue, “poderíamos chamar como Roxim, de ‘fuga ao direito penal’...” (p. 79).

manipulada para proteger interesses minoritários ou quando, através dela, se priva os cidadãos de seus direitos fundamentais”²³⁰.

Instalada a nova ordem político-jurídica, o Ministro da Justiça Francisco Campos incumbiu o professor paulista Alcântara Machado²³¹ de elaborar um projeto de Código Penal.

A Parte Geral foi entregue em 15 de maio de 1938, e era acompanhada de uma Exposição de Motivos, na qual formularam a seguinte advertência: “A eficácia plena da aplicação da nova lei dependerá de duas condições, que estão na mão do Governo realizar: a preparação especializada da magistratura e a criação de estabelecimentos destinados à readaptação de certos delinqüentes, à reeducação de outros, ao tratamento de muitos”²³².

O Projeto definitivo foi entregue em abril de 1940, já agora com modificações e nova redação dada à Parte Geral. Ao todo, o Anteprojeto Alcântara Machado possuía 390 artigos.

O Projeto Alcântara Machado foi submetido à revisão por uma comissão composta de Viera Braga, Néelson Hungria, Narcélio de Queiroz e Roberto Lyra, sob a presidência do Ministro Francisco Campos. O projeto inicial

²³⁰ Pierangeli, *Códigos Penais do Brasil*, 77-8.

²³¹ José de Alcântara Machado de Oliveira (1875-1941), bacharelou-se em 1893 pela Faculdade de Direito de São Paulo. Aprovado em concurso, foi nomeado lente substituto, tomando posse em setembro de 1895, quando recebeu o grau de doutor. Em junho de 1915 foi declarado professor substituto de Medicina Pública, sendo que em 1925, foi nomeado professor catedrático de Medicina Pública, atual Medicina Legal. De 1927 a 1930 foi vice-diretor desta Faculdade, e de 1931 a 1934, foi diretor. Durante sua gestão, foi inaugurado o prédio atual da Faculdade, em 1934. Na esfera política, exerceu os cargos de vereador municipal (1911-1916), deputado estadual (1915-1924), senador estadual (1924-1930), deputado e líder da bancada paulista na Assembléia Nacional Constituinte (1933-1934) e senador federal (1935). Foi em sua residência que a intelectualidade paulista se reuniu para acertar o fim do Movimento Constitucionalista. Cf. Faculdade de Direito Universidade de São Paulo, www.direito.usp.br/faculdade/diretores, acessado em 17/08/2009.

²³² Pierangeli, *Códigos Penais do Brasil*, 78.

teria sido tão desfigurado que fez gerar uma polêmica acerca de se correspondia ou não ao Projeto Alcântara Machado.

O autor do Projeto, Alcântara Machado, não sabia ao certo da existência da comissão nem de seus membros. Nas palavras de Galdino Siqueira: “em sigilo se elaborou o novo projeto, convertido no código, nem o próprio autor do que se pretendia rever, foi convidado para tomar parte nas reuniões para isso destinadas.”²³³

Somente depois que o Projeto da comissão foi publicado pela imprensa, é que Alcântara Machado tomou conhecimento dessa comissão e de sua composição.

A propósito, de acordo com Pierangeli, Alcântara Machado assinalou que esse projeto era na realidade um decalque do que formulara, este reaparecendo naquele, por mais que tentassem desfigurá-lo, mediante graves mutilações, enxertos insignificantes e emendas anódinas ou contraproducentes de redação. O que era pior: reproduzia muitos erros, que lhe haviam escapado e que havia anotado para corrigir oportunamente. E o que era bem significativo: trasladava diversos dentre os dispositivos criticados acerbamente por alguns dos revisores. Resolvera deixar sem comentários a obra da comissão, aguardando fosse convertida em lei, para então publicar lado a lado os dois textos. Desse intento foi, porém, demovido, porque, passando por São Paulo, em janeiro de 1940, o Sr. Presidente da República, e indagando sobre o andamento do trabalho, incitou-o a prosseguir na tarefa. Diante disso, e unicamente por isso, abalançou-se à análise do projeto da

²³³ Galdino Siqueira, *Tratado de Direito Penal*, Rio de Janeiro: Konfino, 1947, 79-80, apud Pierangeli, *Códigos Penais do Brasil*, 79.

comissão, mas somente da parte geral, dada a exigüidade de tempo, e no mês seguinte endereçou ao Ministro da Justiça uma longa exposição.

Nessa exposição, Alcântara Machado encara o projeto da comissão em diversos aspectos – linguagem, onde assinala muitas incorreções e impropriedades de expressão; aspecto político, em face do novo regime; mutilações a granel; desumanidades; falta de sistemática, não punibilidade de crimes contra a personalidade do Estado.²³⁴

Dias depois, o Ministro chamou Alcântara Machado ao ministério, “mostrando-se vivamente impressionado com a crítica, e de acordo em vários pontos, terminando por solicitar que redigisse de novo o projeto, corrigindo-o nos tópicos que julgasse passível de melhoria e aproveitando, no que entendesse conveniente, as emendas da comissão”. Daí por que Alcântara Machado fez publicar a Nova redação do projeto do Código Criminal do Brasil. E, segundo diz, de nada mais teve notícia.”²³⁵

Nelson Hungria, que compôs a comissão revisora, em conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, afirmou:

já disse e repito que é de todo verdadeira a comparação no sentido de que o Projeto Alcântara está para o Código Penal de 1940 como o Projeto Clóvis está para o Código Civil. (...) Não há porque disputar glórias em torno do nosso código: antes de tudo e

²³⁴ Cf. Pierangeli, *Códigos Penais do Brasil*, 80.

