

Artigos

Recebido: 15.11.2017

Aprovado: 01.12.2017

DOI <http://dx.doi.org/10.18316/REDES.v6i1.4272>

*1 Faculdade de Direito Dom Bosco

Curitiba, PR



O pensamento criminológico e a Faculdade de Direito de Recife na Primeira República

*Rebeca Fernandes Dias*1***RESUMO**

O presente artigo busca demonstrar como se deu a absorção e adesão da cultura jurídica criminal do período da Primeira República, mais precisamente dos juristas professores de Direito Criminal da Faculdade de Direito de Recife, aos postulados do positivismo criminológico, sobretudo italiano. As fontes levantadas foram os programas de disciplina de Direito Criminal e todos os textos publicados pelos juristas analisados. A pesquisa constatou que a absorção do pensamento criminológico foi gradativa, mas significativa e que de uma leitura crítica e resistente, como a que se pode identificar em Tobias Barreto, consolidou-se uma concepção bastante receptiva e até laudatória dos italianos Lombroso, Garofalo e Ferri, o que inevitavelmente deixou marcas na cultura jurídica criminal da época, uma cultura jurídica que buscava sua identidade e que, por grande influência da dicotomia criada por Ferri Escola Clássica X Escola Positiva, pretendia enquadrar-se em um dos ramos da ciência criminal.

Palavras-chave: Pensamento Criminológico; Positivismo Criminológico; Escola Positiva; Escola Clássica; Cultura Jurídica.

Criminological thinking and the Recife's Law School in the First Republic

ABSTRACT

The present article aims to demonstrate how was the absorption and adhesion, in our criminal law culture, during the First Republic, focusing, more precisely, in the criminal law professors in the Recife's Faculty of Law, of the criminological positivism, mainly Italian. The sources raised were the Criminal Law's discipline programs and all texts published by the jurists analyzed. The research found that the absorption of criminological thinking was gradual but significant and that from a critical and resistant reading, such as can be identified in Tobias Barreto, a very receptive and even laudatory conception of the Italians Lombroso, Garofalo and Ferri, were accomplished, which inevitably left traces in the criminal legal culture of the time, a juridical culture that sought its identity and which, by great influence of the dichotomy created by Ferri Classical School X Positive School, intended to fit into one of the criminal science branches.

Keywords: Criminological thinking; Criminological Positivism; positive School; Classic School; Legal Culture.

Introdução

A Faculdade de Recife, na segunda metade do século XIX, sobretudo a partir da década de setenta, teve um papel fundamental não apenas na formação intelectual dos juristas brasileiros, como no processo de modernização da cultura jurídica da época, que deixava de conceber o direito a partir dos moldes jusnaturalistas, para concebê-lo como fenômeno social, de acordo com as correntes do positivismo, evolucionismo, darwinismo, entre outras. O direito reivindicava status de ciência e nos parâmetros oitocentistas isso se traduzia em: neutralidade, objetividade, facticidade, empirismo.

Na Europa, a emergência da criminologia positivista vinculou-se a um contexto epistemológico particular. Tais correntes acima mencionadas, como positivismo, evolucionismo, darwinismo e ainda monismo, discurso racial, organicismo definiram muito a especificidade da criminologia que desponta no cenário italiano como Antropologia Criminal, a partir de Cesare Lombroso e se desenvolve repercutindo no âmbito da ciência criminal, com juristas como Enrico Ferri e Raffaele Garofalo.

Na Itália, o momento para se desenvolver uma ciência criminal nestes novos moldes epistemológicos e inspirado pela criminologia positivista foi bastante profícuo, pois em decorrência do processo de unificação do Estado italiano, discutia-se a elaboração de um código criminal para o país e as discussões envolveram as propostas de um direito criminal nos moldes criminológicos.

No Brasil é na passagem do Império para a República, ou seja, na década de oitenta do século XIX que chegam as novidades da Nova Escola, como chamava Ferri o movimento de reformulação do direito criminal. Aqui também a discussão de um novo código republicano provoca interessantes debates, os quais nos servem de fonte para compreender a dimensão do acesso, contato e absorção das ideias criminológicas positivistas. É neste contexto que são produzidos os principais textos de João Vieira de Araújo, o professor da Faculdade de Direito de Recife que pode ser considerado o primeiro divulgador das novas ideias. Seguiremos a trilha de seus textos para compreender como este autor foi absorvendo as ideias da nova escola, com suas limitações iniciais e sua maturação de ideias no decorrer de sua produção doutrinária e docente.

Todavia iniciamos o estudo com Tobias Barreto, que embora não tenha sido professor de direito criminal, encabeçou o movimento cultural da “Escola do Recife”, fundamental para a permeabilidade e recepção do pensamento criminológico e escreveu um texto central, o qual corresponde a uma das primeiras referências à escola de Lombroso no Brasil. Também serão analisados, na sequência a João Vieira de Araújo, os demais professores de Direito Criminal da época: Phaelante da Camara, Gervasio Ferreira, Otávio Tavares Barreto.

O marco temporal refere-se à Primeira República justamente porque o pensamento criminológico penetra na cultura jurídica brasileira a partir da década de 80 do século XIX – 1884. Portanto, tratava-se já do entardecer do Império, pois em apenas cinco anos o Brasil se tornaria uma República.

A permeabilidade para a recepção do pensamento criminológico, de fato se dá, sobretudo, a partir da década de 70 do século XIX (1870), com “o bando de ideias novas” que sacudia o ambiente cultural do Brasil naquele momento. Mas a criminologia passa a ser objeto específico de estudo pela cultura jurídica,

sobretudo, a partir da República. Assim, a permeabilidade do terreno para sua recepção preparou-se no Império, sua chegada inicial, seus primeiros sinais, na passagem para a República, mas sua recepção efetiva e o processo de absorção e maturação do positivismo criminal dar-se-ão apenas durante a Primeira República.

As fontes analisadas foram os programas de disciplina e os textos publicados por tais juristas (todos os textos aos quais se puderam ter acesso). Portanto, tratou-se de uma pesquisa que pretendeu analisar a cultura jurídica criminal da época, a absorção do pensamento criminológico positivista, com foco mais atento aos professores de direito criminal, de um dos principais centros de ensino do direito do Brasil: a Faculdade de Direito de Recife.¹

Tobias Barreto

Clóvis Bevilacqua afirma em um texto escrito, em 1887, que “No Brazil ainda não é vasta a literatura da criminologia”², mas que a obra de Tobias Barreto, “Menores e Loucos em Direito Criminal”, teria certamente contribuído para o advento da criminologia entre nós, mesmo sendo um texto em que o sergipano escreve com base apenas nas leituras de Lombroso e não de outras novas doutrinas e em que, como se analisará na sequência, refuta em grande parte as ideias do psiquiatra italiano, intitulado a ele e a seus seguidores, da maneira irônica que lhe é peculiar, de patólogos do crime.

Tobias Barreto deixou suas marcas na Faculdade de Direito pernambucana, onde lecionou Filosofia do Direito de 1882-1887, faculdade que se caracterizava por um viés erudito e ilustrado, de cunho teórico-científico, responsável por trazer a vanguarda do pensamento no universo intelectual brasileiro.

A “geração dos 70”, à qual integra Tobias Barreto, inspirada por uma crença incondicional na ciência, tornou-se a responsável pela modernidade cultural e laicização do pensamento – o direito passava a ser afirmado como prática científica.

Esse autor introduz na cultura jurídica brasileira os mais avançados pensamentos da época – leituras naturalistas, biologicistas, cientificistas, históricas, sociológicas, com fortes tendências evolucionistas

¹ Este artigo é fruto de uma pesquisa de doutorado, a qual analisa a recepção do pensamento criminológico na cultura jurídica criminal do Brasil, no período da Primeira República, mais especificamente no âmbito do ensino do direito criminal. Para o estudo foram selecionadas algumas das Faculdades de Direito importantes na época (São Paulo, Recife, Rio de Janeiro, Bahia e Curitiba) e levantados, onde possível, os programas das disciplinas de direito criminal, para selecionar os juristas e na sequência seus textos, dos quais se buscou interpretar como se deu este processo de recepção e em que medida os novos parâmetros do direito criminal, influenciados pela criminologia positivista, foram assimilados na cultura jurídica da época. A chave de leitura para a interpretação dos textos foi a dualidade do liberalismo, que se expressa como um ideário de afirmação de direitos e garantias individuais, ao longo do século XIX, mas que foi também marcado por cortes de exclusão e, portanto, combinou-se, na prática, com mecanismos de poder e controle, em nome da segurança e defesa da sociedade. A Criminologia Positivista e o direito criminal, reconstruído a partir de seus parâmetros, emergem em um contexto, na Europa, de fissuras do liberalismo, em razão de inúmeras contingências sociais e políticas e no Brasil às vésperas da Proclamação da República, a qual ocorria após o fim da escravidão e, portanto, em um momento de expectativas de inclusão e ampliação das liberdades. A adesão gradativa aos princípios da chamada “Nova Escola de Direito Penal”, no âmbito da doutrina, é cada vez mais significativa ao longo das primeiras décadas do século XX e esta adesão, no discurso dos juristas, não se confrontava com os princípios liberais, mas era com estes combinada. Esta combinação foi um dos focos de análise da pesquisa, pois, por meio dela, sobretudo, pode-se identificar como o pensamento criminológico articulou-se no discurso destes juristas. (DIAS, Rebeca Fernandes. **Criminologia no Brasil: Cultura Jurídica Criminal na Primeira República**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017).

² BEVILÁQUA, C. **Criminologia e direito**. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1896, p. 17.

