

**LOMBROSO NO DIREITO PENAL: o destino d'O Homem Delinquente
e os perigos de uma ciência sem consciência**

LOMBROSO IN CRIMINAL LAW: the fate of "The Man Offenders"
and the dangers of science without a conscience

Bartira Macedo de Miranda Santos*

RESUMO

Com este tema, *LOMBROSO NO DIREITO PENAL: O destino d'O Homem Delinquente e os perigos de uma ciência sem consciência*, aborda-se os desdobramentos da teoria lombrosiana do criminoso nato como sujeito diferente, anormal, inferior, degenerado, com a qual a escola positiva italiana deslocou o problema penal do fato para o indivíduo e demonstra como essas teorias foram utilizadas para justificar a punição sem crime, permitindo que o sistema penal se direcionasse para a punição de determinados indivíduos (pobres, negros, feios, indesejáveis) ao invés de condutas criminosas. Pretende-se mostrar os desdobramentos da teoria lombrosiana no direito penal, as rupturas provocadas, a nova configuração do saber penal e as suas consequências, no campo social e político.

PALAVRAS-CHAVE: Positivismo penal; Lombroso; Direito Penal.

ABSTRACT

With this theme, *LOMBROSO IN CRIMINAL LAW: The fate of The Offender Man and the dangers of science without conscience*, it talks about the ramifications of the Lombroso's theory of the born criminal as a different individual, abnormal, inferior, degenerate, with which the Italian positive school shifted the problem of the criminal fact to the individual and demonstrates how these theories were used to justify punishment without crime, allowing the system to direct to the criminal punishment of certain individuals (poor, black, ugly, undesirable) instead of criminal conduct. It is intended to show the developments of the Lombroso's theory in criminal law, disruptions caused, the new configuration of knowledge and their criminal consequences in social and political field.

KEYWORDS: Positivism criminal; Lombroso; Criminal Law.

1. Introdução

Quando o médico italiano Cesar Lombroso publicou, em 1876, seu "Tratado Antropológico e Experimental do Homem Delinquente", que mais tarde se tornaria no livro internacionalmente conhecido como "O Homem Delinquente" talvez ele não tivesse o firme propósito de destruir o Direito Penal da sua época. Nem mesmo poderia imaginar a repercussão das suas teorias no campo social, jurídico e político.

* Bartira Macedo de Miranda Santos, Professora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás, é Doutora em História da Ciência pela PUC-SP, Mestre em Direito, com área de concentração em Ciências Penais, e Especialista em Direito Processual Penal, pela UFG.

De acordo com o Novo Aurélio Século XXI, *destino* é o “fim ou objeto para que se reserva ou designa alguma coisa; aplicação, emprego”. Significa também o “lugar aonde se dirige alguém ou algo; direção”¹.

Qual o destino (ou seja, aplicação, emprego) das ideias que Lombroso imprimiu em seu livro “O Homem Delinquente?” Quais mudanças essas ideias provocaram no Direito Penal?

Neste artigo, mostramos que Lombroso era um homem de ciência², e que a sua teoria do criminoso nato, apesar de jamais ter sido comprovada, situou-se, no final do Século XIX, no âmbito das discussões científicas. Certamente, não foi por sua cientificidade que a teoria do criminoso nato ganhou tanta notoriedade. O seu sucesso se deve, não ao acerto de sua tese, mas à sua utilidade social e política, por permitir, aos Estados totalitários, mecanismos de controle social punitivos altamente eficazes para a eliminação e exclusão de pessoas, independentemente da prática de algum fato criminoso.

As ideias de Lombroso provocaram profundas rupturas no direito penal que se desenvolvia desde a publicação do livro de Beccaria, *Dos delitos e das penas*, de 1764. Diante da teoria do criminoso nato, em que alguns indivíduos serão vistos como *incorrigíveis e degenerados*, determinados ao crime por forças que ele não poderia controlar, a responsabilidade penal, até então, fundada no livre arbítrio, recebera um grande golpe. Beccaria defendia que a lei é que deve estabelecer quais são as condutas criminosas e as penas correspondentes. Nesse sistema, o homem, tendo livre arbítrio, é responsável penalmente por seus atos. Com o surgimento do criminoso nato, será necessária uma nova fundamentação para o poder de punir. A responsabilidade penal deixa de ser pessoal (em razão dos fatos praticados), para ser social (decorrente do simples fato de se viver em sociedade). O direito penal desprende-se do fato, para apegar-se à periculosidade do criminoso.

Quais as consequências desse novo direito penal? Como ele se configurou? Partindo da análise das ideias fundamentais que configuraram os modelos de ciência do direito penal,

¹ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 667.

² Alguns autores representam Lombroso como um charlatão, outros, como um ingênuo ou inocente quanto aos rumos que tomaria o direito penal pelos desdobramentos de suas teorias. Vide, p. ex. Castiglione, *Lombroso perante a criminologia contemporânea*, p. XXX. Por outro lado, Lombroso é retratado como alguém que se empenhou muito para a divulgação e implementação das suas ideias. Nesse sentido, vide o trabalho de Rosa Del Olmo, *A América Latina e sua Criminologia*.

seu objeto e método, objetiva-se mostrar os desdobramentos das perigosas ideias de Lombroso.