²³⁵ *Ibid.*

acima de tudo, é ele uma resultante da cultura jurídica brasileira. Não é exclusivamente de alguém ou de um grupo: é do Brasil”.²³⁶

Basileu Garcia assinala que o código não corresponde exatamente ao Projeto Alcântara Machado, pois muitas modificações viscerais foram realizadas pela comissão revisora.²³⁷ Efetivamente, conforme pontua Peirangeli, “muitas modificações foram produzidas no projeto elaborado pelo professor do Largo do São Francisco, mas é inegável que os trabalhos partiram de sua valiosíssima colaboração intelectual”.

O Ministro Francisco Campos, em sua Exposição de Motivos, reconhece a importância e a utilização do Projeto de Alcântara Machado, dizendo que ele foi “uma etapa útil e necessária à construção do Projeto definitivo”.

Nelson Hungria, manifestou-se ainda sobre a polêmica da autoria do Código, dizendo que “o que é rigorosamente exato é dizer-se que o inoidável professor paulista é *um dos verdadeiros co-autores do Código de 40*”.

Dentre as modificações do Projeto Alcantara Machado operadas pela Comissão Revisora, relacionadas por Nelson Hungria, citamos as seguintes:

- Aboliu-se todo o capítulo referente à menoridade penal, para evitar a incongruência de se incluir no Código de repressão da delinqüência o regime

²³⁶ *Comentários ao Código Penal*, tomo I, 212.

²³⁷ Apud Pierangeli, *Códigos Penais do Brasil*, 81.

atinentes àqueles que eram declarados *carecedores de capacidade penal*, sujeitos exclusivamente a medidas administrativas de prevenção educacional;

- Rejeitou-se a identificação geral entre crimes e contravenções;
- Cancelou-se integralmente o capítulo referente aos crimes contra o Estado, para poupar o futuro Código à instabilidade, objeto das irrequietas Leis de Segurança Nacional;
- Passou-se um traço negro sobre a “pena de morte”;
- Não se conservou a pena de “segregação”, que, numa confusão de coisas heterogêneas, não passava de uma “medida de segurança”;
- Apagou-se o capítulo sobre a “classificação dos criminosos”, para maior ou menor rigor do tratamento penal, pois seria inevitável a “justiça de dois pesos e duas medidas, que isso importaria, dada a precariedade dos critérios objetivos que se podem aventar a respeito;
- Extingui-se a culpa *ex lege* ou presumida no caso de inobservância de lei, anacronismo que representa a sobrevivência da responsabilidade objetiva do primitivo direito penal;
- Foi dilatada a conceituação do dolo, para incluir-se nele, além da intenção dirigida ao *eventus sceleris*, a atitude psíquica de assumir o risco de produzi-lo;
- Cuidou-se evitar confusão entre culpabilidade e periculosidade, circunscrita aquela à órbita da pena e esta à da medida de segurança;
- A pena máxima privativa de liberdade foi reduzida de 40 para 30 anos;

- Extirpou-se o perdão como causa extintiva da pena;
- Não concordou a Comissão Revisora que se ampliasse o privilegium concedido ao homicídio simples, no caso de violenta emoção injustamente provocada, ao homicídio qualificado.

Pode-se, portanto, dizer, que o Código de 1940 não adotou os postulados da defesa social na extensão desejada pelos positivistas, mas isso não significa que a defesa social não tenha saído vitoriosa. Dentre as modificações do Projeto Alcântara Machado operadas pela Comissão Revisora, nenhuma delas significa uma derrota do positivismo.

Segundo Marc Ancel, todos os sistemas contemporâneos civilizados acolheram, de forma mais ou menos espontânea e completa, três reformas essenciais postuladas pela política criminal de defesa social: a elaboração de um regime especial para o menor delinquente, a adoção de inúmeras individualizações e uma reforma penitenciária orientada no sentido da reeducação e da reinserção social do condenado.²³⁸

Assim, a abolição do capítulo referente à menoridade significou uma vitória da defesa social, pois estava-se cumprindo, com essa abolição, um dos postulados da defesa social, com a adoção de um regime especial para os menores. Diga-se, de passagem, que o regime que se aplica aos menores, embora se auto-justifique no sentido da reeducação e da reinserção social dos infratores, na prática esse discurso serve apenas para encobrir a subtração do sistema de garantias que efetivamente não é aplicado ao regime dos menores.

²³⁸ Ancel, *A nova defesa social*, 158.

A rejeição da identificação entre *crimes* e *contravenções* também não significa nenhuma perda à defesa social. Pois as contravenções já eram objeto de lei específica (Lei). O mesmo ocorre com o capítulo referente aos crimes contra o Estado, que são tratados na Lei de Segurança Nacional.

