

RESPONSABILIDADE PENAL ENTRE FINS DO SÉCULO XIX E INÍCIOS DO XX. UMA QUESTÃO EM DISPUTA

ADALMIR LEONIDIO * 
 UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
 SÃO PAULO - SÃO PAULO - BRASIL

RESUMO

Este texto analisa as disputas epistemológicas, profissionais e políticas entre Direito e Medicina em torno da questão da responsabilidade penal no Brasil, entre fins do século XIX e inícios do século XX. Debruça-se sobre artigos e livros dos principais juristas do período, analisando-os criticamente, a partir do contexto de avanço da ideologia higienista e positivista.

Palavras-chave: Direito; Medicina; Responsabilidade penal; Século XIX.

ABSTRACT

This text analyzes the epistemological, professional and political disputes between Law and Medicine around the issue of criminal liability in Brazil, between the end of the 19th century and the beginning of the 20th century. It focuses on articles and books by the main jurists of the period, analyzing them critically, from the context of the advancement of hygienist and positivist ideology.

Keywords: Law; Medicine; Criminal Liability; 19th century.

RESUMEN

Este texto analiza las disputas epistemológicas, profesionales y políticas entre Derecho y Medicina en torno a la cuestión de la responsabilidad penal en Brasil, entre finales del siglo XIX y principios del siglo XX. Se centra en artículos y libros de los principales juristas del período, analizándolos críticamente, desde el contexto del avance de la ideología higienista y positivista.

Palabras clave: Derecho; Medicina; Responsabilidad penal; Siglo XIX.

INTRODUÇÃO

A história da ciência mostra um esforço contínuo por parte da comunidade científica para estabelecer um "consenso estável na pesquisa", a partir do qual ela possa operar e produzir resultados. Isto é, se não houvesse nas teorias científicas um acordo, ainda que provisório, sobre sua capacidade preditiva, do ponto de vista de sua aplicação, elas não serviriam para nada. Esse consenso ajuda, de quebra, a estabelecer fronteiras epistemológicas entre o que é e o que não é científico, o que deve e o que não deve ser crível, o que deve e o que não deve ser financiado.¹

* Doutor em Desenvolvimento, Agricultura e Sociedade (UFRRJ). Professor na Universidade de São Paulo. E-mail: leonidio@usp.br.

¹ KOYRÉ, A. *Estudos de história do pensamento científico*. Brasília: UnB, 1982; KUHN, T. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2005.

Por isso é que o avanço da ciência não pode ser visto separado do avanço da indústria, e vice-versa.

Um momento importante desse processo foi o século XIX: a ciência finalmente se separa da literatura e da filosofia, deixa seu passado amadorístico e se impõe como um modelo para as demais áreas, sem por isso deixar de oferecer um cenário marcado por profundas disputas². Paralelamente, uma profusão de novas áreas acompanha a tendência científica de especialização e profissionalização crescente do saber: Antropologia, Sociologia, Psicologia, Criminologia, entre outras. Junto dessas novidades, campos mais antigos, como o Direito e a Medicina, também estão se remodelando e buscando delimitar suas fronteiras epistemológicas e profissionais.³

Até meados do século XIX, a Medicina ainda buscava responder alguns dilemas, como se seria ela uma arte ou ciência, uma profissão ou uma vocação⁴. O caso do Direito é particularmente interessante graças ao aspecto dogmático e apologético de suas disciplinas. A sua luta para separar os fatos sociais das normas jurídicas, profundamente marcante ao longo de todo o século, tem um resultado importante para os juristas contemporâneos, que acreditam no caráter racional e necessário de seu saber⁵.

Aqui neste artigo, que apresenta os resultados preliminares de uma pesquisa mais ampla, apenas buscaremos acompanhar as disputas epistemológicas do Direito Penal com a tradicional Medicina⁶, bem como com disciplinas novas como a Antropologia, a Sociologia e a Criminologia, em torno da chamada "questão criminal", um problema crescente nos principais centros urbanos, não só da Europa como de todo o mundo ocidental⁷. O Direito Penal, que

² LEPENIES, W. *As três culturas*. São Paulo: EDUSP, 2006.

³ RENEVILLE, M. "Quelle histoire pour la criminology en France? (1885-1939)", *Criminocorpus – Revue d'Histoire de la justice, des crimes et des peines*, jun. 2014, p. 1-18

⁴ LEONIDIO, A. *A derrota do laicismo*. São Paulo: Hucitec, 2024.