(do darwinismo) e monistas. Rejeitava de maneira veemente o jusnaturalismo metafísico tradicional e propunha a compreensão do direito como um fenômeno social, cultural, histórico, cujo estudo deveria ser inserido nas novas tendências científicas da época.³

O autor não ignora as novas tendências do direito criminal, que muito tinham absorvido dessas correntes acima mencionadas. Em sua obra “Menores e Loucos em Direito Criminal”⁴ fez menção a Lombroso e sua obra “O Homem delinquente”, demonstrando uma postura crítica em relação aos patólogos do crime e seu determinismo. Assumindo seu perfil acadêmico, sempre inovador e crítico de um cientista empírico, segundo o qual não se podem aceitar hipóteses gratuitas que buscam convencer pelo efeito de suas frases retumbantes, repele a obra de Lombroso carregada de afirmações pseudocientíficas que, embora beirassem o absurdo, comungavam de um certo senso comum da época. Critica na obra de Lombroso o excesso de detalhes que, ao invés de esclarecer apenas obscurece. Aponta que, se perante a lógica existe o argumento vicioso de provar demais, na ciência o problema está em observar demais, “em acumular observações, aparentemente profícuas, mas no fundo estéreis, incapazes de generalização e irreduzíveis a uma lei”.⁵

Quanto à crítica ao determinismo, este trecho é emblemático:

Eu considero o crime uma das mais claras manifestações do princípio naturalístico da hereditariedade, e como tal, quando mesmo ele fosse (...), um fenômeno mórbido, um resultado de doença, nada prohibia que, também neste domínio, como em todos os outros da natureza, a adaptação procurasse eliminar as irregularidades da herança. Se por força da seleção natural ou artística, até as aves mudam de cor das plumas, e as flores a cor das pétalas, por que razão em virtude do mesmo processo, não poderia o homem mudar a direção de sua índole (...) Enquanto pois, os defensores da pathologia criminal (...) não descobrirem o meio nosocrático suficiente para oppôr barreira ao delicto, a pena será sempre uma necessidade. Mais tarde ver-se-há nella, em nome de Darwin e de Haeckel, alguma cousa de semelhante à seleção espartana, ou uma espécie de seleção jurídica, pela qual os membros corruptos vão sendo postos à parte do organismo social comum.⁶

O autor faz uso das teorias de Darwin, sua relação com o homem, a cultura e o direito, sem romper com as ideias de imputação e necessidade da pena. Embora considere o crime um dos mais significativos sinais ou manifestações da hereditariedade, faz objeções ao determinismo dos naturalistas, pois, para ele, mesmo admitindo-se tal verdade, nada impediria admitir-se também que, como todos os seres da natureza, irregularidades da herança fossem eliminadas pelo processo de adaptação e seleção.

A sagacidade de Tobias Barreto é evidente, pois utiliza os mesmos pressupostos em que se baseiam os criminólogos positivistas, mas justamente para desfazer suas ideias e quase num processo socrático desestruturar, deslegitimar sua teoria. Não compactuava com o determinismo de Lombroso, e o argumento da seleção natural é justamente usado para justificar a necessidade da pena como meio de melhoramento do organismo social – o naturalismo, instrumento para fundamentar o determinismo, o qual por sua vez desconstrói a utilidade da pena, aqui é transviado e usado justamente como legitimador da pena.

³ BARRETO, T. **Estudos de direito e política**. São Paulo: Instituto Nacional do Livro, 1962, p. 11.

⁴ Essa obra, escrita por Tobias Barreto em 1884, procura discorrer sobre algumas questões referentes ao Código Penal do Império, de 1830, mais especificamente sobre o artigo 10, em que estão previstas as hipóteses daqueles que não serão julgados criminosos, ou seja, as dirimidas de responsabilidade penal, dentre os quais, os menores e os loucos, como o próprio título da obra destaca.

⁵ BARRETO, T. **Menores e Loucos em Direito Criminal**. Brasília: Senado federal, Conselho Editorial, 2003, p. 69.

⁶ *Ibidem*, p. 11-12.

Defende que Lombroso só teve êxito contra os criminalistas metafísicos da imputabilidade absoluta, os quais, para Barreto, na verdade, já estavam fora de questão. Para ele, “a lucta das opiniões só é possível dentro dos limites da imputabilidade relativa (...)”.⁷

Insurge-se contra o psiquiatra italiano em sua tentativa, de acordo com o autor, de destronar o jurista, tornando dispensável o direito penal. Como bom advogado do próprio direito, constata: “É assim que vê-se médicos quererem de repente reformar a filosofia, juristas endireitar a igreja, e todo mundo em fim melhorar a todo mundo (...)”.⁸ Para o jurista, mesmo a ciência do crime tendo relação com as ciências naturais e sua natureza indutiva, isso não tira do direito penal a sua posição autônoma e o caráter jurídico da pena.

Apresenta Tobias Barreto uma perspicaz crítica ao saber médico por tentar reduzir todas as anomalias sociais à causa da loucura – diagnóstica: trata-se dos excessos do “especialismo” e ironiza com a seguinte comparação: se uma ocupação exclusiva com cetáceos pode fazer um fisiólogo associar a forma humana à morfologia de um peixe, não é menos provável que a ocupação exclusiva com a loucura leve médicos e diretores de hospícios de alienados a identificarem as anomalias sociais a fenômenos de loucura. Para o autor, Lombroso e seus discípulos teriam sofrido do mesmo mal, ou melhor, da mesma ilusão.⁹ Adverte e ironiza a proposta de Lombroso, que sugere a substituição da cadeia pelo manicômio criminal, apontando que se levados em conta seus princípios, meter-se-ia a humanidade inteira no hospital.

Para o jurista brasileiro, essa interferência entre direito e medicina, principalmente no âmbito do direito penal, decorre justamente do fato de não haver limites assinalados tanto ao direito criminal quanto aos outros ramos do saber como a psicologia, a psiquiatria: “Que prazer que sente o jurisconsulto em se mostrar também conhecedor dos segredos da medicina!... Igual só experimenta o medico em fazer também valer a sua autoridade nos domínios do direito”.¹⁰

Não cede ao discurso medicalizante do direito da época; não associa crime e doença e por isso restaura ao crime sua ligação com a pena, ou melhor, com a punição e, portanto, com o direito de punir, espoliado dos juristas pelos médicos. Assim afirma:

É inegável a existência de fatos anômalos opostos ao modo de viver comum que perturbam a ordem de direito (...) A teoria romântica do crime-doença, que quer fazer da cadeia simples appendice do hospital, e reclama para o delinquente, em vez da pena, o remédio, não pode crear raízes no terreno das soluções accetáveis. Porquanto, admitindo mesmo que o crime seja sempre um fenômeno pshycopathico, e o criminoso simplesmente um infeliz, substituída a indignação contra o delicto pela compaixão da doença, o poder publico não ficaria por isso tolhido em seu direito de fazer applicação do salus Populi suprema lexesto e segregar o doente do seio da communhão.¹¹

Darwinista e monista, mas, acima de tudo, jurista e defensor implacável da necessidade do direito e da pena. Adequa as teorias mais modernas e atuais daquele momento histórico para se analisar o homem,

⁷ BARRETO, T., 2003, p. 73.

⁸ *Ibidem*, p. 70.

⁹ BARRETO, T. **Estudos de direito**. Brasília: Senado Federal, 2004, p. 59.

¹⁰ *Ibidem*, p. 58.

¹¹ BARRETO, T., 2003, p. 129.

a sociedade e o direito, mas levanta seu gênio contra os reducionismos de um paradigma biologicista e naturalista que invadia um universo eminentemente histórico e cultural como o jurídico.

Não se entregou aos metafísicos do direito, aos espiritualistas desprendidos da realidade, viciados numa transcendência que, aos olhos do sergipano, impedia-os de enxergar o óbvio, idealizadores de uma justiça inexistente e uma liberdade humana utópica; e não se deixou dominar pelo positivismo rasteiro, que de tanto fincar os pés na terra, deixou de olhar o próprio homem e suas vicissitudes, reduzindo suas idiosincrasias a leis causais e mecânicas da natureza e da hereditariedade.

João Vieira de Araújo de Araújo: um teórico propagandista e um moderado reformador

Ingressou na Faculdade de Recife como professor substituto em 1877, tornando-se catedrático em 1884. Segundo Clóvis Bevilacqua, João Vieira de Araújo integrava o rol dos juristas célebres da Escola do Recife, pertencendo a ela em sua fase jurídica.

O autor foi um dos primeiros criminalistas adeptos e responsáveis pela disseminação do pensamento criminológico no âmbito da cultura jurídica criminal da época. Esta adesão ao positivismo criminológico era visto como uma necessária etapa na evolução da ciência criminal.

Na obra “Ensaio de Direito Penal ou repetições escritas sobre o Código Criminal do Império do Brasil”, João Vieira de Araújo aponta que o direito criminal é um dos ramos que mais se afeta com as novidades científicas e indica a obra “do grande professor italiano”, Cesare Lombroso, “*Luomo delinquente*”, como um exemplo da qual se poderia inferir as consequências dos novos estudos para o futuro das instituições criminais.

Em sua primeira lição, demonstrando sua filiação à Escola do Recife, já desconsidera o direito natural, tido por ele como “simplesmente absurdo”¹². O direito como instituição social e decorrente de sua evolução diversifica seus critérios de justo e injusto, não havendo mais razão em se sustentar um direito imutável e atemporal. As leis penais, por exemplo, evoluíram de um fase rude e violenta para um sentido em que a pena deixa de ser um mal/sofrimento para ser um meio de correção e transformação de indivíduos em cidadãos úteis.

A raça aparece nesse texto do autor a partir dos parâmetros do discurso racial europeu (Le Bon, por exemplo), mas não será, curiosamente, um tópico frequente em suas análises. Não aparecerá digressões do autor sobre a relação raça e criminalidade, por exemplo, lugar comum para o discurso criminológico da época.

Resgata, todavia, a teoria do atavismo, que com Lombroso ganhou notoriedade por sua análise da criminalidade associada a este fenômeno. A forma atávica, como pontuada pelo jurista brasileiro, nos termos lombrosianos, seria a emergência no indivíduo do estrato primitivo do caráter fundamental, selva

¹² ARAÚJO, J. V. *Ensaio de Direito Penal ou repetições escritas sobre o Código Criminal do Império*. Pernambuco: Typografia do jornal do Recife, 1884, p. 10.

gem e, portanto, sanguinário e feroz, e que por isso tende a lutar com a sociedade atual.¹³ Os delinquentes seriam os indivíduos nos quais prevalece a forma atávica do caráter. Explica o criminalista, que o atavismo emerge porque ainda nas sociedades atuais permanecem circunstâncias semelhantes às primitivas e apenas com a evolução da civilização isso poderia cessar. Indica que a antropologia teria chegado à conclusão da existência de um tipo atávico, em que a estrutura atávica corresponderia a uma função do mesmo tipo – o caso dos delinquentes por natureza (natos).¹⁴

Para o autor, crime é “um acto contrario ás leis que constituem a economia humana, o produto de um caracter *atávico* que revela uma estrutura especial do cérebro do delinquente ou o efeito de um estado pathologico (...)”¹⁵. Segundo João Vieira de Araújo de Araújo, o termo ideal seria não crime, mas malefício, para exprimir o modo de praticar o mal.

A despeito do evolucionismo spenceriano e do atavismo lombrosiano, nesta obra, quando discorre sobre a vontade criminosa, expõe-na nos moldes da liberdade moral, muito longe do determinismo dos positivistas. Todavia, em 1889, em um texto que escreve para a Revista “O Direito”, sua postura quanto à responsabilidade moral e ao livre-arbítrio parece já bastante diferente, considerando-os, exatamente nos termos dos seguidores de Lombroso, “uma pura ilusão fantasmagórica que não póde penetrar mais na cidadela do pensamento moderno”.¹⁶ E, já mais contaminado pela doutrina da Escola Positiva da responsabilidade, defende que a liberdade moral deveria ser substituída pela “temibilidade do delinquente revelado pelo delicto e pelo habito de delinquir, tão bem defendido por Garofalo na sua *Criminologia*”.¹⁷ Cabe à sociedade defender-se dos indivíduos que justamente por serem impelidos pelo crime são mais perigosos – invertem-se as premissas que expôs na obra anterior. Além de Garofalo, expõe a famosa classificação dos criminosos de Ferri, necessária justamente para adequar a repressão conforme o perigo que representam.