Assim como pretendiam os positivistas, o Código adotou um regime diferenciado para os inimputáveis, sujeitos à medida de segurança. Ao regime de legalidade dos delitos e das penas, baseado na responsabilidade individual, foi acomodado o direito penal de defesa social, baseado na periculosidade.

O Código Penal foi baixado com o Decreto 2.848, de 7 de dezembro de 1940, e entrou em vigor em 1º de janeiro de 1942. O Código foi publicado juntamente com sua Exposição de Motivos, elaborada pelo Ministro da Justiça, Francisco Campos em 04 de novembro de 1940.

3.5 A DEFESA SOCIAL NO CÓDIGO PENAL DE 1940

O nosso Código Penal de 1940, ainda em vigor, embora reformado na sua parte geral em 1984, teve como modelo imediato o código italiano (Código Rocco, de 1930). Daí os fortes resíduos autoritários incrustados em nossa legislação, que, como diz Evandro Lins e Silva, “não tem sido fácil expurgá-los. O mais grave é que a mentalidade de grande parte de nossos jurispensalistas – magistrados, professores e advogados – se formou sob a égide do Código Rocco e de seu substrato filosófico, a chamada Escola

Técnico-Jurídica, cujos áridos pressupostos constituem o que nos parece uma nociva contribuição do fascismo à ciência do direito penal”²³⁹.

Sobre o Código Penal de 1940, esta é a opinião de Zafaroni & Pierangeli:

É um código rigoroso, rígido, autoritário no seu cunho ideológico, impregnado de “medidas de segurança” pós delituosas, que operavam através do sistema do “duplo binário”, ou da “dupla via”. Através deste sistema de “medidas” e da supressão de toda norma reguladora da pena no concurso real, chegava-se a burlar, dessa forma, a proibição constitucional da pena perpétua. Seu texto corresponde a um “tecnicismo jurídico” autoritário que, com a combinação de penas retributivas e medidas de segurança indeterminadas (própria do código Rocco), desemboca numa clara deteriorização da segurança jurídica e converte-se num instrumento de neutralização de “indesejáveis”, pela simples deterioração provocada pela institucionalização demasiadamente prolongada.”²⁴⁰

Diz, ainda, os mesmos autores: “O código de 1940 foi sancionado na vigência da Carta Política de 1937, esta claramente autoritária. Seu sistema de penas e medidas de segurança (que na prática constituem recursos formais para prolongar as penas indefinidamente) não era compatível com a Constituição de 1946. Não obstante, tal como na Itália, esse sistema se manteve, embora atenuado pela ação da doutrina e da jurisprudência, mostrando sempre uma dualidade de concepção do homem que, com o passar do tempo, foi se tornando mais manifesta e intolerável”²⁴¹.

²³⁹ Ibid., 29.

²⁴⁰ Zafaroni & Pierangeli, *Manual de Direito Penal*, 222-3.

²⁴¹ Ibid., 223.

A institucionalização do Estado Novo, como todo Estado autoritário, precisava de instrumentos “legais” para manter a “ordem”. É sobretudo o direito processual penal que será utilizado para operacionalizar a defesa social, em toda a sua extensão. Mas, ela também aparece no direito penal, pela adoção de muitas idéias da Escola Positiva Italiana e pela formatação de um direito penal autoritário.

Assim é que a Exposição de Motivos do Código Penal de 1940 diz:

Coincidindo com a quase totalidade das codificações modernas, o projeto não reza em cartilhas ortodoxas, nem assume com qualquer das escolas ou das correntes doutrinárias que se disputam o acerto na solução dos problemas penais. Ao invés de adotar uma política extremada em matéria penal, inclina-se para uma política de transação ou de conciliação. Nele, os postulados clássicos fazem causa comum com os princípios da Escola Positiva.²⁴²

A responsabilidade penal é uma destas questões em que os “postulados clássicos fazem causa comum com os princípios da Escola Positiva”. Assim, segundo a Exposição de Motivos: “A responsabilidade penal continua a ter por fundamento a responsabilidade moral, que pressupõe no autor do crime, contemporaneamente à ação ou omissão, a capacidade de entendimento e a liberdade de vontade”. Porém, diferentemente do que se poderia pensar, que o código adotou o critério da responsabilidade moral, ou seja, responsabilidade penal com culpabilidade, isso nem sempre ocorre porque o próprio código traz hipóteses de responsabilidade penal objetiva.

²⁴² Exposição de Motivos do Código Penal elaborada pelo ministro Francisco Campos. In: Pierangeli, *Códigos Penais do Brasil*, 406.

Conforme a Exposição de Motivos, o código adotou a responsabilidade moral, mas por outro lado assevera: “Embora nem sempre a responsabilidade penal fique adstrita à condição de plenitude do estado de imputabilidade psíquica e até mesmo prescindida de sua coexistência com a ação ou omissão, desde que esta possa ser considerada *libera in causa* ou *ad libertatem relata*”.²⁴³

Aqui o código refere-se principalmente ao problema da embriaguez, considerando como penalmente responsável aquele que comete o crime sob efeito de álcool, ou outra substância de efeitos análogos. Reza o artigo 24 do Código, em sua redação de 1940: “Art. 24. Não excluem a responsabilidade penal: I – a emoção e a paixão; II – a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool, ou substância de efeitos análogos”.