⁵ HESPANHA, A. M. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Lisboa: Europa-América, 2003, p. 15-16.

⁶ Apesar do título e de algumas passagens sugerirem a análise do debate entre Medicina e Direito, este artigo apenas estará centrado no ponto de vista dos juristas.

⁷ Refiro-me aqui à dimensão pública que passa a assumir o problema com o avanço da urbanização, o desejo de ordem e a criminalização da pobreza. Ver a este respeito: ANITUA, G. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008; BARATTA, A. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2011; BATISTA, V. M. *Difíceis ganhos fáceis*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

deveria ser uma exceção no mundo moderno⁸ dos direitos civis, vê-se frente a um grande desafio: precisa se afirmar como uma disciplina jurídica, como uma competência profissional, ao mesmo tempo que deve lidar com os limites de sua própria expansão.

O problema se reveste de especial relevância no contexto brasileiro de fins do século XIX e inícios do século XX, marcado profundamente pela passagem da escravidão ao trabalho livre e do rural ao urbano. Por um lado, algumas práticas e comportamentos, apesar de não terem nada de novo, apresentam-se cada vez mais problemáticos, pedindo uma atenção especial e se impondo ao debate público: roubo, furto, alcoolismo, prostituição etc. Por outro, as elites tradicionais, ligadas ao Direito, esteio da esfera política, mas também de nosso pensamento social, estão visivelmente perdendo espaço para as novas elites médicas, que também demonstram grande preocupação com os problemas da sociedade emergente⁹. Cada uma delas precisa afirmar sua área de competência própria e seu lugar na esfera augusta do poder e do prestígio, particularmente em um momento em que as possibilidades de ascensão social ainda são bastante controladas.

Afinal, alcoolismo, prostituição, assassinatos, vadiagem são problemas de saúde pública ou de política criminal? Quem tem a competência para defini-los como tal, o Direito ou a Medicina? De que lado estará, afinal, a ciência? Costuma-se atribuir aos juristas, mormente aqueles ligados à Faculdade de Direito de Recife, o protagonismo e o pioneirismo das "novas ideias" que surgem, em "bando", como definiu José Veríssimo, desde a década de 1870¹⁰. Mas alguns trabalhos mostram que, um tanto difusamente, tais ideias já vinham se apresentando entre médicos bem antes disso, já em meados do século XIX, principalmente no Rio de Janeiro¹¹. Por outro lado, os debates da época mostram que as novas ideias penais só começaram a se difundir, muito lentamente, em finais do século XIX. Temos aí, portanto, não só um problema epistemológico, mas também cronológico a ser pensado. Até aqui, a bibliografia tem

⁸ De fato, a expansão gradativa do Direito Penal está ligada ao crescimento das sociedades urbano-industriais e seu desejo de ordem. A criminalização e o avanço do encarceramento é uma política de administração da pobreza (MELOSSI, D.; PAVARINI, M. *Cárcere e fábrica. As origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)*. Rio de Janeiro: Revan, 2006; GIORGI, A. *A miséria governada através do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006; WACQUANT, L. *Punir os pobres. A onda punitiva*. Rio de Janeiro: Revan, 2013).

⁹ ANTUNES, J. L. F. *Medicina, leis e moral. Pensamento médico e comportamento no Brasil (1870-1930)*. São Paulo: Unesp, 1999.

¹⁰ SCHWARCZ, L. M. *O espetáculo das raças*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

¹¹ LEONIDIO, 2024.

dado pouca atenção ao problema, já que a tônica principal é a tal "passagem" do "liberalismo" ao "positivismo".¹²

A tese de Doutorado de Rebeca Fernandes Dias não trabalha nessa perspectiva de uma “passagem” do liberalismo ao positivismo. Ao contrário, ela afirma que o liberalismo e positivismo não se excluíam no contexto brasileiro. Não havia dualidade ou disputa entre essas escolas, mas complementaridade¹³. No entanto, não há nenhuma discussão sobre fronteiras epistemológicas entre os saberes que disputavam a autoridade sobre a “questão criminal”. E ainda que o seu trabalho historiográfico seja cuidadoso, também não há referência explícita à cronologia do surgimento da criminologia no Brasil.