Clama por uma necessidade “ineluctável” nas sociedades atuais – a desapareição do antagonismo entre a ciência e as leis. Nesse ponto ele se referia aos ardilosos advogados que, fazendo uso das descobertas das novas ciências médicas, conseguiam absolvições de indivíduos perigosos – crítica reproduzida a partir de Enrico Ferri.¹⁸ O interessante de perceber nessa crítica é que João Vieira de Araújo foi mesmo vítima de tal antagonismo, mas não nos termos em que o desenvolveu nesse texto, mas sim, em sua parcimônia em trazer para a legislação ou em adequar a ela as novas ideias da “nova escola”. Todavia, essa cautela não decorreu de uma inabilidade em absorver os princípios da nova escola, mas sim, de outros fatores que justificam e explicam sua moderação reformista.

Mas, cabe destacar que João Vieira de Araújo, atento às questões dos limites da ciência criminal, demonstra nesse texto a mesma precaução de Tobias Barreto - defende a autonomia das ciências jurídico-sociais, mesmo que estas adotem os métodos da observação e da experiência, próprios das ciências naturais.¹⁹

¹³ *Ibidem*, p. 45.

¹⁴ *Ibidem*, p. 47.

¹⁵ *Ibidem*, p. 50.

¹⁶ ARAÚJO, J. V. Antropologia Criminal. *Revista O Direito*, v. 17, n. 49, 1889a, p. 179.

¹⁷ *Ibidem*, p. 181.

¹⁸ *Ibidem*, p. 183.

¹⁹ *Ibidem*, p. 180.

Em 1889, ainda, João Vieira de Araújo de Araújo escreve “Codigo Criminal Brasileiro: comentário filosófico-científico em relação com a jurisprudência e a legislação comparada”. Nesse texto sua adesão à escola se intensifica e suas análises parecem mais maduras e menos ambíguas. Em vários momentos afirma seguir a Escola Penal Positiva. Sugere, por exemplo, já nas primeiras páginas que numa futura revisão do Código do Império a palavra “crime” deveria ser substituída pela de “criminoso”, sempre que possível.²⁰ Indica, com Ferri, que o crime é um fenômeno natural e uma das formas anormais de luta pela existência; defende, com esse e Lombroso, que a prevenção é função principalmente criminal e que o direito de punir não se aplica àquele que é moralmente mau, mas apenas socialmente nocivo. Garofalo merece uma atenção especial – é frequentemente citado: traz o seu conceito de delito natural, considerando-o do ponto de vista teórico “uma feliz generalização das idéas evolucionistas”²¹; apresenta a teoria subjetiva da tentativa, defendida pelos positivistas (com destaque Garofalo), em que se prioriza na punição da tentativa a intenção e não os elementos materiais de execução do ato criminoso; a sua teoria de que a premeditação não necessariamente implica maior temibilidade e a ideia de que os criminosos de culpa também são marcados por uma anormalidade, em que pese não haver necessidade de contra eles se fazer uso de meios eliminativos (com raras exceções).

É também de 1889 uma publicação do jurista de Recife intitulada “Nova Edição Oficial do Codigo Criminal Brasileiro de 1830”, na qual ele atualiza o código criminal, tendo em vista o fim da escravidão. Tratava-se da proposta de uma nova edição, em que estariam eliminados os artigos relativos aos escravos, realizada a pedido do então deputado, Joaquim Nabuco. Ele mesmo apresenta o anteprojeto elaborado por João Vieira de Araújo de Araújo em sessão de 4 de outubro de 1889, ainda antes da proclamação da República, portanto.²² Mas essa publicação acabou envolvendo uma discussão mais ampla sobre a revisão da legislação criminal (o que se intensificaria ainda mais tendo em vista o advento do regime republicano e a necessidade de reforma das leis). João Vieira de Araújo defendia apenas uma nova edição, enquanto outros juristas, como João Baptista Pereira (que veio a ser o relator do Código Penal republicano), defendiam uma revisão efetiva.

Advinda a República, a legislação penal será efetivamente reformada. O novo código é elaborado às pressas (circunstância que passa a ser um dos principais argumentos de seu relator, como se verá, para justificar as inúmeras críticas que a ele serão dirigidas) e é promulgado já em 1890. Esse sim sofrerá duras críticas de João Vieira de Araújo, o qual não demora muito para elaborar um projeto de novo código para substituí-lo (o primeiro é de 1893). O jurista, que era tão resistente à reforma do Código Imperial, não espera muito para ver ao menos revisado o Código Republicano.

²⁰ ARAÚJO, J. V. **Código Criminal Brasileiro**: Commentario filosófico-científico em relação com a jurisprudência e legislação comparada. Recife: Editor José Nogueira de Souza, 1889b, p. 03.

²¹ *Ibidem*, p. 55.

²² “A lei n. 3353 de 13 de maio de 1888, declarando extinta a escravidão no Brasil, impõe como uma necessidade imperiosa o cancelamento de todos os institutos que puderem fazer lembrar aquelle monstruoso atentado aos direitos da humanidade, até então com existência legal.” O autor repele o regime imposto aos escravos pelo código, que mantinha contra estes penas cruéis e infamantes que atingiam a sua integridade corpórea, embora tais penas tivessem sido abolidas pela Constituição do Império. Indica que além da supressão das disposições relativas aos escravos, deveriam ainda ser incluídas disposições de leis esparsas que tinham aparecido para suprir as necessidades repressivas e melhorado alguns preceitos do código. (ARAÚJO, J. V. **Nova Edição do Codigo Criminal Brasileiro de 1830**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1910, p. 1-2).

As resistências anteriores de João Vieira de Araújo podem ser explicadas por seu receio de que uma reforma, naquele momento, não trouxesse as mudanças necessárias que a legislação penal precisava, tendo em vista as novidades propostas pela “Nova Escola”. Para Vieira (como também constata Ricardo Sontag),²³ parafraseando Lombroso a respeito do Código Zanardelli, talvez fosse *troppo presto* e havia o risco de no Brasil ocorrer algo semelhante ao ocorrido na Itália. Se mesmo em meio a um contexto de intensas discussões e no seio materno da Escola Positiva, aprovou-se um Código essencialmente “clássico”, a probabilidade desse reforço “clássico” era ainda mais eminente no Brasil, onde as novas ideias ainda não estavam plenamente disseminadas e contavam com uma certa resistência. Em um artigo que publicou na revista italiana “Scuola Positiva”, lamenta que no Brasil ainda houvesse poucos seguidores da nova escola, afirmando-se como “*quase l’unico rappresentante e difensore delle nuove idee*.”²⁴ Portanto, não achava oportuna uma reforma do direito penal em um momento em que os fundamentos da legislação eram colocados em dúvida, mas pontua que considerava inegável a inspiração que as novas ideias traziam para as reformas dos códigos criminais.²⁵

Uma comissão composta por professores da Faculdade de São Paulo (Leite de Moraes, Brasílio dos Santos e João Monteiro, este último o relator) elaborou, em 1894, um parecer sobre o projeto, nº 250, de 1893, feito por João Vieira de Araújo para substituir o código de 1890.

Esse parecer aponta fortes críticas ao projeto julgando não estar “em termos de ser aprovado pela Camara dos Deputados”.²⁶ Considerava nem mesmo poder servir de base para a discussão no Congresso Nacional. Nem por isso defendia o Código Republicano, ao qual intitulou o “peior de todos os códigos”.²⁷

O aspecto mais interessante do parecer é aquele em que afirma não pretender definir a tendência penal que teria seguido o projeto. Aponta, em nota, que a Nova Escola, embora se afirmasse como novidade, era na verdade um “novo aspecto do classicismo de Romagnosi, Ortolan ou Carrara”, a qual jamais deixou de atender ao delinquente, característica supostamente concebida como fundamental e inovadora para a Nova Escola, oposta à clássica. Aqui a crítica não é apenas a João Vieira de Araújo e seu projeto, portanto, mas à própria “escola” a que João Vieira de Araújo afirma aderir, desconstruindo sua originalidade. Trata-se de uma crítica circunstancial, circunscrita mesmo dentro de uma cultura jurídica penal que absorve a metodologia de análise da evolução da ciência penal a partir das escolas. Trata-se, aqui, da intenção de tirar o que há de original da Nova Escola (pretensiosamente assim chamada, como repetem mais de uma vez) para justamente deslegitimar a sua titularidade não só de escola, mas de “nova”. O parecer inclusive cita um texto de Dorado Montero (“*La anthropologia Criminal en Italia*”) que demonstrava que a Nova Escola prendia-se ao classicismo beccariano.²⁸

Conclui o parecer que o projeto não era nem positivo, nem clássico – ironicamente afirma que dos mestres “das diversas lojas do grande oriente da moderna escola (cita Lombroso, Ferri, Marro, Lacassagne,

²³ SONTAG, R. *Código Criminológico?* Ciência Jurídica e codificação penal no Brasil (1888-1899). Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 94-95.

²⁴ ARAÚJO, J. V. Il nuovo progetto di Codice Penale Brasiliano. *Scuola Positiva*, 1893, p. 1050. *Apud Ibidem*, p. 254.

²⁵ *Ibidem*, p. 255.

²⁶ MONTEIRO, J. P.; MORAES, J. A. L.; SANTOS, B. Parecer da Faculdade de Direito de São Paulo sobre o Projecto 250-1883 substitue Codigo Penal publicado pelo decreto 847 de 11 de outubro de 1890. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. 2, 1894, p. 11.

²⁷ *Ibidem*, p. 10.

²⁸ MONTEIRO; MORAES; SANTOS, 1894, p. 50.

Tarde, Benedikt, Bertillon...), não há vestígios a não ser de Garofalo (sobre a indenização do dano por juízo criminal). Teria, contraditoriamente, mais da Escola Clássica, “que há de ser eterna precisamente porque é clássica”, como afirma o parecer.²⁹

Por esse parecer fica mais clara a parcimônia de João Vieira de Araújo em dar concretude a uma reforma mais representativa nos termos da escola que afirmava seguir. Pode-se perceber que no meio acadêmico, em que pese aqui referir-se apenas a São Paulo³⁰, o que para época não é pouco significativo (pois até 1891, com Recife monopolizava o ensino jurídico), as resistências ao positivismo penal ainda eram significativas. Mas isso tenderia a mudar.