2. César Lombroso e a ciência da sua época

Lombroso nasceu em Verona, na Itália, filho de pais hebreus. Formou-se em Medicina e Doutorou-se em Psiquiatria. Trabalhando como oficial-médico do Exército italiano, em 1858, Lombroso descobriu que o álcool serve como poderoso desinfetante para as feridas, diminuindo o efeito das bactérias. No ano seguinte publicou um dos mais originais estudos sobre os ferimentos de arma de fogo.

Em 1867, Lombroso fundou a *Revista Trimestral Psiquiátrica*, sendo a primeira revista de psiquiatria da Itália. Lombroso dirigiu o Manicômio de Pádua de 1871 a 1876. Foi professor de Psiquiatria, na Universidade de Pavia, e de Higiene e Medicina Legal na Universidade de Turim. Lombroso publicou muitos outros trabalhos, tais como: *Hipnotismo e Mediunidade*, e *A mulher delinqüente*.

Lombroso foi um dos principais articuladores do III Congresso Penitenciário Internacional realizado em Roma, em 1885. Neste mesmo ano, Lombroso, com Ferri³ e Garofalo⁴, organizou o I Congresso Internacional de Antropologia Criminal, que teve como finalidade discutir a fundo as principais ideias sobre o criminoso nato.

O II Congresso Internacional de Antropologia Criminal foi realizado na França, em 1889, e se caracterizou pela forte oposição à teoria lombrosiana, por parte da Escola Francesa de Sociologia (Lacassagne, Manouvrier e Topinard)⁵.

Ao III Congresso Internacional de Antropologia Criminal (Bruxelas, 1892), a escola positivista italiana não se fez representar, devido à oposição que teve em Paris⁶.

³ Enrico Ferri (1856-1929) foi advogado criminalista e um dos expoentes da Escola Positiva Italiana. Converteu-se ao fascismo e presidiu a comissão que projetou um código penal para a Itália, em 1921, o Projeto Ferri. Mas, depois, acabou apoiando o Código Rocco, sancionado em 1930.

⁴ Rafael Garofalo (1851-1934), magistrado, foi presidente do Tribunal de Cassação e professor de Direito Penal da Universidade de Nápoles. Foi autor de diversas obras, entre elas se destaca a sua famosa *Criminologia*, publicada em 1885.

⁵ Segundo Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade, “deve-se a Lacassagne o ter aberto as hostilidades com o positivismo lombrosiano. E fê-lo quando era ainda pacífico o reinado daquele, ao proclamar, no I Congresso de Antropologia Criminal (1885), que cada sociedade tem os criminosos que merece e ao apontar como causa fundamental do crime o *milieu social*”. In: *Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena*, p. 24.

⁶ Sobre o histórico destes congressos e para uma análise mais detalhada de como se formou a institucionalização internacional do controle social, vide *A América Latina e sua criminologia*, de Rosa Del Olmo.

Lombroso, Ferri e Garofalo reapareceram no IV Congresso (realizado em Genebra, em 1896), reformulando o problema do delinqüente nato, admitindo a sua possibilidade de cura e preparando o terreno para a ideologia do tratamento e a reabilitação do delinqüente.

Portanto, para a sua época, Lombroso era um homem de ciência: fez pesquisas, desenvolveu teorias, publicou livros, apresentou trabalhos nos mais importantes congressos de sua época, delimitando um novo campo de investigações científicas, o da Antropologia Criminal, que posteriormente passaria a ser denominada por Criminologia.

3. O criminoso nato é produto da ciência do século XIX.

Levando-se em consideração as especulações científicas da época compreende-se como Lombroso chegou à formulação do “criminoso nato”.

Charles Darwin publicou “As origens das espécies” em 1859, obra na qual apresenta sua “teoria da evolução” pela seleção natural. Segundo essa teoria, os organismos transferem para seus descendentes as características mais aptas a permitir a sobrevivência da espécie. Assim, a mutação das espécies pode ser explicada pela transmissão genética, pouco a pouco, de uma geração à outra.

A teoria da seleção natural procurava responder a velhos problemas tratados por outros naturalistas, impulsionados pelo debate CRIACIONISMO X EVOLUCIONISMO. Antes de Darwin, Lamarck tinha dado o passo mais importante a favor do evolucionismo, com a teoria da geração espontânea, em 1809.

Darwin foi influenciado pelo seu avô, que havia escrito um livro em favor da teoria da evolução mas não apresentava evidências. Darwin dedicou mais de 20 anos de sua vida para coletar espécies vegetais e animais em busca de evidências. Ele fez uma viagem que durou 5 anos ao redor do mundo e por duas ocasiões esteve no Brasil (ficando escandalizado com as punições aplicadas aos escravos).

As pesquisas de Darwin já eram tão conhecidas que todos os 1000 exemplares da 1ª edição do livro foram vendidas no primeiro dia.

Francis Galton, primo de Darwin, também muito influenciado pelas ideias do avô e pelas evidências apresentadas no livro do primo, criou o conceito de “eugenia”, que seria o melhoramento de uma espécie através da “seleção artificial”. O objetivo de Galton era incentivar o nascimento de indivíduos mais aptos à melhoria da sociedade e desestimular o nascimento dos menos aptos.