Há também o importante trabalho de Ricardo Sontag *Código criminológico? Ciência jurídica e codificação penal no Brasil*, que trata da reforma do Código Penal de 1890, sobretudo a partir da visão de João Vieira de Araújo, bem como da questão da consolidação das codificações como processos particulares em diferentes países. Apesar de relativizar de forma bastante pertinente a ideia de influência da “escola positiva”, a tônica do embate entre escolas permanece, de certa forma, visível no trabalho, ao defender que esse embate seria fundamental na construção de uma “identidade científica”¹⁴. O trabalho de reconstrução da trajetória intelectual de João Vieira de Araújo é igualmente valioso. No entanto, não há nenhuma discussão a respeito de fronteiras epistemológicas e profissionais entre os diferentes saberes em disputa, conforme o foco deste artigo. Também, apesar do criterioso trabalho historiográfico, ao comparar os contextos italiano e brasileiro em relação ao surgimento da tal “escola positiva”, não há uma preocupação específica em relação à cronologia do saber criminológico no Brasil.

Ao olharmos para as fontes, entre tantas questões que se apresentavam à época, uma parece ter tomado a frente dos debates e gerado enorme polêmica, a da responsabilidade penal do criminoso. Por quê? Por um lado, porque era parte de um debate internacional, que envolvia o surgimento de uma nova disciplina não menos problemática (epistemológica e

¹² ALVAREZ, M. C. "Do bacharelismo liberal à criminologia no Brasil", *Revista USP*, São Paulo, n. 101, p. 11-26, mar/abr 2014; FERLA, L. A. C. *Feios, sujos e malvados sob medida. Do crime ao trabalho, a utopia médica do biodeterminismo em São Paulo (1920-1945)*. Tese de Doutorado. São Paulo: FFLCH/USP, 2005.

¹³ DIAS, R. F. *Pensamento criminológico na Primeira República: Brasil em defesa da sociedade*. Tese de Doutorado. Curitiba/PR: UFPR, 2015.

¹⁴ SONTAG, R. *Código criminológico? Ciência jurídica e codificação penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

cronologicamente), a Criminologia. Por outro, porque, no contexto brasileiro da passagem da escravidão ao trabalho livre e do rural ao urbano, bem como da definição do novo regime político, era preciso deixar claro qual era o lugar da liberdade e da igualdade. O que não era propriamente um problema científico, mas que precisava ter a chancela da ciência, como tudo o mais que merecesse atenção no período. Os médicos, os antropólogos e até mesmo os sociólogos buscaram resolver a questão da maneira mais conveniente, livrando-se dela: não existe livre arbítrio, não existe vontade, não existe intenção em um ato criminoso. Tudo o que existe são as "forças" da natureza e da sociedade (também elas naturais) em ação. É preciso endurecer as medidas contra aqueles que nasceram marcados pelo mal. E, assim, livravam-se também do próprio criminoso e do mal em si mesmo.

Não era assim para os juristas, que precisavam definir a natureza da norma jurídica, da culpa e da pena, como parte essencial do exercício da profissão. Recorrem, por isso, não a médicos, antropólogos ou sociólogos, mas a juristas de renome, como Karl Krause, Rudolf Von Jhering e Von Liszt. Serão eles, portanto, os maiores polemistas da questão. Não quer dizer que muitos não tenham aceitado, sempre com certo incômodo, as posições da chamada "nova escola penal". Alguns até aderiram a uma "terceira via", na busca por tentar conciliar as duas coisas, a liberdade e o determinismo. Em tudo isso, o que se nota é o esforço por estabelecer os limites próprios do Direito Penal, mas também a importância e a dignidade de uma profissão que trazia consigo o título que era quase uma nobiliarquia, num momento em que tudo isso começava a dar sinais de desmoronamento.

Em trabalho anterior sobre o positivismo¹⁵, percebemos a importância das questões criminológicas entre diferentes autores. Desde então, comecei a selecionar entre o conjunto de fontes aquelas que tratavam do problema, de forma direta ou indireta. Após lê-las atentamente, foi possível formular uma proposta de pesquisa para ser apresentada à FAPESP¹⁶. Após aprovação do projeto, ampliei as buscas a fim de formar um conjunto mais representativo. Com base em algumas palavras-chave, busquei inicialmente no Google, depois no Arquivo Público do Estado de São Paulo e, ainda, na Biblioteca Nacional. Também

¹⁵ LEONIDIO, A. Sentidos e significados da ortodoxia e da heterodoxia positivista entre portugueses e brasileiros (1870-1910). Relatório de Pesquisa FAPESP 2019/2022; LEONIDIO, 2024b.