Esse parecer da Faculdade de São Paulo é rebatido por João Vieira de Araújo em um texto ácido e de um teor nitidamente irritado, publicado na Revista Acadêmica da Faculdade de Recife, em 1894. Se um dos argumentos de João Baptista Pereira para responder às críticas ao seu código foi a pressa que o elaborou, as limitadas pretensões da incumbência de João Vieira de Araújo será seu argumento mais forte para rebater às críticas feitas ao seu projeto. Desde logo, o jurista rechaça o parecer paulista afirmando: “Nunca no Congresso se cogitou de organizar uma reforma radical que exigiria adequados trabalhos preparatórios aparelhados com muito tempo.”³¹

É então vez de João Vieira de Araújo acusar o parecer de contradição quanto à adesão de escola – quando este argumenta contra as penas perpétuas apresenta dois trechos de autores estrangeiros (um deles o deputado italiano Panattoni em sessão de 28 de maio de 1888) que refutam as penas perpétuas pelo subterfúgio da pena indeterminada, ou seja, aquelas que duram até a regeneração do criminoso. Assim acusa João Vieira de Araújo: “O ilustre censor, porém, é ilógico e sem querer adere à *Nova Escola* defendendo as penas *indeterminadas*, ideia puramente positivista e que eu confesso, com um *systema* de repressão séria e eficaz são as verdadeiras penas”.³² Aqui a força do argumento está na polarização das escolas, ou seja, a coerência está em assumir um lugar, uma identidade e qualquer deslize pode ser apontado como contradição.

Respondendo às críticas do parecer aos vícios de classificação, João Vieira de Araújo repele a referência feita à Escola Positiva nesse momento, “(...) que nada tinha que ver ali (...)”. Continua defendendo-se da acusação do parecer de não ser possível enquadrar seu projeto em escola alguma, justamente a partir da prematuridade de uma reforma radical aos moldes positivos, algo não apenas próprio ao Brasil. Para o jurista, essa era uma questão impertinente,

(...) porque não há cod. penal que actualmente possa realizar as ideias daquela escola, o que tem reconhecido os seus chefes supremos, Lombroso, Ferri e Garofalo, que apenas propõem reformas parciais, o que eu por minha parte tenho dito e repetido sempre desfazendo a suspeita de incrédulos e a ilusão dos entusiastas. O ilustre

²⁹ *Ibidem*, p. 51.

³⁰ Em 1894, Viveiros de Castro era professor de Direito Criminal da Faculdade Livre do Rio de Janeiro, o que pode nos indicar uma tendência deste centro acadêmico em aderir ao positivismo penal, pois este catedrático foi um dos propagandistas das ideias positivas penais no país. Mas na Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais é professor de Direito Criminal João Baptista Pereira, relator do código de 1890 e tido como adepto do classicismo. Em seguida será analisado um parecer elaborado por ele e Limma Drummond, também professor de Direito Criminal do Rio de Janeiro, e outros juristas, sobre o projeto de João Vieira de Araújo.

³¹ ARAÚJO, J. V. **O projeto do Código Penal e a Faculdade de São Paulo**. Recife: Pantheon das Artes, 1895, p. 4.

³² *Ibidem*, p. 38.

ensor neste ponto atira-se contra tudo e contra todos, inclusive o talentoso autor d'A Nova Escola Penal, dr. Viveriros de Castro (...).³³

Encerra, então, sua resposta ao parecer, questionando: “onde (estariam) os defensores da Escola Clássica?”³⁴

Embora, como aponta Mario Sbriccoli, essa divisão entre escolas funcione mais como argumento retórico, criado por Ferri, justamente para tentar estabelecer o terreno das novas ideias, no Brasil essa dicotomia foi bastante absorvida e usada como instrumento discursivo. A troca de “farpas” entre os juristas, como se pode perceber da análise destes pareceres e réplicas, faz-se a partir deste *topoi*, como se nas discussões da nova legislação os juristas estivessem buscando delimitar suas próprias identidades, no meio desse “bando ideias novas” que tocavam, agora, diretamente o âmbito criminal.

Mas, ciente de que o terreno ainda não estava plenamente preparado para a permeabilidade das ideias positivas, em alguns momentos, como pontuados, João Vieira de Araújo busca amenizar a discussão sobre determinados aspectos da legislação, suavizando a polarização entre as escolas. Ambas servem como instrumento discursivo: a radicalização das escolas e a sua relativização. O que talvez os juristas não percebam, à época, é justamente que essa relativização, muitas vezes identificada com argumentos que indicam que determinadas propostas não são apenas defendidas por positivistas, mas já estavam presentes no clássimo, era não apenas possível, mas coerente quando se percebe que as ideias “positivas” e as “clássicas” faziam ambas parte de uma mesma tradição cultural mais ampla que emerge com Beccaria e Bentham, cujas continuidades, embora escamoteadas pela terminologia “escolas”, permaneciam e acabavam emergindo, de vez em quando, em disputas discursivas.

Ao ler os juristas brasileiros, embora “comprem” de modo integral a perspectiva das escolas, é possível visualizar os pontos de encontro entre elas. Justamente porque, ao absorverem esse discurso de escolas rivais, ao tentar deslegitimar os argumentos de seus “opponentes”, que falavam de “lugares” discursivos diversos, pontuando suas incongruências e contradições, vão identificar elementos que eram defendidos tanto por juristas tidos como clássicos como por juristas tidos como positivistas, ou seja, juristas que a princípio estavam “colocados” em escolas diferentes, mas que no fundo estavam defendendo a mesma ideia, afinal pertenciam a um mesmo contexto cultural e epistemológico.

O projeto de 1893 passa por uma comissão que o revisa substituindo-o por uma nova versão em 1896. A exposição de motivos do projeto revisado não tem autoria certa. Obra da comissão, permanece uma incógnita quem o teria redigido, mas supõe-se ter sido de Arthur Orlando, jurista também formado pela Faculdade de Direito de Recife e integrante da “Escola do Recife”. Como bem constata Ricardo Sontag, nessa exposição de motivos tem-se um afastamento da Escola Positiva. Pontos que sequer haviam sido modificados do original para a revisão, como a opção em não se definir crime, para não se vincular a qualquer escola, apareciam justificados por uma explanação longa que colocava em suspenso e em suspeita as ideias positivas (como a concepção de saturação penal e os substitutivos penais de Ferri, a problemática

³³ *Ibidem*, p. 78.

³⁴ ARAÚJO, 1895, p. 79.

classificação dos criminosos³⁵, que não chegava a consenso e por isso não podia ser critério legalizado). A comissão sustenta-se na responsabilidade moral, mas não a vinculando ao livre-arbítrio – adere, portanto, à “Escola Crítica”, segundo a qual o ato não é resultado do livre-arbítrio, mas da combinação entre o eu e o motivo. A revisão retira, ainda, a questão do ressarcimento do dano, destacando a diferença entre ação civil e penal e a pena do ergástulo. No que se refere à parte especial, buscou-se limitar qualquer possibilidade de interpretação extensiva, atendendo à necessidade de “oferecer a todos indistintamente as garantias que os direitos individuais bem alto reclamam.”³⁶ O tom liberal, nesses termos, é bem difícil de encontrar em João Vieira de Araújo, em que a defesa da sociedade sempre se impõe em relação aos direitos individuais.

Em 1897 é publicado um parecer do “Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros” que analisa tanto o projeto original quanto esse substitutivo. Elaborado por João Baptista Pereira, relator também do Código Republicano, não economiza críticas, seja ao projeto de 1893, seja ao seu substitutivo.

As trocas de farpas entre João Vieira de Araújo e João Baptista Pereira ficam bastante evidentes nesse texto. Respondendo às críticas de João Vieira de Araújo ao Código Republicano, João Baptista Pereira retruca: “Notoria é a competência do abalizado cathedratico do Recife; mas, não obstante, quantos erros não contém o seu projecto e quantos vícios de redação o não afeião?”³⁷

É curioso perceber que mesmo sendo crítico ao positivismo criminal de João Vieira de Araújo, algumas influências que constituem as bases deste positivismo estão também presentes em João Baptista Pereira, como a ideia de influência do meio físico na índole, na moral de um povo, determinando assim não apenas os tipos de doenças, mas também os tipos de crimes.

O parecer não segue uma lógica muito exata. Analisa inicialmente questões da parte geral, segue com aspectos da parte especial e volta à parte geral. Nesse aspecto, a comissão afirma apenas fazer referência a questões que, se aprovadas, seriam sintomas de regresso e não de adiantamento, pois “Uma vez que urge reformar, reforme-se, mas não se deforme a legislação penal, revelando-nos no assumpto mais atrasados do que realmente somos”³⁸

Critica, por exemplo, a ausência do conceito de crime no substitutivo, o que não se justificava, nem “(...) pelo receio de desagradar as escolas que se degladião” nem porque, na medida em que a comissão afirmou que a influência do meio não impede a autonomia do homem, “(...) não podia hesitar em formular, como um canon do direito penal, que o acto humano não é necessário, que o crime é produto da vontade, pois por vontade se deve entender toda a atividade inteligente que se determina e resolve para um dado evento.”³⁹ Nesse trecho o classicismo do relator é evidente, pois faz questão de, contrapondo os deterministas, afirmar que o crime, como ato humano, é produto de uma vontade que se determina, portanto, livre.

³⁵ “Todas estas teorias e classificações não dão a entender senão – que até hoje não foi possível determinar a natureza intima do crime nem o traço característico do delinquente. Por isso a Comissão julgou de seu dever não abandonar um só instante o terreno dos factos nem se deixar levar por teorias tanto mais pomposas e seductoras, quanto mais insuficientes e artificiaes”. (BRASIL, Câmara dos Deputados. **Annaes da Camara dos Deputados.**, v. II. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1896, p. 210).

³⁶ *Ibidem*, p. 210.

³⁷ PEREIRA, J. B. P., *et al.* **Parecer sobre o Projecto do Codigo Penal:** em discussão na Camara dos Srs Deputados ao Congresso Nacional. Rio de Janeiro: Typographia do Jornal do Commercio de Rodrigues & Comp., 1897, p. 5.

³⁸ PEREIRA, 1897, p. 11.

³⁹ *Ibidem*, p. 19.