Na época de Lombroso, era comum os estudos de frenologia, em que se buscava compreender o caráter, a personalidade e a criminalidade pelo estudo da forma da cabeça.

A Antropometria também era utilizada para medir o tamanho corporal e classificar as raças humanas de acordo com as dimensões físicas.

A Estatística já existia desde o século XVII.

Assim, o método utilizado por Lombroso estava em consonância com o que se fazia numa época em que se necessitava racionalizar as desigualdades sociais e reformular o conceito de liberdade. O desenvolvimento do capitalismo demonstrou as contradições sociais e precisava de novas bases ideológicas para sustentá-las. Para cumprir este objetivo, conforme Rosa Del Olmo⁷, o racismo teve um papel importante: *os pobres eram pobres porque eram biologicamente inferiores*. E essa afirmação poderia ser feita agora, apoiando-se na ciência. A superioridade – tal qual formulava o evolucionismo – era o resultado da seleção natural transmitida geneticamente. Os seres “inferiores” (leia-se: não proprietários) estavam obrigados à obediência e submissão por sua inferioridade.

Lombroso dedicaria muitos anos de sua vida na tentativa de comprovar a sua hipótese. Por mais que tenha reformulado suas teorias ele jamais conseguiu reunir “evidências” de que determinados indivíduos são criminosos natos.

Lombroso expandiu as causas da criminalidade para os fatores sociais, mas nunca abandonou a premissa de sua teoria, de que existe uma diferença biológica entre o delinquente e o não-delinquente. A maior herança deixada por Lombroso não foi os seus estudos antropológicos, mas a crença, presente no senso comum, de que o criminoso é um ser diferente dos outros indivíduos *normais*.

4. Ao colocar o crime como fato natural e biológico, Lombroso colocou novos problemas ao direito penal, imprimiu-lhe nova função e quis fundar uma nova ciência penal.

As ideias de Lombroso se fundavam no determinismo biológico, que, negando o livre arbítrio, considerava que não havia liberdade de escolha diante da força biológica que determina ou impulsiona o sujeito à criminalidade. Pelas ideias difundidas pela escola de Lombroso, diante da inevitabilidade do cometimento do crime, já que o criminoso é compelido ao delito por forças incontroláveis de sua natureza biológica, restaria à Justiça Penal a função de defender a sociedade contra o criminoso.

⁷ Ob. Cit., p. 44.

A Escola Positiva Italiana destinou ferrenhas críticas ao direito penal dos clássicos. Diziam que os juristas (ou seja, os clássicos), preocupados com a teoria jurídica do crime, dedicavam-se a estudos abstratos e metafísicos, esquecendo-se do criminoso; preocupava-se com os direitos humanos dos criminosos, esquecendo-se dos direitos da sociedade de defender-se.

Ferri chamou de “clássicos” todos aqueles que não concordavam com o positivismo criminológico. Os clássicos praticavam um saber penal caracterizado pelo aspecto jurídico, ainda que filosoficamente fundamentado. Eram as primeiras tentativas de elaboração de um saber jurídico sistematicamente organizado. As suas teorizações começam por justificar o poder de punir – ora invocando o contrato social, como Beccaria, ora invocando o direito natural, como Carrara. De qualquer forma, o direito de punir não era absoluto e tinha que realizar-se dentro dos limites fixados. Esse saber jurídico girava em torno do crime, considerado como a conduta humana contrária às leis do Estado. Os clássicos então se empenhavam em construir um sistema de legalidade dos delitos e das penas com a finalidade de garantir direitos aos humanos.

Daí, as características desse direito penal dos clássicos:

- a) **Justificação do direito de punir:** por meio do contrato social ou do direito natural procurava-se dar uma certa legitimidade ao direito penal.
- b) **Limitação do poder de punir** (a punição não podia ultrapassar os limites do contrato social, do direito natural, ou da lei): esta era a finalidade política do direito penal.
- c) **Legalidade dos delitos e das penas:** esta era a tarefa/atividade do direito penal (estabelecer as condutas criminosas e as penas correspondentes).
- d) **Saber jurídico em torno do crime** (conduta humana): era o ponto de partida do conhecimento do direito penal.
- e) **Garantia de direitos aos indivíduos frente ao poder de punir:** esta era a consequência do direito penal.

Lombroso, com sua Escola Positiva Italiana, representou um ataque ao saber que se desenvolvia no direito penal.

A escola positiva italiana deslocou o problema do crime para o criminoso, defendeu que o direito penal deve preservar os direitos da sociedade (e não do indivíduo). Surge a ideia de que a sociedade tem o direito de defender-se contra os delinquentes.

Assim, a escola positiva defendeu que antes de se estudar o crime, deve-se estudar o criminoso. Para combater o crime com eficácia, é preciso conhecer as suas causas. E as causas do crime, eles foram procurar na pessoa do criminoso, estudando-o, classificando-o, medindo, pesando, tudo para encontrar as características físicas próprias do homem criminoso.