Por este dispositivo, o código de 1940 adotou a teoria da “*actio libera in causa*” (ação livre na causa), conseguindo a punição daquele que encontrava-se destituído de consciência e vontade, em razão do efeito do álcool, mediante o artifício de se deslocar o momento da análise do dolo e da culpa ao momento em que o sujeito decidiu embriagar-se, e não no momento da conduta, como era comum. Mas em muitos outros dispositivos o código permitia a responsabilidade objetiva, como por exemplo, na análise da relação de causalidade (art. 11) e no concurso de agentes (art. 25).

Pelo artigo 11, considerava-se causa do crime toda ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. Pelo artigo 25, “quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas”.

²⁴³ Ibid.

Assim, o sujeito que emprestasse uma arma para aquele que matasse alguém, responderia também por homicídio.

Com relação à adoção das penas e das medidas de segurança, diz a Exposição de Motivos:

É notório que as medidas puramente repressivas e propriamente penais se revelaram insuficientes na luta contra a criminalidade, em particular contra as suas formas habituais. Ao lado disto, existe a criminalidade dos doentes mentais perigosos. Estes isentos de pena, não eram submetidos a nenhuma medida de segurança ou de custódia senão nos casos de imediata periculosidade. Para corrigir a anomalia foram instituídas, ao lado das penas, que têm finalidade repressiva e intimidante, as medidas de segurança. Estas, embora aplicáveis em regra *post delictum*, são essencialmente preventivas, destinadas à segregação, vigilância, reeducação e tratamento dos indivíduos perigosos, ainda que moralmente irresponsáveis.

O Código Penal de 1940 adotou o sistema denominado “duplo binário”, que conjugava pena e medida de segurança, sendo que esta deveria ser imposta na sentença condenatória, caso em que seria aplicada após o cumprimento da pena, ou na sentença absolutória. Neste caso, mesmo sendo absolvido, o réu ainda assim seria submetido à medida de segurança por tempo indeterminado. Pelo artigo 77, “quando a periculosidade não é presumida por lei, deve ser reconhecido perigoso o indivíduo, se a sua personalidade e antecedentes, bem como os motivos e circunstâncias do crime, autorizam a suposição de que venha ou torne a delinquir”.

Na prática, este sistema significava a perpetuidade da prisão, já que a medida de segurança era aplicada por tempo indeterminado. Ressalte-

se, que conforme a Exposição de Motivos, o Código Penal de 1940 “acentua, ainda, a liberdade do juiz em tudo quanto se refere à aplicação e à execução das medidas de segurança.”²⁴⁴

Esse discurso de defesa social, no entanto, assume-se enquanto protetor da sociedade, e em nome da proteção social é que buscava excluir os indesejáveis, também chamados de perigosos, criminosos, em suma são os inimigos da “ordem”, ou inimigos do Estado, ou melhor, do Governo, ou do grupo que detém o poder. Vimos que no início da República, as “classes perigosas” eram formadas por desempregados, negros, ex-escravos, imigrantes, capoeiras, vadios, etc., pessoas que pela sua condição social e seus costumes, não condiziam com o ideal civilizatório que se buscava instituir. Esses eram os inimigos que por meio do direito penal se buscava combater, eliminar, excluir ou ao menos esconder.

No início da década de 40, do século XX, os perigosos continuaram sendo incorporados nas massas populares de baixa renda e expandindo-se posteriormente para os “inimigos” do novo regime político. Assim, o Brasil passou pelo Golpe Militar de 1964, sem mudar a sua legislação, justamente porque ela já parecia oferecia a um Estado autoritário todos os mecanismos de que precisava para manter a ordem a qualquer custo, inclusive pela eliminação dos indesejáveis. Neste cenário, mudariam os atores em que se colocariam as máscaras de “inimigos”, que passariam a ser, em suma, os descontentes com o regime político.

²⁴⁴ Ibid., 407.

Esse arcabouço legal era possível porque se justificava em nome da defesa social. A justificação teórica, ou científica, já teria sido dada pela Escola Positiva Italiana, embora desde antes dela, já se podia encontrar a idéia de inimigo no direito penal, mesmo na Escola Clássica. Pois, a idéia de contrato social sobre a qual recaia a fundamentação beccariana, já convertia o infrator do contrato social em inimigo da sociedade, em nome da qual se exerceria o poder punitivo. O que a escola positiva fez foi um esforço para identificar esse “inimigo”, “criminoso”, “perigoso”, além de reforçar e desenvolver a idéia de defesa social.

Em um país recém saído da escravidão, como o Brasil, não seria difícil converter os “inimigos” em criminosos. As classes perigosas (negros, pobres e feios) enquadravam-se perfeitamente na descrição científica de Lombroso. Restava à elite brasileira, buscar um lugar junto às nações superiores, apesar de aqui existirem esses indivíduos “inferiores” e “indesejáveis”. Para isso, o sistema penal apresentava a solução: a exclusão mediante a prisão. Dessa forma, a prisão não seria apenas a consequência legal do crime, o que implica uma condenação, que por sua vez implica na existência de processo. O sistema penal seria usado não apenas para excluir os infratores da lei penal, mas também todos os que fossem considerados inimigos do sistema social. A medida de segurança e a prisão preventiva seriam os instrumentos hábeis para isso. Aqueles que caíssem nas malhas do sistema penal dificilmente se veriam absolvidos dada a responsabilidade penal objetiva adotada no Código Penal de 1940, posteriormente reformado em 1984.