Todavia, ao rebater com veemência as críticas do projeto ao regime celular, João Baptista parece usar os argumentos da própria Escola Positiva, como a temibilidade e, por conta desta, a necessidade de segregação, para sustentar o regime da prisão celular e *defender a sociedade*. Alega ainda que não é lícito excluir um regime que nem mesmo se concretizou no país, que a solidão não é contrária à natureza humana e que “a segregação é exigência elementar da moralidade, de ordem e de segurança; o trabalho é um necessário complemento da pena, porque evita os perigos e os vícios que o ócio nas prisões multiplica”.⁴⁰

Em elogio ao código, então vigente, utiliza-se de um tom garantista e bastante diferente do mencionado acima, e afirma que ao substituir as penas de morte, galés, desterro, degredo e prisão simples pelo cárcere penitenciário sob o regime celular, o fez

(..) respeitando nelle (no criminoso) os direitos do homem, que é um dever de honra para o legislador reivindicar sempre, restringio a liberdade individual na medida justamente necessária para se garantir contra o perigo; e poupando inúteis rigores, preparou a obra da regeneração do criminoso.⁴¹

Conclui então o parecer que “se o Código Penal vigente não é perfeito, os projectos apresentados em substituição dele são imperfeitíssimos”.⁴² João Baptista Pereira, como relator, não perde a oportunidade de defender sua obra e o faz tanto em relação aos projetos que buscaram substituí-la quanto em relação ao Código do Império, eterna sombra que por seu prestígio nunca deixou de ser uma referência de comparação, justamente, na maior parte das vezes, para indicar a inferioridade do Código Republicano. Às críticas frequentes que este sofrerá, referido até como o “peior de todos os códigos conhecidos”, João Baptista Pereira responde em uma série de textos na Revista Jurisprudência, publicados em 1898.

João Vieira de Araújo escreve, ainda, “Codigo Penal comentado theorica e praticamente”, no qual analisa o Código Republicano de 1890 comparando seus dispositivos com os do código anterior e com os do Projeto 250-1893, de sua autoria. Nessa obra repete muitos dos comentários e das análises da publicação “Código Criminal Brasileiro: Commentario filosófico-científico em relação com a jurisprudência e legislação comparada”. Em comentário introdutório, explica que essa obra não tinha sido terminada, por conta da publicação do então Código Republicano em 1890. Tratava-se, portanto, de uma espécie de continuação desta, tendo em vista o mesmo intuito, qual seja, o desenvolvimento do seu programa de ensino, direcionado aos alunos de direito criminal, para orientá-los de modo prático, a partir da legislação (agora tendo em vista o novo código), combinando-a com a exposição dos princípios filosófico-científicos, a legislação comparada e a jurisprudência. Por isso mesmo, as argumentações e suas digressões teóricas a partir da Escola Positiva acabam se repetindo em muitos momentos (sobre o conceito formal de crime, responsabilidade e dirimentes, teorias da tentativa, da codelinquência, do dolo e da culpa, da premeditação)⁴³. Por certo que inclui as disposições do novo código, analisa e compara com as do código anterior. No texto fica clara a preferência de João Vieira de Araújo ao Código do Império em relação ao republicano – preferência

⁴⁰ *Ibidem*, p. 21.

⁴¹ PEREIRA, 1897, p. 25.

⁴² *Idem*. Em face do substitutivo de 1896, João Vieira de Araújo apresenta um novo projeto em 1897 (que segundo Baptista Pereira era com pequenos retoques a restauração do projeto primitivo de 1893 – resgatava-se, por exemplo, o ergástulo e a reparação do dano). Este é aprovado e encaminhado para a Comissão em 1898 para em seguida enviar para a Câmara, que em 1899 o remete ao Senado, de onde não mais sairá.

⁴³ ARAÚJO, J. V. **Código Penal Commentado theorica e praticamente**. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Laemmert Editora, 1897, p. 43-45.

que já havia deixado explícita no artigo publicado em 1891, na Revista “O Direito”, intitulado “A reforma das Leis Criminais” – e parece que já buscava preparar os alunos para a nova mudança legislativa, por ele encabeçada, que esperava acontecer. Todavia, estava ciente da demora que essa reforma poderia ter.⁴⁴

No Tomo II dessa obra, publicado em 1897, João Vieira de Araújo se mostra mais otimista quanto à adesão dos juristas brasileiros às novas ideias. Assim confessa:

Felizmente parece-nos que o espirito do nosso paiz se renova neste ponto com o surgir de rarísimos embora, mas convencidos e esperançosos cultores da verdadeira sciencia criminal na imprensa, na cadeira e no livro, como devemos consignar com satisfação, citando o programma da Faculdade Livre de Direito do Rio e a interessante obra do respectivo professor Dr. Viveiros de Castro.⁴⁵

Nessa publicação, traz análises novas em relação à obra inacabada de 1889 e a publicada em 1896. Nestas João Vieira de Araújo segue o mesmo método comparativo entre as três legislações inserindo as ideias positivistas em sua explanação.

Quando analisa as circunstâncias atenuantes e agravantes, o faz tendo em vista a oposição entre as escolas. Acusa de “contradição inconsciente” dos clássicos a previsão dessas hipóteses, pois uma vez que concebem o crime como entidade abstrata e efeito de uma vontade independente, nada afetariam as circunstâncias específicas, seja do crime (objetivas), seja do criminoso (subjetivas) para definir a medida da pena. Com a previsão dessas, de acordo com Vieira, os próprios clássicos demonstravam a inanidade de suas ideias. Nesse ponto chega a chamar os clássicos de matemáticos, ironizando seus critérios de dosimetria da pena e seus cálculos decorrentes da ponderação entre as circunstâncias atenuantes e agravantes. Inspirado, mais uma vez, por seus mestres positivistas, sustenta a temibilidade como “medida de todas as penas”. Discorre por várias páginas, em meio a vários mestres do positivismo penal italiano e de Bentham, a respeito da importância dos motivos que levaram ao crime, importante elemento para se definir a categoria de delinquente e mensurar a sua temibilidade. Outro elemento novo que comenta nessa obra, e que vale mencionar, refere-se aos instrumentos de medição – antropometria – usados para combater a criminalidade, sobretudo a reincidência. Tratava-se do método de Bertillon. Menciona a proposta feita à Câmara dos Deputados de um projeto que previa sua adoção e que se converteu na Lei nº 145, de 12 de julho de 1893 (que trata das colônias correcionais). Mas até o momento em que João Vieira de Araújo escreve, o serviço de medição não havia sido adotado.⁴⁶

É longa sua digressão sobre a pena. De acordo, mais uma vez, com os seguidores de Lombroso, não a concebe (mais) como um mal ou um sofrimento, mas defende que deve ser tal que se torne indesejável

⁴⁴ “Ocorre que se póde prever que tão cedo não teremos novo código penal, porque o projecto apresentado na câmara não será preferido á discussão e voto das questões politicas e financeiras, sendo além d’isto mais urgente a votação do código civil, cujo projecto foi apresentado no senado. A falta absoluta de obra, quer didactica, quer pratica sobre o codigo penal, nos faz crêr que publicamos um guia útil aos estudantes, aos juizes e advogados noveis.” ARAÚJO, 1897, p. 8.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 48.

⁴⁶ João Vieira de Araújo é bastante crítico em relação a essa lei, que considera defeituosa não tendo aproveitado as discussões da Câmara que devia tê-la melhorado. Esta lei propunha a criação de um estabelecimento correcional na Capital Federal, pelo trabalho, de capoeiras e vagabundos e previa em seu artigo nove a possibilidade de os demais Estados criarem estabelecimentos semelhantes. No ano seguinte é instalada na Ilha Grande uma Colônia Correcional. Dois anos depois será fechada e em 1903 será construída no mesmo lugar a Colônia Correcional de Dois Rios.

pela opinião pública, como sustenta Garofalo.⁴⁷ Assim, para João Vieira de Araújo, “Com esta condição o melhor remédio é aquelle que é *suficiente* ao fim, sem respeito algum ao gráo de dôr que possa ressentir o individuo.” – neste trecho é bastante evidente o afastamento de João Vieira de Araújo de qualquer viés mais garantista/individualista do direito penal. João Vieira de Araújo é categórico quando afirma estar bem longe da teoria da expiação ou da intimidação.⁴⁸ Assim define: “A pena para nós é um meio de garantia social, de reduzir o criminoso a impossibilidade de prejudicar ou de tornal-o inofensivo, tendo como fim principal a segurança pública”⁴⁹, ou seja, *defesa social*. É, ainda, “(...) o remedio para a falta de adaptação do reo”.⁵⁰ Condena os clássicos, seguindo Ferri, por não aceitarem como meios de defesa social os mecanismos preventivos e eliminatórios.⁵¹ Rebate o entendimento dos clássicos sobre a proporção entre pena e crime (“Ao contrario do *systema dosimetrico* penal tão preconizado pelos clássicos, tudo leva a crer que ele será abandonado”).⁵² – para Vieira, aos moldes de Garofalo, o que deve haver é correspondência entre o crime e o caráter do criminoso, que se externa no ato – o que importa não é a quantidade da pena, mas sua qualidade⁵³, e este deve ser identificado tendo em vista a natureza ou a temibilidade do delinquente. Aos incorrigíveis, defende a pena de morte ou prisão perpétua. Como na legislação brasileira a primeira não seria mais possível, por proibição constitucional, propõe em seu projeto, como já se analisou, a possibilidade da segunda. Quanto à pena de morte, lamenta: “Para obscurece-la e mesmo desvial-a do seu verdadeiro terreno tem concorrido já um sentimentalismo mal entendido, já prejuízos do liberalismo, quando é certo que nada d’isto tem que ver com a solução da questão.”⁵⁴

Para defender a necessidade da pena de morte, não utiliza os mestres da Escola Positiva italiana, mas Garraud, que justifica tal pena por meio de argumentos clássicos (deve ser justa, proporcional à gravidade do delito e necessária). Apresentar a teoria de Garraud sobre a pena de morte não significava que João Vieira de Araújo pensasse a partir dos fundamentos desse autor. Como vimos, tratava-se de uma estratégia mesmo de João Vieira de Araújo para, relativizando a polaridade de escolas, embora partindo mesmo desta polaridade, demonstrar a legitimidade de alguns argumentos que eram tidos como essencialmente da Escola Positiva. O próprio autor assim justifica: “Não podíamos oppôr aos escriptores abolicionistas, tão numerosos no mundo clássico do direito criminal, autoridade mais respeitável e que melhor synthetizasse os argumentos em favor da conservação actual da pena de morte”⁵⁵

Conclui João Vieira de Araújo que “Si é mister para salvar a vida do homem *honesto*, fazer perecer o *malfeitor*, como afirmar a inviolabilidade da vida humana? (...) *O direito do individuo á existência não pode ser superior ao direito da sociedade de proteger seus membros*”.⁵⁶ Percebe-se que, embora usasse Garraud como estratégia argumentativa, o argumento de fundo de João Vieira de Araújo em defesa da pena de

⁴⁷ ARAÚJO, 1897, p. 208.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 221.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 209.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 221.

⁵¹ *Ibidem*, p. 212.

⁵² *Ibidem*, p. 222.