Assim, o direito penal criado a partir das ideias de Lombroso e da sua escola, tinha como características:

- a) **Defesa Social:** o direito penal é legítimo para defender a sociedade contra o crime e os criminosos.
- b) **Combate ao crime (diga-se aos criminosos)** em defesa da sociedade: esta era a finalidade política do Direito Penal.
- c) **Proteger a sociedade afastando os indivíduos perigosos do convívio social:** esta seria a tarefa/atividade do direito penal e da Justiça Penal.
- d) **Conhecimento que giraria em torno do homem criminoso,** tomado como ser diferente, perigoso, *anormal*, subespécie humana: este era o ponto de partida do conhecimento penal.
- e) **Expansão do poder de punir:** esta era a consequência deste direito penal.

A escola de Lombroso representa portanto um ataque ao direito penal. Existia um saber construído pelos juristas, aplicado pelos juristas e que buscava atender as necessidades dos juristas nas suas funções de acusar, defender e julgar.

As ideias propostas por Lombroso e pela Escola Positiva Italiana, inauguraram um novo modo de pensar o direito penal: um direito penal como instrumento de defesa social. Os partidários do positivismo penal da Escola Italiana (Lombroso, Ferri e Garofalo), defendendo um modelo de ciência penal fundada na periculosidade, tentaram construir uma nova 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.

5. As repercussões da teoria lombrosiana na ciência penal

Lombroso imprimiu um “pré-conceito”, ou seja, um conceito prévio de homem delinqüente.

Enquanto os clássicos referiam-se ao sujeito ativo do crime como “acusado”, “indivíduo”, agente”, com uma linguagem respeitosa, reconhecendo sua humanidade; os positivistas usam “criminoso”, “delinqüente”, “degenerado” numa linguagem que pressupõe a reprovação, a condenação, a diferenciação, a oposição e o repúdio.

Talvez este preconceito seja a maior herança deixada por Lombroso, pois a Antropologia Criminal de Lombroso é apenas um capítulo da história das criminologia, a Sociologia Criminal de Ferri caiu no esquecimento e o conceito de delito natural, de Garofalo, é hoje tido como uma coisa “pré-científica”.

Nenhum dos campos da moderna Criminologia toma o homem como delinqüente.

A análise das principais investigações criminológicas, realizadas preponderantemente na área biológica, que estudam o componente biológico da conduta humana (e aqui estamos falando de pesquisas nas áreas da Biologia criminal e da Medicina, tais como a neurofisiologia, endocrinologia, sociobiologia, bioquímica e genética criminal), demonstram que elas evoluíram para paradigmas cada vez mais complexos, capazes de ponderar cada vez mais a pluralidade de fatores que interatuam no fenômeno delitivo e estão cada vez mais distantes das concepções de Lombroso, de modo que – conforme Pablos de Molina⁸ (2009:217) - é um erro identificar estas teorias de cunho biológico como “neolombrosianas” ou “pós-lombrosianas”. Ainda que estas teorias sejam as mais próximas das idéias do positivismo criminológico, elas fazem questão – e muita questão – de não repetir os erros de Lombroso e fazem questão de se afastarem de Lombroso. Definitivamente, não consideram as teorias de Lombroso como científicas e se referem à escola positiva italiana como uma “etapa pré-científica” da Criminologia. De todo modo, as teorias de Lombroso são

⁸ Antonio Garcia – Pablos de Molina, *Criminologia*, p. 217.

de tal forma repudiadas no meio científico que, mesmo estas novas vertentes de pesquisas, são sempre vistas com muitas reservas e desconfianças. Estas pesquisas estão muito distantes da Criminologia estudada pelas ciências sociais e de qualquer aplicação prática imediata no mundo da Justiça Penal.

A ciência do Direito Penal, por sua vez, não sofreu uma influência direta das ideias de Lombroso. Nestes últimos cem anos, o Direito Penal se orientou em torno do paradigma de ciência jurídica dogmática e normativa. O Direito Penal é uma ciência que **não** tem por objeto estudar o “homem”, “criminoso”, seu aspecto físico, natural, biológico, psicológico ou social. O Direito Penal tomou por objeto o estudo das normas jurídico-penais. Tem desenvolvido um conhecimento altamente especializado sobre a interpretação e a aplicação de normas jurídicas. O Direito Penal se divorciou da Criminologia desde o início do século XX. Pois, como disse Rocco, a lombrosiana escola italiana: “Chegou a um Direito Penal sem direito”. Diante do estado de ansiedade, incerteza e perplexidade em que se encontrava a nossa Ciência Penal da época, em que já não havia princípio jurídico firme algum de Direito Penal, segundo Rocco: “Cabia indagar se uma Ciência chamada Direito Penal era ou não uma Ciência Jurídica, pois continha Antropologia, Psicologia, Estatística, Sociologia, Filosofia, Política, ou seja, de tudo, menos de Direito”.

O paradigma técnico-jurídico fez com que o Direito Penal se desenvolvesse como ciência “dogmática” e “normativa”, e, paradoxalmente, foi esse modelo de ciência “jurídica” que permitiu a aplicação prática das ideias de defesa social iniciadas pela Escola Positiva Italiana, permitindo que se chegasse ao máximo exagero na punição sem crime, pois a medida em que a tarefa científica do jurista é a aplicação de normas jurídicas, não lhe cabe questionar o sistema social e político, que se supõe como perfeito e legitimado pelo consenso.