3.6 A DEFESA SOCIAL NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

A Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, elaborada pelo então Ministro da Justiça Francisco Campos, adotou um claro discurso de defesa social, pelo qual se buscava justificar uma vigorosa repressão da criminalidade, mediante a mitigação de direitos e garantias.

Assim é que a Exposição de Motivos diz que além de um Código único para todo o Brasil, “impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinqüem”²⁴⁵.

E mais:

As nossas vigentes leis de processo penal, asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da via em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social. Este o critério que presidiu à elaboração do presente projeto de Código. No seu texto, não são reproduzidas as fórmulas tradicionais de um mal-avisado favorecimento legal aos criminosos. O processo penal é aliviado dos excessos de formalismo e joeirado de certos critérios

²⁴⁵ A Exposição de Motivos do Código de Processo Penal de 8 de setembro de 1941, elaborada pelo Ministro da Justiça Francisco Campos, foi publicada juntamente com o Código de Processo Penal. É encontrável, portanto, em qualquer edição deste Código. Aqui, utilizamos a edição publicada em Pierangelli, *Processo Penal*, 533.

normativos com que, sob o influxo de um mal-compreendido individualismo ou de um sentimentalismo mais ou menos equívoco, se transige com a necessidade de uma rigorosa e expedita aplicação da justiça penal.²⁴⁶

As *nulidades processuais* foram reduzidas ao mínimo. Tal não significa simplesmente a redução do formalismo, mas implica a redução da garantia da legalidade dos atos processuais.

A redução da garantia da legalidade pode ser vista, ainda, na amputação dos princípios básicos do direito penal. Assim, a Exposição de motivos, declara que, no novo Código de Processo Penal:

É restringida a aplicação do *in dubio pro reo*. É ampliada a noção do *flagrante delicto*, para efeito da prisão provisória. A decretação da prisão preventiva, que, em certos casos, deixa de ser uma *faculdade*, para ser um *dever* imposto ao juiz, adquire a suficiente elasticidade para tornar-se medida plenamente assecuratória da efetivação da justiça penal. Tratando-se de crime inafiançável, a falta de exibição de mandado não obstará à prisão, desde que o preso seja imediatamente apresentado ao juiz que fez expedir o mandado. (...) Não é consagrada a irrestrita proibição do julgamento *ultra petitem*.

A Exposição de Motivos do Código de Processo Penal afirma que os dispositivos no novo Código tendem a fortalecer e prestigiar a atividade do Estado na sua função repressiva.

O Código Penal e o de Processo Penal adotaram vários institutos elaborados pela Escola Positiva e pelo movimento de defesa social, tais como

²⁴⁶ Ibid., 533-4.

o sistema de duplo binário, a medida de segurança, a individualização da pena, a análise da personalidade e da periculosidade. Estes institutos modelaram o sistema de justiça penal de modo a constituírem uma válvula de escape ao princípio da legalidade dos delitos e das penas, por muito facilmente conduzirem a análise do julgador, deslocando a preocupação com a estrita aplicação da lei penal para a “adequada defesa social”, abandonando os parâmetros legais.

CONCLUSÃO

O próprio Código de Processo Penal brasileiro é um exemplo de legislação influenciada pela defesa social, no qual, em sua Exposição de Motivos, os direitos dos indivíduos são citados como “pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum”²⁴⁷.

A matriz teórica da defesa social é a escola positiva italiana (Lombroso, Ferri e Garofalo) frequentemente em luta com os ideais da escola clássica de direito penal. Para a escola clássica, o fundamento da pena é a responsabilidade moral e pessoal em decorrência do livre arbítrio. O sistema de direito penal da escola clássica é baseado no fato, ou seja, no crime. O criminoso é visto como uma pessoa comum que transgride as proibições da lei penal e por isso é responsabilizado com a imposição da pena.

Para a escola positiva, não existe livre-arbítrio e a responsabilidade penal é substituída pela responsabilidade legal (objetiva), ou

²⁴⁷ A Exposição de Motivos do Código de Processo Penal de 8 de setembro de 1941, elaborada pelo Ministro da Justiça Francisco Campos, foi publicada juntamente com o Código de Processo Penal. É encontrável, portanto, em qualquer edição deste Código. Aqui, utilizamos a edição publicada em Pierangelli, *Processo Penal*, 534.

seja, a necessidade de defesa social passa a fundamentar a punição. O indivíduo é penalmente responsável pelo simples fato de viver em sociedade. Não importa o fato praticado, mas o perigo que o indivíduo representa ao corpo social. O sistema de direito penal da escola positiva é baseado, não no crime, mas no criminoso. Desloca-se a atenção do fato para o indivíduo, visto como um perigo e uma ameaça. Consequentemente, a responsabilidade penal deixa de se basear na culpa pessoal, para se basear na periculosidade.

Vemos nos movimentos de defesa social do século XX, uma linha de continuidade e desdobramentos da escola positiva. A tentativa de supressão do direito penal, que também foi defendida pelos partidários da escola positiva, principalmente Ferri, pode ser compreendida na medida em que, o sistema de legalidades, onde há regras a serem respeitadas, passa ser visto um limitador do poder punitivo. Quando se pretende a defesa social a qualquer custo, as regras que controlam a atuação do sistema punitivo passam a ser encaradas como um empecilho.