⁵³ *Ibidem*, p. 220.

⁵⁴ ARAÚJO, 1897, p. 231.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 237.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 236.

morte é mais propriamente legatário da concepção de um dos mestres da “Nova Escola” italiana, Garofalo – a de que há uma cisão na humanidade, pois o criminoso incorrigível é visto como ser à parte desta e que justamente por isso deve ser segregado ou eliminado. Ainda, mais uma vez, Vieira deixa bastante evidente a sobreposição da defesa da sociedade em relação aos direitos individuais, justamente a partir da lógica da dualidade de sujeitos – alguns devem ser eliminados (malfeitores) para que a sociedade, constituída de indivíduos de outra natureza (honestos), permaneça em segurança e ordem.

Phaelante da Camara: o sucessor de João Vieira de Araújo na Faculdade de Recife

Francisco Phaelante da Camara é natural de Pernambuco e bacharelou-se em direito, em 1885, pela faculdade de Ciências Sociais e Jurídicas de Recife. Foi lente de direito criminal dessa mesma faculdade por mais de uma década, de acordo com os programas levantados de 1895 a 1908. É indicado por Antonio Paim como um dos juristas integrantes da Escola do Recife.

Em um texto publicado na Revista Acadêmica da Faculdade, “Algumas ideias expendidas ao começar o curso do processo criminal na segunda cadeira da quarta serie jurídica”, o autor deixa bastante clara sua filiação ao discurso racial e evolucionista, com pinceladas de Darwin, da época. De acordo com o criminalista de Recife, as raças obedecem a dois fatores: herança e meio. Na África vivem os negros de cérebro estreito, crâneo alongado e nariz chato; na Ásia, a raça amarela, com uma inteligência mais desenvolvida e pragmatismo menos pronunciado e na Europa encontra-se “o creador da civilização do Occidente, mais elevado na hierarquia orgânica e por isso mesmo o mais correcto representante do mamífero humano”.⁵⁷ Seguindo um escritor moderno, cujo nome não cita, menciona que as sociedades passam pelas seguintes fases: nutritiva, sensitiva, psíquica, intelectual e científica. E, ainda, como a religião, a língua e a arte, o direito tem sua evolução. A justiça, portanto, para o autor, não deve ser concebida como uma estátua de mármore talhada com regras universais e absolutas, sendo, portanto, necessário abandonar as ideias inatas de justiça, uma vez que o senso moral decorre de um processo longo e demorado e que mesmo na Europa contemporânea, criminalistas tem provado, afirma o autor, que o atavismo reproduz um certo número de selvagens da pedra polida. E conclui que, muito embora as sociedades estejam se aperfeiçoando e a luta pela existência esteja se humanizando em um processo “seleccionista no desenvolvimento dos meios diversos (...) eu não creio na inteira paz social e na correção completa da justiça, enquanto se der o choque de interesses ofendidos e paixões aculadas”.⁵⁸

Pouca produção relativa ao direito criminal foi possível levantar deste autor. Mas da análise de seus programas, pode-se identificar a presença da escola antropológica tanto em suas lições sobre sistema penitenciário quanto em suas preleções de direito criminal: apresenta a dicotomia sistema clássico e sistema positivo, explana sobre a segregação por tempo indeterminado; a adaptação dos meios defensivos às categorias antropológicas dos delinquentes contra a unidade clássica da pena; discorre então sobre a classificação ferriana – os criminosos natos (seus caracteres anatômicos e suas idiossincrasias) e a pena de

⁵⁷ CAMARA, P. Algumas ideias expendidas ao começar o curso do processo criminal na segunda cadeira da quarta serie jurídica. *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*, v. I, 1891, p. 101.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 107.

morte; os delinquentes loucos e hospícios penais; os delinquentes de ocasião, os delinquentes por paixão e sua relativa impunidade e, nos termos da Escola Positiva, analisa o sistema celular como uma aberração do século XIX; discorre sobre a mulher criminosa; da influência do clima nas revoltas e sedições; apresenta os substitutivos penais; comenta a identificação do criminoso por assinalamento antropométrico.

Assim, pode-se perceber a partir de seus programas, que ao menos apresentar os principais pontos da Escola Antropológica ou Positiva o autor o faz. E analisando seu texto publicado “Do infanticídio” na Revista Acadêmica da Faculdade de Recife, tema de sua tese de ingresso na instituição, podemos extrair uma forte influência do positivismo penal em suas concepções e, portanto, concluir por sua adesão à escola.

O autor é crítico tanto do Código Criminal de 1830⁵⁹, no que se refere à maneira em que se previu o crime de infanticídio, quanto do código de 1890. Todavia, em face do primeiro, reserva uma crítica muito mais suave, levando em conta o seu prestígio na cultura jurídica da época, como já se analisou, e destacando o tempo em que foi elaborado, anterior às descobertas da Nova Escola.⁶⁰

Nenhuma escusa, todavia, merecia o código de 1890⁶¹, cujo erro foi imperdoável tendo em vista as críticas ao Código Imperial. Talvez a única justificativa para tamanha aberração jurídica fosse “a urgência da *fabricação* do código, no louvável desejo de oferecer ao ministério da justiça do governo provisório um monumento legislativo que assinalasse pelo futuro a dentro o início da era republicana.”⁶²

Uma das maiores razões de sua imperfeição está justamente no fato de ter ignorado as novas ideias, a despeito de, já na época de sua elaboração, estarem circulando e provavelmente serem conhecidas no Brasil as novas doutrinas da escola antropológica.⁶³

Portanto, para Phaelante da Camara, “consoante os dados anthropologicos colhidos pela Nova Es-

⁵⁹ O crime de infanticídio é previsto no Código de 1830 nos artigos 197 e 198:

Art. 197. Matar algum recém-nascido.

Penas - de prisão por tres a doze annos, e de multa correspondente á metade do tempo.

Art. 198. Se a propria mãe matar o filho recém-nascido para occultar a sua deshonra.

Penas - de prisão com trabalho por um a tres annos.

Previu portanto no artigo 197 a noção lata, compreendendo nela a morte de recém-rascido mesmo quando não praticada por seus progenitores, especificando em artigo à parte uma pena quando o crime é realizado pela mãe para occultar sua desonra. Para Phaelante da Camara esta forma de regular o infanticídio era uma aberração que não se coadunava com as orientações nem de Beccaria e nem de Bentham, jurista que tanto é apontado como forte influência do Código Imperial.

⁶⁰ “Prefiro aceitar aquella disposição aberrante das normas jurídicas e do bom senso, como um erro de apreciação ou um falso suposto acerca das opiniões de Bentham; mas, afirmando esta verdade com desassombro, não quero ser acusado de desrespeito e desamor a um dos mais respeitáveis documentos da nossa historia (...) Se atendermos a que aquella código foi discutido ainda na década do século passado; que conforme as leis portuguezas em vigor, vivíamos no regimen atroz da Idade Média em matéria penal; que o nosso legislador em muitos pontos agiu por conta própria e levou a barra adiante das elaborações da doutrina na Europa; se atendermos a tudo isto que a verdade dos factos impõe á justiça da Historia, o nosso amor próprio nacional não se sente melindrado por dizermos que o legislador de 1830 não compreendeu Bentham e aberrou do bom senso ao traçar os contornos do infanticidio no art. 197.” CAMARA, P. Do infanticídio. *Revista Academica da Faculdade de Direito do Recife*, v. XI, 1903, p. 184-185.

⁶¹ **Art. 298.** Matar recém-nascido, isto é, infante, nos sete primeiros dias de seu nascimento, quer empregando meios directos e activos, quer recusando a victima os cuidados necessarios á manutenção da vida e a impedir sua morte:

Pena de prisão celllular por seis a vinte e quatro annos.

Paragapho unico. Si o crime for perpetrado pela mãe para occultar a deshonra propria:

Pena de prisão celllular por tres a nove annos.

⁶² CAMARA, 1903, p. 191.

⁶³ *Ibidem*, p. 202.

cola penal não é possível sinceramente admitir a minorante *causa honoris* nos termos latos em que se fez o nosso código”.⁶⁴

A partir de uma fundamentação nos termos da escola antropológica, Phaelante da Camara afirma que na mulher também existem os maus instintos, como demonstrado por Lombroso, sendo “facílmo fazer passar por crime ocasional o que é efeito do organismo ou da hereditariedade”⁶⁵ e que os homens “do sexo forte” não devem se deixar influir neste assunto “por motivos fidalgos de cortesia”.⁶⁶ Não cabe a minorante justificada pela honra, pois mais importante é estudar a criminosa, “as suas origens, os seus hábitos, as suas predisposições psychologicas, e toda a rede das suas hereditariedades”⁶⁷, verificando ainda em que tipo de criminoso se enquadra a infanticida, conforme a conhecida classificação de Ferri.

Prossegue na crítica à minorante da honra a partir de um prisma evolucionista dos sentimentos e instintos: sustenta que na mãe infanticida chocam-se duas correntes psicológicas: o instinto de conservação da espécie e o sentimento da honra, sendo o primeiro muito mais antigo na evolução dos instintos, com raízes profundas e longas e, portanto, mais forte e internalizado do que o segundo, fruto da conquista da civilização e das convenções sociais e que, de acordo com Garofalo, não apresenta qualquer uniformidade entre as sociedades, famílias, classes sociais.

Phaelante, todavia, finaliza seu texto com um ar um tanto desiludido no que se refere às mudanças, sobretudo, em relação ao espírito jurídico brasileiro:

(...) declaro que, ao traçar as observações que ahi ficam, não me preocupei, de modo algum, com o seu êxito, por saber que o velho espirito jurídico, em toda a parte e principalmente no Brazil, tem pontos de contacto com o dogmatismo astronômico d'aquelle teimoso professor peripatético.⁶⁸

Não é possível precisar, mas muito provável que a ironia tenha sido dirigida ao autor do código de 1890, João Baptista Pereira, o qual era considerado filiado à Escola Clássica e resistente às novas ideias da “Escola Antropológica”. Embora publicado em 1903, este texto havia sido escrito na década de noventa do século XIX, em que ainda pairava uma impressão da cultura jurídica penal de mais resistência do que adesão à “Nova Escola”.

Gervasio Fioravanti Pires Ferreira

Gervasio Fioravanti Pires Ferreira ingressou na Faculdade de Recife em 1885, formando-se em 1889. Aparece no quadro de professores de direito criminal da Faculdade de Recife de 1897 a 1928, dividindo a cátedra com Phaelante da Camara e depois com Octavio Hamilton Tavares Barreto.

Em seus programas percebe-se a forte influência das ideias da antropologia criminal e da sociologia criminal, bem como a apresentação e confrontação entre as escolas clássica e positiva, como era frequente na forma de explanação das correntes penais da época. Tanto em seus programas relativos ao Direito Cri-

⁶⁴ *Ibidem*, p. 202.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 203.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 202.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 212.