Não obstante as teorias lombrosianas serem hoje consideradas por muitos como um paradigma científico ultrapassado pela ciência de nosso tempo, a maior herança deixada por Lombroso foi o “pré-conceito”, de que há “homens criminosos”, que seriam a minoria, e homens não criminosos, que formam a maioria das pessoas na sociedade. Conforme explica a Profa. Vera Regina Pereira de Andrade, uma conduta não é criminal “em si” (qualidade negativa ou nocividade inerente) nem seu autor um criminoso por concretos

traços de sua personalidade ou influências de seu meio ambiente⁹. Mas, a herança lombrosiana afirma que há homens criminosos e eles são diferentes das pessoas honestas.

5. O “homem criminoso” não existe.

O advento da Criminologia Crítica abandonou completamente o paradigma causal-explicativo do crime. Enquanto a Criminologia estava preocupada com as causas da criminalidade, não questionava o funcionamento do sistema punitivo. Nas últimas décadas, porém, cada vez mais o sistema punitivo tem sido tomado como objeto de estudo desta nova Criminologia. O enfoque dos estudos criminológicos deixaram de se preocupar com as causas do crime para indagar sobre o processo de criminalização: quem são os criminalizados?

Falar em “estudo científico do homem criminoso”, implica antes de tudo em perguntar “quem é o homem criminoso?” É o condenado por sentença penal condenatória transitada em julgado? A pessoa que pratica um crime e por ele é condenado torna-se “criminoso”? É a sentença então que transforma um homem acusado em um homem criminoso? “Criminoso” é apenas aquele que pratica crimes? Qualquer crime? Só os crimes graves? “Criminoso” é um adjetivo para apenas algumas pessoas? Na sociedade existem criminosos e não criminosos? Os criminosos são diferentes dos não criminosos? Onde está esta diferença?

O conceito de *homem criminoso* é um conceito social e político, não é um conceito jurídico. O “homem criminoso” não existe enquanto realidade ontológica. Não há indivíduos aos quais podemos apontar e dizer: “este é um homem criminoso”. Ninguém “É” criminoso. Mesmo os definitivamente condenados, mesmo depois da sua morte, podem ser beneficiados com uma revisão criminal que apague o caráter criminoso do fato ou que declare que não foi ele o autor de tal fato.

“Criminoso” é um carimbo, uma etiqueta, ou um rótulo que se coloca em determinada pessoa ou grupos de pessoas, em determinado momento histórico e em determinado local.

Assim, ao invés de se falar em Homem Criminoso, melhor dizer: homem criminalizado.

⁹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre, 2003, p. 41.

Se o homem criminoso não existe, quando se fala em “homem criminoso” está se falando em quem? Quem são os “criminalizados”? Quem são as pessoas ou grupos de pessoas que historicamente são taxados de criminosos?

6. Quem são os criminalizados?

Quem são os criminalizados? A esta pergunta daremos quatro ordens de respostas:

1. Criminosos são os inimigos
2. Criminosos são os perigosos
3. Criminosos são degenerados
4. Criminosos são os indesejáveis: miseráveis, feios e vadios

Para os representantes da Escola Positiva Italiana, a função do direito penal é promover a defesa da sociedade. Esta Escola coloca o problema penal em termos de guerra: “na luta contra o crime”, os positivistas foram buscar as causas da criminalidade na pessoa do criminoso. Assim, ao invés de se estudar o crime, como fato jurídico, para os positivistas, deve-se estudar o criminoso. Têm-se aí os criminosos como inimigos¹⁰, que deveriam ser identificados e combatidos. A pena deixa de guardar proporcionalidade com a gravidade do fato ilícito para corresponder aos critérios de periculosidade que o criminoso representa. Daí, a identificação dos criminosos como indivíduos perigosos. Afim de tratar a periculosidade, os positivistas foram incansáveis na classificações dos criminosos. Não se trata mais de “para cada crime, uma pena”; mas, para cada criminoso, uma medida. Conforme Vera Regina Pereira de Andrade¹¹, para os positivistas, seria fundamental “ver o crime no criminoso”, porque ele é, sobretudo, sintoma revelador da personalidade mais ou menos perigosa (anti-social) de seu autor, para a qual se deve dirigir uma adequada “defesa social”. Ainda na escola positiva, os criminosos serão vistos como degenerados, indivíduos defeituosos em sua constituição física e biológica. A desgenerescencia era identificada como uma característica

¹⁰ Antes, a escola clássica já colocava o criminoso como inimigo, ao considerá-lo como infrator do contrato social. Sobre o assunto, vide: ZAFARONI, E. Raúl. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

¹¹ Ob. Cit., p. 36.

defeituosa que deveria ser evitada ou tratada¹². Não tardou para os degenerados serem relacionados com todo tipo de indivíduo indesejável: os miseráveis, feios e vadios¹³.