Para os movimentos de defesa social, a responsabilidade baseada no livre arbítrio é um problema estranho ao direito penal. Tratar-se-ia de um problema filosófico, que deveria permanecer alheio à técnica jurídica. Por outro lado, o movimento de defesa social, que se desenvolve no âmbito da Política Criminal, não adere ao determinismo positivista e não defende uma responsabilidade penal objetiva, sem culpa pessoal, como faziam os positivistas. Sem esclarecer, porém, o fundamento da responsabilidade penal (pois, para eles, essa não seria uma tarefa dos juristas), o movimento de defesa social, corroborado pela Escola Técnico-Jurídica (que separa em campo estanques, o Direito, a Criminologia e a Política Criminal jurídicos, cabendo aos

juristas apenas a aplicação das leis vigentes), acaba cindindo o direito penal em dois sistemas: um baseado na culpabilidade, com garantias pessoais aos acusados; e o outro, baseado na periculosidade, fundado na necessidade de defesa social. Assim, podemos apontar que o direito penal de culpabilidade é o direito penal do fato e tem suas origens em Beccarria. O direito penal da periculosidade é o direito pena do autor, formulado a partir de Lombroso.

A luta das escolas penais é a luta da Escola Positiva para impor o seu modelo de ciência em substituição ao modo clássico do saber penal. E a vitória da Escola Técnico-Jurídica, nada mais representou que o retorno ao desenvolvimento do saber penal iniciado pelos clássicos, que se caracteriza como saber jurídico, mas sem a vinculação filosófica como faziam os clássicos, sem a vinculação científica dos positivistas, mas à sombra de uma determinada orientação política. A Escola Positiva, portanto, foi uma mudança de paradigma no saber penal que, levado ao extremo, propôs a supressão do Direito Penal, chegando-se, na expressão de Rocco – a um direito penal sem direito.

Por trás da luta das Escolas está o confronto de idéias tendentes a estabelecer o tipo de sistema penal que se pretende impor. Ocorre que a escolha do tipo de direito penal e de processo penal, se mais democrático e garantista ou mais antidemocrático e repressor, depende do tipo de Estado que se estabelece. A ciência, enquanto conjunto de idéias que buscam teorizar e explicar a realidade, aparece nesse debate fornecendo a cada uma das correntes que digladiam, os argumentos aptos a justificar as tomadas de posição. Cada Escola confronta-se com um problema diferente. Estes

problemas são escolhidos, não por acaso, nem de forma neutra, nem tão pouco por uma “necessidade inegável”, mas por determinado recorte que faz da realidade, elegendo-se um inimigo, bem como os instrumentos e as armas para combatê-lo.

Assim, antes das idéias surgem as pretensões. Foi com a pretensão de impor limites ao poder soberano do Estado absolutista que os estudiosos da Escola Clássica buscaram construir institutos jurídicos como o princípio da legalidade dos delitos e das penas. Foi em busca de legitimar um Estado mais repressor que se desenvolveu o instituto da periculosidade e as idéias de defesa social. E o modelo Técnico-Jurídico parece que foi o modelo ideal para a obtenção de um Judiciário ratificador das arbitrariedades do Estado Autoritário.

Sem se aperceber da gravidade das conseqüências da adesão ao discurso da defesa social, muitos juízes o reproduzem como quem se sente lutando do lado justo. No combate à criminalidade, é justificada a supressão do direito penal. O sistema de garantias e de legalidade dos crimes e das penas, assim, passam a ser vistos como um empecilho à eficácia da defesa social, que deve sobrepor os direitos do indivíduo.

BIBLIOGRAFIA

Alfonso-Goldfarb, Ana Maria. *História da ciência*. São Paulo: Brasiliense, 1994.

Almeida, Francis Moraes de. “Heranças perigosas: arqueologia da “periculosidade” na legislação penal brasileira.” Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia, do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2005.

Alvarez, Marcos César. *Bacharéis, Criminologistas e Juristas: saber jurídico e nova escola penal no Brasil*. São Paulo: IBCCrim, 2003.

_____. “Um capítulo esquecido na história da criminologia no Brasil: Paulo Egídio e a sociologia criminal em São Paulo.” In *Revista brasileira de ciências criminais*, 45 (2003): 283-292.

Alves, Roque de Brito. *Ciência criminal*. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

Andery, Maria Amália et al. *Para compreender a ciência: uma perspectiva histórica*. 13ª ed. São Paulo: EDUC, 2004.