⁶⁸ CAMARA, 1903, p. 216.

minal, quanto àqueles referentes ao Direito Criminal Militar e Regime Penitenciário (programas que eram alternados pelos professores de direito criminal) a presença das novas ideias era significativa.

Os programas, todavia, não são suficientes indícios para identificar o grau de adesão e a leitura que esses autores tinham sobre a antropologia e sociologia criminais.

Deste autor foram identificados dois textos: “Da reincidência do Código Penal”, trabalho de tese que apresentou em seu concurso para professor substituto na Faculdade, em 1896 e depois publicado pela Revista Acadêmica da Faculdade de Recife, em 1908, e o texto “A prisão celular é condição sine qua non de um bom sistema penitenciário?”, prova escrita também elaborada pelo autor no mesmo concurso, sem auxílio de livros e sem revisão, também posteriormente publicada na Revista da Faculdade. Não há, ou ao menos não foi localizado em qualquer das bibliotecas pesquisadas, uma obra que sistematizasse suas lições como de grande parte dos juristas aqui analisados. Mas, a partir desses dois textos, é possível situar o jurista no quadro da cultura jurídica penal da época.

No primeiro, em que discorre sobre a reincidência no código de 1890, o autor não pode ser mais crítico no que se refere à opção legislativa brasileira à reincidência específica, tida como a “infância do direito criminal”. Como já se pôde analisar, a crítica ao Código Penal Republicano era lugar comum na época e em Gervasio Fioravanti Pires Ferreira não apenas ela estará presente, como também a visão do misoneísmo brasileiro no direito criminal (já pontuada acidamente por Viveiros de Castro), identificado com o apego ao código de 1830. Em suas palavras:

Não há aqui uma expansão misoneísta, a que a iconoclastia republicana (no direito criminal, já se vê), desse azo; mesmo porque, como adiante se exporá, eu não ficaria, no assumpto de que vou tratar e em outros, senão de muito má vontade nos estreitos limites do Código de 1830. Mas incontestável que só a cegueira não vê que a reforma de certas disposições da anterior legislação e a transplantação de outras de Códigos estrangeiros para o da República deu um resultado esse amalgama confuso e às vezes misterioso, que se impoz como legislação criminal de um povo.⁶⁹

Mais uma vez, o código de 1830, embora também previsse a reincidência específica (em que pese não definir o que eram crimes de mesma natureza, como o fez o de 1890) tem a seu favor o tempo – quando redigido “(...) não contava com a orientação dos progressos da antropologia criminal (...) de modo porque se não dá com o de 1890, contemporaneo cego á sciencia e surdo á verdade”.⁷⁰

Para o jurista em análise, o único mérito do código de 1890 foi ser original demais, criando uma reincidência própria e única – a “reincidência brasileira.” Obviamente que se refere a esse mérito em um tom bastante irônico e vexatório.

Com essa previsão, segundo o autor, o código não pune mais severamente os mais perigosos, baseando seu argumento em Lombroso, para quem justamente aqueles indivíduos dotados de instintos antisociais indecisos são mais perigosos.

⁶⁹ FERREIRA, G. F. P. Da reincidência no Código de 1890. *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*, v. 16, 1908, p. 4.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 15.

Ainda, Ferreira discorda do fato de que a reincidência sempre deva agravar, independente dos motivos do delito, que são os elementos mais centrais para se verificar a perigosidade do delinquente. Para o autor, sempre que a reincidência der a medida da temibilidade do réu deve ser aplicada, seja em crimes dolosos, culposos ou contravenções, seguindo aqui Garofalo, para quem os crimes culposos também eram indícios de temibilidade.

Referindo-se aos clássicos, considera que embora a lógica de quem analisa o crime como uma entidade metafísica e abstrata e não o criminoso (e por isso a dificuldade em encontrar o “nexo ontológico” entre o crime de hoje e o de amanhã) fosse não aceitar a agravação da pena para o reincidente, constata que grande parte deles a defende. Para Ferreira, tal nexos, “ídolo de teatro”, o conceito de temibilidade teria destruído, fazendo repousar sobre si a maior responsabilidade daqueles que não se adaptam à sociedade e, por isso, simbolizam maior perigo e alarma social e, assim, não o crime, mas o criminoso, não a imputação que se refere ao ato, mas a responsabilidade que se refere ao agente, serve de fundamento a esse instituto jurídico.⁷¹

Não entra no mérito da análise das causas sociais, naturais ou físicas do crime,⁷² mas afirma que muitas estão no próprio código e no sistema penitenciário.

E conclui com a comparação (a qual embora reconhecesse ser muito repetida, não deixava de ser justa): “É o caso do médico que aplicasse para todos os doentes os mesmos remédios apesar deles não darem resultado”.⁷³

Assim, para o autor, o fundamento jurídico da reincidência é a maior temibilidade do criminoso. Fundamento que implicava, em sua opinião, uma casuística que os legisladores até então não haviam conseguido elaborar, mas que, de toda sorte, deveriam os códigos conter em linhas gerais, sendo tarefa do juiz a real individualização da pena. E aqui considerava fundamental o auxílio dado pela antropologia criminal, com seus estudos sobre o delinquente e seus aspectos psicológicos e sociais, os quais permitem a elaboração de fecundas classificações dos delinquentes.⁷⁴

Sem entrar no mérito das diferentes classificações que se apresentam, dando destaque, como de habitual, à teoria de Ferri, o autor defende que em matéria de reincidência o mais importante é identificar os incorrigíveis.

Ainda que não assuma uma postura radical quanto à incorrigibilidade, “Pondo de lado qualquer teoria absoluta e abstracta da incorrigibilidade que se queira fundar em dimensões craneanas, apêndices lemurianos, côr dos cabelos, etc.” defende que “a questão tem um ponto de vista pratico e é sob ele que é preciso encarar-a”.⁷⁵ Nesses termos, para o autor, os incorrigíveis são aqueles para os quais são necessárias medidas excepcionais, como, por exemplo, a eliminação, seja pela pena de morte seja, inclusive, pela transportação para ilhas ou paragens desertas como “meio seguro de eliminação, equivalente a uma pena

⁷¹ FERREIRA, 1908, p. 11-12.

⁷² Repete assertivamente alguns argumentos comuns da Escola Positiva: a religião e a instrução de nada valem para o controle da criminalidade.

⁷³ FERREIRA, *Op. cit.*, p. 37.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 39-40.

⁷⁵ FERREIRA, 1908, p. 40.

de morte desfarçada, seleção spartana que eu admito, mas *cum grano salis*.⁷⁶ Meios eliminativos recomendáveis e aplicáveis não apenas aos reincidentes incorrigíveis, mas também àqueles criminosos que, embora em um único ato, tenham demonstrado uma perversidade excepcional.

Recomenda: para os dotados de energia criminosa, a agravação da pena; para os ausentes de energia (mendigos, vagabundos...), a sequestração relativamente indeterminada; para os casos patológicos, os manicômios.

O que para o autor é fundamental, portanto, é eliminar a uniformidade de tratamento aos delinquentes de hábito e de ocasião e o abuso das penas de pequena duração, uma das causas mais notáveis da reincidência, de acordo com o autor. Defende a criação dos patronatos, dos *cahiers judiciaires*, indispensáveis para o processo de individualização, pois neles constam as biografias dos delinquentes, não apenas seus dados criminais, medidas antropométricas, mas também indicações de sua existência social.

No texto “A prisão celular é condição sine qua non de um bom systema penitenciário?” também reproduz os ensinamentos da Escola Positiva – nas palavras de Ferri responde: a prisão celular é uma aberração. Não apenas emprestando os argumentos estrangeiros, endossa esta opinião tendo em vista as peculiaridades brasileiras, que tornavam tal medida ainda mais impraticável:

Entre nós, é indubitável, que as condições naturaes do meio, o clima tropical depauperador, veda a aplicação de um systema, que, felizmente ficou no domínio platônico das nossas penalidades. A prisão celular, pois não só não é uma condição *sine qua non* de um bom systema penitenciário, como até deve ser de qualquer d’elles relegada.⁷⁷

Assim, podemos perceber, da análise desses textos, que a presença dos elementos da Escola Positiva em seus programas não constava apenas a título de explanação das novas ideias. Em geral, o autor tende a aderir aos seus principais postulados como a temibilidade (como fundamento da reincidência), a incorrigibilidade e, por conta desta, a defesa de meios eliminativos, a individualização da pena tendo em vista os estudos da antropologia criminal sobre a classificação dos criminosos e o rechaço à pena de prisão celular.

Octavio Hamilton Tavares Barreto

Aparece no quadro de professores de Direito Criminal da Faculdade de Recife de 1908 até 1929, juntamente com Gervasio Ferreira.

A partir da análise de seus programas, também pudemos constatar uma presença significativa das ideias do positivismo penal. As únicas publicações localizadas pertinentes ao tema da presente pesquisa, foram sua prova escrita, para o concurso de professor, publicada pela Revista Acadêmica, em 1908. Nesta o jurista responde à pergunta: “Pode o crime politico ser, em sua gênese, explicado por influencias cósmicas e anthropologicas de preferencia ás sociaes? – Os crimes que constituem as figuras dos arts. 87 a 106 do Codigo Penal são políticos, e se acham bem catalogados sob a epigraphe do respectivo capitulo?”, bem

⁷⁶ *Ibidem*, p. 42.

⁷⁷ FERREIRA, G. F. P. A prisão celular é condição sine qua non de um bom systema penitenciário?”. *Revista Academica da Faculdade de Direito do Recife*, v. 23, 1915, p. 26.

como seu discurso professado, em 1924, perante a Câmara dos deputados, em que defende o caráter indeterminado da pena.

Analisemos a primeira. Ao questionamento central da prova o autor responderá, nos termos da Escola Positiva, sobretudo, de Ferri. Inicialmente aponta que a própria pergunta

Deixa fora de questão que o crime não deve ser encarado senão como um fenômeno natural, obedecendo as causas físicas e sociais. Ficamos assim dispensado de discutir o velho e já batido thema da escola espiritualista ou clássica de Direito Criminal, que ainda sustenta que o crime é um verdadeiro fiat da vontade humana.⁷⁸

Assim, exatamente em termos ferrianos, parte da premissa do crime como um fenômeno natural, negando o livre-arbítrio e, portanto, também a responsabilidade moral.

Cita a obra de Lombroso (e Laschi) “O delito político”, em que este aponta a existência de um tipo antropológico do criminoso político, identificando como causas do delito político as influências climáticas, orográficas combinadas com o misoneísmo que caracteriza certas raças – as raças dolicocefalas com tendências a ideias adiantadas, enquanto as braquicéfalas conservadoras. Bem como, ainda, apresenta a distinção de revolução, fenômeno psicológico e a revolta, fenômeno patológico.