A este respeito, são ilustrativas as palavras de Von Liszt¹⁴:

Assim como um membro doente envenena todo o organismo, o câncer cada vez mais rapidamente crescente dos delinquentes habituais, penetra em nossa vida social (...). Trata-se de um membro, mas do mais importante e perigoso, nessa cadeia de fenômenos sociais patológicos que costumamos chamar com o nome genérico de proletariado. Mendigos e vagabundos, prostituídos de ambos os sexos e alcoólatras, vigaristas e gente licenciada, no sentido mais amplo da palavra, degenerados psíquicos e físicos. Todos eles formam um exército de inimigos básicos da ordem social, do qual os delinquentes habituais compõem o seu Estado-Maior.

A pena passa a ser uma medida de defesa social, ou seja, um modo de se proteger a sociedade contra os criminosos.

A Escola Positiva Italiana fornecerá as ideologias mais adequadas para os Estados Autoritários: Se a causa do crime está na pessoa do criminoso, deve-se combater o criminoso e não o crime. Esta concepção de Direito Penal do Autor, fornece as “justificativas” “científicas” para a punição sem crime. Pois, na defesa da sociedade, é melhor eliminar os maus elementos antes que eles atuem. Se, pelos estudos de Lombroso e outros positivistas, os criminosos são “diferentes”, sendo classificados em categorias, o problema que se colocava agora para as autoridades públicas e intelectuais era “como tratar desigualmente os desiguais”.

A escola positiva italiana pressupõe que a sociedade é dividida entre indivíduos bons e honestos, de um lado; e de outro, maus e perigosos; ou seja, em criminosos e não-criminosos.

Fazendo um balanço dos congressos de antropologia criminal, Rosa Del Olmo¹⁵ conclui o seguinte:

¹² Nesse sentido, a miscigenação, no Brasil, por exemplo, era vista como algo muito perigoso já que não se sabia o resultado da mistura de raças, que era algo relativamente novo. A este respeito, vejam-se os trabalhos de Nina Rodrigues, entre eles, *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*, 1894.

¹³ Sobre essa correlação, vide o trabalho de 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.

¹⁴ Franz von Liszt, apud Francisco Muñoz Conde, *Edmundo Mezger e o direito penal do seu tempo*, p. 9-10.

¹⁵ Del Olmo, *A América Latina e sua Criminologia*, p. 94.

A revisão geral dos sete congressos de Antropologia Criminal, entre 1885 e 1911, indica a direção que tomaria o controle da delinqüência nessa época, controle que somente se realizaria, segundo a escola positivista, por meio do estudo “científico” do indivíduo delinqüente. Este novo instrumento ideológico tornava-se útil, conseguindo institucionalizar-se internacionalmente em consequência da expansão do capitalismo em todos os campos.

Destaca-se em primeiro lugar - por estar em cada congresso - a preocupação pelo estabelecimento das características físicas dos delinqüentes; a reação entre a loucura e a delinqüência e, particularmente, entre a degeneração (física ou moral) e a delinqüência. Também a concepção do delinqüente como enfermo que podia ser curado, dando lugar a que se promulgasse “o tratamento” desse delinqüente, com a ajuda da antropologia criminal e da psiquiatria. Por outro lado, surge também a preocupação com os chamados delitos das multidões (leia-se greves) e com as atividades anarquistas, tão comuns nessa época, atribuídos a “agitadores” provenientes do exterior. Estes por não querer se submeter às leis que os conformavam a uma situação de subalternidade de acordo com sua classe social, tinham que ser indivíduos enfermos, isto é, delinqüentes e, em casos extremos, incorrigíveis (leia-se perigosos).

Em decorrência das ideias de Lombroso, produziram-se todo um arcabouço teórico que permitiram a intervenção do direito penal em razão da “periculosidade” do indivíduo e não do fato por ele praticado. Criou-se um modelo de direito penal muito propício para os Estados autoritários, capaz de punir em razão da “pessoa” em julgamento, e não do fato por ela praticado, sob o argumento de que o mais importante é defender a sociedade.

7. Quais os desdobramentos do direito penal de defesa social?

Um direito penal técnico-dogmático com a função de defender a sociedade produziu vergonhosas aberrações, matou milhões de pessoas sem produzir um mínimo de “dor” na consciência dos juristas, que, ainda como hoje, se sentem lutando do lado justo.

Nas primeiras décadas do século XX, a “luta das escolas” era mais de terminologia que de conteúdo. Aliás, as pretensões positivistas de uma ciência penal voltada ao estudo do criminoso mostrou-se impossível na prática, pois implicava numa medicalização da justiça penal que para ser posta em prática exigia a substituição dos juristas pelos médicos. Assim, a divisão de tarefas entre as ciências penais – Direito, Criminologia e Política Criminal – não poderia resultar num arranjo mais adequado para por em prática as pretensões autoritárias do Estado Nazista, Fascista, Stalinista ou mesmo ao Estado Novo de Getúlio Vargas, no Brasil.

Nessa divisão de tarefas das ciências penais, à Criminologia caberia o estudo científico do crime e do criminoso; à Política Criminal caberia a escolha dos meios mais eficazes para combater o crime (e os criminosos) e ao direito penal caberia a função de aplicar as leis elaboradas pelo Estado. Esta foi o modelo de ciência penal proposto por Von Liszt e que atravessou todo o século XX.