Andrade, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. *Dogmática jurídica*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. *Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

Ancel, Marc. *A nova defesa social: Um movimento de Política Criminal humanista*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

- Aragão, Antonio Moniz Sodré de. *As Três Escolas Penais: Clássica, Antropológica e crítica (estudo comparativo)*. Bahia: Editores Ribeiro, Gouveia & Cia., 1907.
- Ávila, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- Barros, Marco Antonio de. "As causas de justificação de crimes e o utilitarismo no Código Criminal do Império." In *Revista brasileira de ciências criminais*, nº 37 (2002): 276-298.
- Baptista, Francisco das Neves. *O mito da verdade real na dogmática do processo penal*. São Paulo: Renovar, 2001.
- Baratta, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- Beccaria, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2003.
- Bettiol, Guisepe. *Direito Penal*. Campinas: Red Livros, 2000.
- Bruno, Aníbal. *Direito Penal: parte geral*. Tomo 1. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- _____. *Comentários ao Código Penal*. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1969.
- Calhau, Lélío Braga. *Cesare Lombroso: criminologia e a escola positiva de direito penal*. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, nº 23 (2004).
- Canceli, Elizabeth. *A cultura do crime e da lei (1889-1930)*. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

- Carrara, Francesco. *Programa do curso de Direito Criminal*. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LNZ Editora, 2002.
- Chauí, Marilena. *Convite à filosofia*. 3ª ed. São Paulo: Ática, 2004.
- _____. *O que é ideologia*. 30ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1989.
- _____. *Brasil: mito fundador e sociedade autoritária*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2000.
- Colmanetti, Nilton. "Crime e resposta penal: um pouco de história." *Revista jurídica da Universidade de Franca*, nº 2 (1999): 156-161.
- Coracini, Celso Eduardo Faria. "A Antropologia criminal no Brasil nas obras de Cândido Nogueira da Motta e Raimundo Nina Rodrigues." *Revista brasileira de ciências criminais*, nº 41 (2003): 179-205.
- Costa, Yasmin Maria Rodrigues Madeira da. *O significado ideológico do sistema punitivo brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2005.
- Dias, Jorge de Figueiredo & Manuel da Costa Andrade. *Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra editora, 1997.
- Diniz, Maria Helena. *O conceito de norma jurídica como problema de essência*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. *A ciência jurídica*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- Dotti, René Ariel. "Um pouco de história luso-brasileira." *Revista brasileira de ciências criminais*, nº 10 (1995): 177-187.
- _____. "História da legislação brasileira II." *Revista brasileira de ciências criminais*, nº 13 (1996): 301-317.
- _____. "A reforma do Código Penal." *Revista brasileira de ciências criminais*, nº 24 (1998): 179-208.

- _____. “História da legislação brasileira (períodos republicanos).” *Revista brasileira de ciências criminais*, nº 12 (1995): 222-233.
- Dunem, Francisca Van. “A discriminação em função da raça na lei penal.” In *Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues*, vol. 1, 939-956, org. Jorge de Figueiredo Dias et al. Coimbra: Coimbra editora, 2001.
- d’Urso, Luis Flávio Borges. *Anteprojeto da parte especial do código penal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.
- Faria, Bento de. *Código Penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto Editora, 1943.
- Fávero, Flamínio. *Medicina Legal*, 11ª ed. Belo Horizonte, 1975.
- Ferla, Luis Antonio Coelho. *Feios, sujos e malvados sob medida: do crime ao trabalho, a utopia médica do biodeterminismo em São Paulo (1920-1945)*. Tese apresentada ao Programa de Pós-Graduação em História Econômica. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2005.
- Fernandes, Newton & Valter Fernandes. *Criminologia integrada*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- Ferrajoli, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- Ferraz, Márcia H. M. *As ciências em Portugal e no Brasil (1772 - 1822): o texto conflituoso na Química*. São Paulo: EDUC; FAPESP, 1997.
- Ferri, Enrico. *Princípios do Direito Criminal: o criminoso e o crime*. 2ª ed. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998.
- Fragoso, Heleno Cláudio Fragoso. *Lições de Direito Penal*. Vol. 1. 11ª ed. Rio de Janeiro: 1995.

- Francis Moraes de Almeida, *Heranças perigosas: arqueologia da “periculosidade” na legislação penal brasileira*. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia, do Instituto de Filosofia e Ciências Humanas. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2005.
- Freire, Christiane Russomano. *A violência do sistema penitenciário brasileiro contemporâneo*. São Paulo: IBCCRIM, 2005.
- Freitas, Wagner Cinelli de Paula. *Espaço urbano e criminalidade: Lições da escola de Chicago*. São Paulo: IBCCRIM, 2002.
- Foucault, Michel. *Em defesa da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- _____. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. Petrópolis: Vozes, 1983.
- _____. *A arqueologia do saber*. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- _____. *Microfísica do poder*. 20ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004.
- Freitas, Ricardo de Brito A. P. *As razões do positivismo penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Lúmen jures, 2002.
- Garcia, Basileu. *Instituições de Direito Penal*. 3ªed. Vol. 1. São Paulo: Max Limonad, 1953.
- Gomes, Luis Flávio; Yacobucci, Guillermo Jorge. *As grandes transformações do direito penal tradicional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- Guerra Filho, Willis Santiago. *Teoria da Ciência Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- Guimarães, Isaac Sabbá. *Dogmática penal e poder punitivo: novos rumos e redefinições em busca de um direito penal eficaz*. Curitiba: Juruá, 2000.