O autor, a partir das críticas também de Tarde, não segue o psiquiatra italiano, afirmando ser sua tese aventurosa, “(...) mas que não deu outro resultado senão o de haver proporcionado ao notável cientista uma ocasião mais de fazer valer o seu engenho e o seu vasto saber”.⁷⁹

Destaca, ainda, não concordar com a tese de Lombroso do tipo do homem criminoso, suficientemente rebatida, em sua opinião, no Congresso de Antropologia Criminal de Bruxelas, e, portanto, não mais “capaz de servir de base às reformas práticas e às aplicações científicas a que se propõe a Escola Positiva”.⁸⁰ Tendo sido o tipo do criminoso político construído a partir da mesma lógica, não aceita também essa categoria, seguindo Ferri, “o mais alto representante da cultura italiana, a figura mais notável da Escola Positiva do Direito Criminal”⁸¹, no sentido de que o criminoso político não é um tipo específico, mas pode se enquadrar em qualquer das espécies de criminosos, demonstradas na classificação de Ferri.

Seguindo o eminente jurista italiano, então, “respondemos que em nome da própria Escola Positiva, representada pelo mais ilustre dos seus chefes, pode-se afirmar que é inaceitável a explicação da delinquência política por influências cósmicas e antropológicas de preferência às sociais”.⁸² E tampouco predominam as sociais, uma vez que o crime, afirma, como entende Ferri, é um fenômeno complexo no qual concorrem as causas físicas, biológicas e sociais, cuja combinação define a delinquência em geral e a política. Uma desorganização social, o despotismo, podem acarretar, por exemplo, manifestações revolucionárias, mas que devem atuar com a causa individual e biológica, sem as quais não eclodiriam.

Em seu discurso, de 1924, declara explicitamente que “após o formidável debate travado nestes úl-

⁷⁸ BARRETO, O. H. T. Concurso de Direito Criminal realizado em 1908 na Faculdade de Direito do Recife. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, v. 25, 1917, p. 71-72.

⁷⁹ BARRETO, O., 1917, p. 72.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 73.

⁸¹ *Ibidem*, p. 74.

⁸² *Ibidem*, p. 75.

timos tempos em torno das teorias referentes ao delito, ao delinquente e à pena, passou a ser ponto assente que a penalidade não deve ser encarada senão como pura medida de defesa social contra o criminoso”.⁸³ Defendia então que a repressão deveria buscar dois objetivos fundamentais: segregar os inadaptáveis e tentar melhorar os delinquentes, quando possível, em elementos úteis à sociedade.

Para ele, as soluções da Escola Positiva eram as mais adequadas e, nesse sentido, entende que a duração da pena deveria depender da capacidade de adaptação do criminoso à vida social, o que não era possível determinar na sentença, sendo um perigo, para a sociedade, libertar um delinquente incorrigível. Mas, nesse ponto, estava ciente da abertura a possíveis arbitrariedades, bem como da aplicação desigual da medida entre ricos e pobres, com a maior proteção daqueles e perseguição dos últimos. Para ele, então, a solução seria a criação de uma comissão técnica (composta pelo juiz criminal, médico da prisão, administrador e representante do ministério público), como propunha Liszt, responsável por uma revisão periódica da sentença, cercando de todas as garantias, portanto, o condenado.

Assim, podemos ver em Octavio Tavares uma adesão aos postulados da Escola Positiva, inclusive, por ele mesmo declarada. Adepto, porém, ciente dos perigos da concretização de uma de suas propostas centrais, a sentença indeterminada e do seu uso diferenciado (pobres e ricos). Sua cautela, todavia, não chega ao ponto de negá-la, mas apenas cercá-la de algumas garantias em favor do condenado, cujos interesses, porém, deveriam estar subordinados à defesa da sociedade.

Considerações finais

O que se pode perceber da análise da recepção do pensamento criminológico na cultura jurídica penal brasileira, especificamente no ensino do direito criminal, é que correspondeu a um processo gradual em seu início. Contou com resistências, sobretudo, ainda no século XIX.

Tobias Barreto, um dos seus primeiros divulgadores, mas, sobretudo, das concepções lombrosianas, foi um severo e arguto crítico. Não economiza sua acidez, peculiar ao seu pensamento e textos, em detectar as incoerências e exageros do psiquiatra italiano, afirmando ironicamente, que se levados em conta seus princípios, meter-se-ia a humanidade inteira no hospital. Essa sua crítica parece se assemelhar ao conto de Machado de Assis, escrito em 1881, “O alienista”, médico que passa a identificar em cada ínfimo detalhe do comportamento um sinal de loucura e acaba internando toda a população da vila de Itaguaí no manicômio.

João Vieira de Araújo pode ser considerado o primeiro criminalista adepto do positivismo criminológico: divulga as ideias da então “Nova Escola do direito penal”, assumindo em seus textos uma filiação confessa. Em seu primeiro texto apresenta uma absorção ainda confusa e sincrética (não chega a negar a responsabilidade moral, como se viu), mas gradativamente suas análises se tornam além de mais profundas, mais convictas. Todavia, em seus projetos de substituição de código demonstra uma parcimônia que não, necessariamente, significava uma inabilidade em transpor nas leis suas premissas, mas uma consciência própria dos criminalistas positivistas, de que as mudanças deveriam ser paulatinas, para que justamente

⁸³ BARRETO, O. H. T. Discurso pronunciado pelo deputado e professor Dr. Octavio Tavares na Camara Federal em novembro de 1924. *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife.*, v. 32, 1924, p. 453-454.

fossem mais profundas e eficazes, afinal de contas, tratava-se de adequar toda uma cultura jurídica, não apenas a partir da doutrina, mas a partir da magistratura, que formada em moldes clássicos, poderia tornar a modernização do direito criminal mais um problema, do que uma solução.

Seus debates com João Baptista Pereira, autor do Código Republicano, tão criticado nas mais diferentes “frentes”, são emblemáticas e demonstram que a disputa no campo da cultura jurídica penal iria absorver a dualidade de escolas, clássica e positiva, uma dualidade que permanecerá durante toda a Primeira República como presença constante nos programas de disciplina. Importante ressaltar que o desprestígio do Código Penal, considerado à época clássico, é uma das portas de entrada para a recepção das ideias da Nova Escola.

Pode-se afirmar que a Faculdade de Recife será pioneira na recepção das ideias do positivismo penal e seus professores de direito criminal são seus adeptos confessos: Phaelante da Camara, também integrante, como João Vieira de Araújo, da Escola do Recife, evolucionista, marcado pelo discurso racial europeu, crítico do Código Republicano por não ter absorvido as novas ideias da Antropologia, adepto da classificação dos criminosos; Gervasio Fioravante considera a prisão celular uma excrecência, defende a temibilidade como critério principal da reincidência e é favorável a penas eliminatórias para os criminosos incorrigíveis; Octavio Tavares considera o crime como um fenômeno natural e complexo, como Ferri, e defende a sentença indeterminada.

Como pode se verificar, a gradativa adesão dos juristas de Recife à “Nova Escola” é evidente e tende a se fortalecer ao longo dos anos republicanos. A fragilidade do Código Penal (republicano), a força do evolucionismo de Spencer, o discurso racial, que reconfigurava com ares de ciência as diferenças e o fascínio do argumento de *status* científico da Nova Escola atraem os criminalistas brasileiros que buscavam afirmar uma identidade para a cultura jurídica brasileira, uma identidade que deveria, todavia, estar ajustado às mais recentes novidades europeias.

Referências

ARAÚJO, J. V. Antropologia Criminal. **Revista O Direito**, v. 17, n. 49, 1889a.

ARAÚJO, J. V. **Código Criminal Brasileiro**: Commentario filosófico-científico em relação com a jurisprudência e legislação comparada. Recife: Editor José Nogueira de Souza, 1889b.

ARAÚJO, J. V. **Código Penal Commentado theorica e praticamente**. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Laemmert Editora, 1897.

ARAÚJO, J. V. **Ensaio de Direito Penal ou repetições escritas sobre o Código Criminal do Império**. Pernambuco: Typografia do jornal do Recife, 1884.

ARAÚJO, J. V. **Nova Edição do Codigo Criminal Brasileiro de 1830**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1910.

ARAÚJO, J. V. **O projeto do Código Penal e a Faculdade de São Paulo**. Recife: Pantheon das Artes, 1895.

BARRETO, O. H. T. Concurso de Direito Criminal realizado em 1908 na Faculdade de Direito do Recife. **Revista Academica da Faculdade de Direito do Recife**, v. 25, 1917.

- BARRETO, O. H. T. Discurso pronunciado pelo deputado e professor Dr. Octavio Tavares na Camara Federal em novembro de 1924. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife.**, v. 32, 1924.
- BARRETO, T. **Estudos de direito e política.** São Paulo: Instituto Nacional do Livro, 1962.
- BARRETO, T. **Menores e Loucos em Direito Criminal.** Brasília: Senado federal, Conselho Editorial, 2003.
- BEVILÁCQUA, C. **Criminologia e direito.** Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1896.
- BRASIL, Câmara dos Deputados. **Annaes da Camara dos Deputados.**, v. II. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1896.
- CAMARA, P. Algumas ideias expendidas ao começar o curso do processo criminal na segunda cadeira da quarta serie jurídica. **Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife**, v. I, 1891.
- CAMARA, P. Do infanticídio. **Revista Academica da Faculdade de Direito do Recife**, v. XI, 1903.
- DIAS, Rebeca Fernandes. **Criminologia no Brasil: Cultura Jurídica Criminal na Primeira República.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017
- FERREIRA, G. F. P. A prisão celluar é condição sine qua non de um bom systema penitenciário?”. **Revista Academica da Faculdade de Direito do Recife**, v. 23, p. 26, 1915.
- FERREIRA, G. F. P. Da reincidencia no Codigo e 1890. **Revista Academica da Faculdade de Direito do Recife**, v. 16, 1908.
- MONTEIRO, J. P.; MORAES, J. A. L.; SANTOS, B. Parecer da Faculdade de Direito de São Paulo sobre o Projecto 250-1883 substitue Codigo Penal publicado pelo decreto 847 de 11 de outubro de 1890. **Revista da Faculdade de Direito de São Paulo**, v. 2, 1894.
- PEREIRA, J. B. P., *et al.* **Parecer sobre o Projecto do Codigo Penal:** em discussão na Camara dos Srs Deputados ao Congresso Nacional. Rio de Janeiro: Typographia do Jornal do Commercio de Rodrigues & Comp., 1897.
- SONTAG, R. **Código Criminológico?** Ciência Jurídica e codificação penal no Brasil (1888-1899). Rio de Janeiro: Revan, 2014.