Certamente, não foi o direito penal daquelas primeiras décadas do século XX que sozinho provocou o nazismo, o fascismo, o estalinismo... trata-se de regimes autoritários que tiveram amplo apoio nos mais variados setores sociais: dos intelectuais, dos acadêmicos, dos profissionais liberais, das elites, da igreja, do Judiciário etc. Não é que o direito penal sozinho seja o causador disso, mas é preciso saber que esses regimes tiveram um direito penal que se adequou a eles, e tiveram respeitáveis juristas trabalhando em favor deles, elaborando leis, teorias e institutos jurídicos. O que foi feito nesses regimes foi feito porque um conjunto de ideias o permitiram, ou ao menos, certo direito penal os permitiram. Então é preciso esclarecer o que se pode fazer com o direito penal. O que o direito penal permite que seja feito quando é colocado a serviço da defesa social, quando se permite a proliferação de tais ideias de direito penal como instrumento de defesa social.

É preciso que se indague sobre a ciência, o que podemos e o que queremos fazer com ela. A ciência pode servir para promover a paz – ou a guerra; pode servir para o *bem* – ou para o *mal*. Não adianta dizer que o saber do século XIX e do início do século XX foi uma etapa “pré-científica” desta ou daquela disciplina. Nenhuma disciplina está isolada. As ideias de defesa social, por exemplo, tiveram uma repercussão mais ampla, para além do campo penal, abarcando as preocupações com a raça e a higiene.

Michel Foucault explica no livro “*Em defesa da sociedade*”, que deparou-se com o tema do racismo, nos seus seminários e nos seus 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.

Alessandro Fontana e Mauro Bertani¹⁶, editores da edição brasileira do livro de Foucault, *Em defesa da sociedade*, 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.

Todo poder tem por detrás um saber que lhe dá sustentação. E todo saber precisa de um poder que lhe dê firmeza. A crença na neutralidade da ciência e do direito penal é uma ingenuidade que nós não podemos nos dar ao luxo. É preciso ter sempre em mente a pergunta: para onde nos leva o direito penal? Para onde queremos levar o direito penal? O direito penal não pode ser uma ciência sem consciência de si mesma.

O direito penal de defesa social é a negação do próprio direito, porque se afasta das regras que estabelecem os delitos e as penas. O direito penal de defesa social levou milhões de pessoas aos campos de concentração nazistas, ao Holocausto.

Dizia Michel Foucault¹⁷, em 1976: “A não-análise do fascismo é um dos fatos políticos importantes destes últimos trinta anos”.

Passados mais de trinta anos desde a frase de Foucault, a não análise do fascismo que orientou nosso código penal e nosso código de processo penal, e a não-análise do direito penal da ditadura militar continua sendo um fato curioso.

Francisco Munhoz Conde, no livro que tem por título “*Edmundo Mezger e o direito penal do seu tempo*”, mostra a relação deste erudito criminalista alemão com o regime de Adolf Hitler. Edmundo Mezger representa um dos pilares da dogmática jurídico-penal do século XX. Seu papel foi fundamental para dar sustentação “científica” aos propósitos racistas de Hitler. Mezger assumiu a função de adaptar o direito penal aos novos postulados políticos do nazismo.

¹⁶ Ob. cit. 345.

¹⁷ Ob. cit., p. 331-2

Os livros e textos de Mezger e de outros catedráticos professores do direito penal que tiveram estreitas relações com o nacional-socialismo, misteriosamente desapareceram das bibliotecas ou eram guardadas a sete chaves no “armário dos venenos” nos porões das Faculdades de Direito. Havia muitos sobreviventes poderosos desse regime, juízes, professores e outros juristas, que depois do fim da guerra, reassumiram suas funções.

É o caso de Edmundo Mezger que depois de julgado pelo Tribunal de Nuremberg, tendo passado algum tempo preso, voltou a assumir sua cadeira de direito penal na Universidade de Munich. Depois de apagar de seus textos as passagens mais explícitas de racismo e adesão ao fascismo, Mezger publicou novas edições de seus livros, adotando, agora, uma posição “neutra”, em que só tratava de assuntos dogmáticos. Em 1950, com a publicação da monografia “Modernas orientações da dogmática jurídico-penal”, Edmundo Mezger inaugurou a sua crítica à teoria final da ação que vinha sendo defendida por Welzel desde 1930. A publicação dessa monografia iniciou uma das mais importantes polêmicas da ciência penal, entre os partidários da teoria causal e da teoria finalista da ação, e, segundo Muñoz Conde, foi o disfarce perfeito para Mezger esconder o seu passado nazista.

Membro da Comissão de Reforma do Direito Penal, Mezger participou da redação de textos legais, como a Lei do Delinquentes Perigosos de 1933, permitindo a internação e morte de mais de 17.000 pessoas. A sua produção acadêmica seguiu o mesmo caminho: a analogia na criação de tipos penais; a substituição do direito penal de resultado por um direito penal de perigo; a substituição do conceito de bem jurídico pelo de violação de um dever; a ideia de pena como meio de eliminação dos elementos daninhos ao povo e à raça.

Suas ideias biologicistas foram utilizadas para justificar medidas de higiene racial. Participou da elaboração do Projeto de Lei sobre o Tratamento dos Estranhos à Comunidade, que não chegou a entrar em vigor, mas nem por isso impediu-se que milhões de pessoas fossem internadas em campos de concentração, o uso de medidas de seleção eugênica (castração e esterilização) não só para quem cometesse delito, mas também para quem – aos olhos da polícia – apresentasse uma certa “tendência à delinquência”.