- Hungria, Nelson. *Comentários ao Código Penal: parte especial*. 3ª ed. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 1955.
- _____. *Comentários ao Código Penal: Parte Geral*, v. 1. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- Koerner, Andrei. “O impossível “panóptico tropical-escravagista”: práticas prisionais, política e sociedade no Brasil do século XIX.” *Revista brasileira de ciências criminais*, nº 35 (2001): 211-260.
- Kuhn, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. 8ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.
- Liszt, Franz Von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Trad. José Higinio Duarte Pereira. Tomo I e II. Campinas: Russell Editores, 2003.
- Lyra, Roberto. “Novas Escolas Penais.” Dissertação apresentada à Congregação da Faculdade de Direito do Rio de Janeiro, como candidato à cadeira de Direito Penal, 1936.
- Lombroso, César. *O homem delinqüente*. Porto Alegre: Rivardo Lens, 2001.
- Luisi, Luiz. “Direitos humanos – repercussões penais.” *Revista brasileira de ciências criminais*, nº 21 (1998): 75-79.
- Lyra, Roberto. *Direito Penal Normativo*. 2ª ed., Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1977.
- _____. “História do Direito Penal.” *Revista brasileira de Criminologia e Direito Penal*, nº 14 (1966): 7-19.
- _____. *Compêndio de Direito Penal dos Professores Roberto Lyra e Nelson Hungria: Parte Geral pelo Prof. Roberto Lyra*. Rio de Janeiro: Livraria Jacyntho, 1936.

- Marques, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. Campinas-SP: Bookseller, 1997.
- Marques Neto, Agostinho Ramalho. *A Ciência do Direito: conceito, objeto, método*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.
- Mayr, Eduardo. "Lei...ora, a lei." *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, nº 51 (2002): 408-412.
- Molina, Garcia-Pablos de & Luiz Flávio Gomes. *Criminologia*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- Mota, Andre. *Quem é bom já nasce feito*. São Paulo: DP&A, 2003.
- Nascimento, Walter Vieira do. *Lições de História de Direito*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- Neder, Gisele. *Absolutismo e punição*. In *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*, 191-206. Rio de Janeiro: Instituto carioca de criminologia, s.d.
- Nepomoneno, Alessandro. *Além da lei: a face obscura da sentença penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.
- Noronha, E. Magalhães. *Direito Penal*. Vol. 1. 21ª ed., São Paulo: Saraiva, 1982.
- Ordeig, Enrique Gimbernat. *Conceito e método da ciência do direito penal*. Trad. José Carlos Gobbis Pagliuca. Rev.da trad. Luis Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- Pastana, Débora Regina. *Cultura do medo: reflexões sobre violência criminal, controle social e cidadania no Brasil*. São Paulo: Método; IBCCRIM, 2003.
- Pierangelli, José Henrique. *Códigos Penais do Brasil*. Bauru: Javoli, 1980.

- _____, Coord. *Direito criminal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.
- Pimentel, Manoel Pedro. "Breves notas para a história da criminologia no Brasil." *Ciência Penal*, nº 2 (1979): 37-49.
- Prado, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- Radbruch, Gustav. *Introdução à ciência do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- Rauter, Cristina. *Criminologia e subjetividade no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- Reale Júnior, Miguel. *Teoria do delito*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- Ribeiro, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. 2ª ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- Rosa, Antonio José Miguel Feu. *Direito Penal: parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- Rossi, Paolo. *Naufrágios sem espectador: a idéia de progresso*. São Paulo: UNESP, 2000.
- Rusconi, Maximiliano A. *Sistema del Hecho Punible y Política Criminal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1995.
- Sader, Emir. *O anjo torto: esquerda (e direita) no Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 1995.
- Santos, Géron Pereira dos. *Do passado ao Futuro em Direito Penal*. S.l.: Editora Setemares, s.d.

- Santos, Pedro Sérgio dos. *Direito processual penal e a insuficiência metodológica: a alternativa da mecânica quântica*. Curitiba: Juruá, 2004.
- Salla, Fernando. “Breves notas para a história do encarceramento em São Paulo – a penitenciária do Estado.” *Revista brasileira de ciências criminais*, nº 20 (1997): 293-302.
- Saldaña, Quintiliano. *Nova criminología*. Trad. Alfredo Luzón e V. de Alcântara Carreira. Campinas: Russell, 2003.
- Savino Filho, Cármine Antonio. “Evolução do direito penal – comentários.” *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, nº 49, 45-58.
- Silva Júnior, Hédio. “Direito penal em preto e branco.” *Revista brasileira de ciências criminais*, nº 27 (1999): 327-338.
- Silveira, Renato de Mello Jorge. “170 anos de legislação penal brasileira: as luzes na Constituição de 1824 e no Código Criminal do Império.” *Revista brasileira de ciências criminais*, nº 32 (2000): 164-186.
- Shecaira, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- Soares, Orlando. *Criminologia*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1986.
- Soler, Sebastião. *Derecho Penal argentino: parte especial*. T. 3. Buenos Aires: Tipografia Editora Argentina, 1953.
- Teixeira, João Paulo Allain. *Racionalidade das decisões judiciais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.
- Zafaroni, Eugênio Raúl & José Henrique Pierangeli. *Manual de Directo Penal*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____.; Nilo Batista et al. *Direito Penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

Zeidan, Rogério. *“Ius puniendi”, estado e direitos fundamentais: aspectos de legitimidade e limites da potestade punitiva*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002.

Zilles, Urbano. *Teoria do conhecimento*. 4ª ed. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.