Este foi o cenário que decorreu das ideias biologistas do século XIX, às quais, em matéria penal, Lombroso é a sua máxima expressão. As teorias do criminoso nato e o atavismo, unidas à degenerescência e eugenismo, acrescentadas do darwinismo social e da teoria penal da defesa social produziram o arcabouço teórico em nome do qual se buscou

justificar as maiores atrocidades já praticadas na face da Terra, que foram os milhões de pessoas e crianças mortas nos campos de concentração.

8. Conclusão

O direito penal é o conjunto de normas jurídicas voltadas a dar certeza e segurança jurídica quanto às condutas consideradas criminosas e quanto à pena a ser aplicada em decorrência de cada crime. São três as grandes teorias do direito penal, decorrentes de seus três campos de atuação: a teoria do crime, a teoria da pena e a teoria da lei penal. São de direito penal as normas jurídicas que fixam os crimes, as penas e a aplicação de suas próprias regras legais.

O conhecimento do direito penal gira em torno do fato: primeiro, saber se determinado fato é criminoso; em caso positivo, saber qual a pena a ele aplicada, e, ainda, saber, como se aplica essa pena.

O direito penal do fato foi desenvolvido a partir dos clássicos, dos quais o Marques de Beccaria é seu grande expoente. A grande contribuição dos clássicos foi fazer o direito penal girar em torno da legalidade dos delitos e das penas, impondo limites ao poder de punir. Só se pode punir os fatos que a lei estabeleceu como crime, com a pena que a lei fixou e da forma que fixou. Em consequência, os países tiveram que elaborar seus códigos penais e desenvolveu-se um conhecimento jurídico para a acusação, defesa e julgamento dos acusados.

Mas, no final do Século XIX, esse direito penal sofreu um duro golpe. A publicação do livro de Lombroso, *O homem delinquente*, em 1876, trouxe novos problemas para o direito penal. Foi colocada a questão do criminoso nato: um indivíduo anormal, diferente e perigoso, que já nasce criminoso. Como proteger a sociedade diante dos perigos do criminoso nato? Embora o criminoso nato não seja criminoso porque quer, a sociedade não pode ficar à mercê do crime. Pensando assim, como adaptar o direito penal a fim de se permitir uma eficaz defesa da sociedade?

A solução encontrada por Ferri foi reinventar a responsabilidade penal, que deveria deixar de ser uma responsabilidade pessoal (fundada no livre arbítrio e decorrente do fato praticado), para ser uma responsabilidade social, decorrente do fato de se viver em sociedade. Considerava-se que mais importante que defender os direitos dos indivíduos, era

defender os direitos da sociedade. A pena passou a ser uma medida de defesa social, decorrente não do fato praticado, mas da periculosidade do indivíduo.

A escola positiva italiana representou uma ruptura no saber penal, tentou fundar uma nova ciência para o direito penal. Neste novo modelo de ciência, os médicos teriam um papel fundamental, pois a pena não estaria ligada à gravidade do fato praticado, mas ao grau de periculosidade do autor do fato, e seriam eles, os médicos, os mais indicados para *curar* os criminosos, prescrevendo as medidas mais adequadas a cada um.

A reação dos juristas foi imediata. No início do século, Arthur Rocco deu a guinada mais significativa para que direito penal fosse reconhecido como uma ciência jurídica. Franz Von Liszt, por sua vez, estabeleceu uma divisão de tarefas no interior da ciência penal, dividindo o campo da criminologia, do direito penal e da política criminal. Assim, o direito penal livrou-se de todos os questionamentos filosóficos, políticos e sociais, convertendo os juristas em meros aplicadores da lei. Curiosamente, foi esse modelo de ciência o mais adequado aos propósitos dos estados autoritários.

Assim, os ideais da escola positiva italiana não puderam se realizar por meio do direito penal dos clássicos, nem conseguiram fundar um novo direito penal como queriam, mas seus propósitos puderam se realizar por meio do modelo de ciência que se formou com a escola técnico-jurídica do direito penal.

Bibliografia

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. Porto Alegre, 2005.

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.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2003.

CASTIGLIONE, Teodolino. *Lombroso perante a criminologia contemporânea*. São Paulo: Saraiva, 1962.

CONDE, Francisco Muñoz. *Edmundo Mezger e o direito penal do seu tempo: estudos sobre o direito penal do Nacional-Socialismo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

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.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI: o dicionário da língua portuguesa*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 667.

FERRI, Enrico. *Princípios do Direito Criminal: o criminoso e o crime*. 2ª ed. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998.

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.

LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Trad. José Higino Duarte Pereira. Tomo I e II. Campinas: Russell Editores, 2003.

LOMBROSO, César. *O homem delinquente*. Porto Alegre: Rivardo Lens, 2001.

MOLINA, Garcia-Pablos de & GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 4^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OLMO, Rosa Del. *A América Latina e sua criminologia*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

RODRIGUES, Nina. *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Guanabara, 1894.

ZAFARONI, E. Raúl. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.