¹⁶ LEONIDIO, Adalmir. Pensamentos criminológicos no Brasil entre 1870 e 1930. Pesquisa FAPESP 2025/2027.

selecionei boa parte dos documentos a serem analisados a partir da bibliografia específica sobre o tema. Não foi feita uma amostragem estatística, mas, dado o grande volume de textos e autores, acredita-se ser suficientemente representativa do pensamento criminológico entre fins do século XIX e inícios do XX.

Toda a documentação que estava disponível em pdf já foi baixada, organizada e classificada. Dadas as exigências do modelo de relatório em vigor na FAPESP, estamos trabalhando as questões envolvidas na pesquisa em separado e transformando-as em artigos. Assim, as fontes a serem trabalhadas aqui foram selecionadas dentro de um conjunto maior de fontes, a partir de um critério fundamental: foram selecionados aqueles autores e textos que buscavam explicitamente discutir o problema da responsabilidade criminal, sem se perder no emaranhado de questões adicionais que o debate trazia consigo.

Optamos, inicialmente, por deixar de lado a divisão ou agrupamento dos autores em "escolas", como é comum fazer, porque não observamos na pesquisa empírica os elementos necessários para isso: coerência doutrinária, continuidade de ideias, relações e comunicações de grupos, veículos de divulgação etc. Trata-se de autores isolados, de diferentes regiões do país e oriundos das duas faculdades mais importantes nesse momento, Direito e Medicina. Os textos são tanto livros quanto artigos publicados em revistas relacionadas a essas faculdades.

O método analítico utilizado está baseado, sobretudo, na conhecida "análise crítico-histórica"¹⁷. Documento nenhum é neutro. Eles trazem sempre consigo o ponto de vista, perspectiva ou ideologia de quem os escreveu. O essencial desse método consiste, portanto, em entender o texto no seu respectivo contexto. Ora, um texto, ao ser escrito, não reflete apenas a opinião e as ideias de quem os escreveu. É nesse sentido que é preciso relacionar sua significação subjetiva – aquilo que o autor quis dizer – com sua significação objetiva, dada pela posição do autor relativamente a um determinado grupo ou camada social, em uma determinada época¹⁸. Daí a importância não só de cotejar informações, relacionar documentos, conforme o método crítico de Bloch, mas também texto e contexto.

¹⁷ BLOCH, M. *Introdução à história*. Lisboa: Europa-América, 1993; BACELLAR, Carlos. *Uso e mau uso dos arquivos*. In: PINSKY, Carla Bassanezi (org.). *Fontes históricas*. São Paulo: Contexto, 2005.

¹⁸ GOLDMANN, L. *Dialética e cultura*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1967.

A CRIMINOLOGIA: UM NOVO SABER?

Em geral, a bibliografia de cunho sociológico parte do pressuposto da existência objetiva de uma Criminologia europeia, com suas escolas muito bem delineadas, desde ao menos o início do século XIX. Essa criminologia teria sofrido decisiva influência das ciências biológicas, em particular a Medicina, e conquistado boa parte dos juristas, forçando uma progressiva substituição da Escola Clássica, ligada a Beccaria. Alessandro Baratta, por exemplo, em sua recensão *Criminologia crítica e crítica do direito penal*, concentra-se em diferenciar as principais “escolas criminológicas” ao longo do tempo. Assim, a chamada “escola positivista” aparece para ele em oposição à “Escola Clássica”, baseada em teorias patológicas, isto é, nas características biológicas e psicológicas que diferenciariam os “sujeitos criminosos” dos indivíduos “normais”, e sobre a negação do livre arbítrio mediante um rígido determinismo biológico-social. O foco dessa escola não seria o delito, considerado como conceito jurídico abstrato pelas novas escolas, mas o homem delinquente, o criminoso.¹⁹

O livro do argentino Gabriel Anitua não tem a intenção de fazer criminologia, mas uma *História dos pensamentos criminológicos* (2008), situando a chamada “criminologia positivista” na encruzilhada de vários saberes e ideologias políticas, como a Medicina, a Psiquiatria, a estatística moral, a frenologia, a Antropologia Física, o Direito, o racismo científico, mas colocando sempre as ciências biológicas como protagonistas da escola em construção²⁰. Nenhum dos dois trabalhos parece questionar as dificuldades por parte do Direito de se livrar de um de seus conceitos-chave na área do Direito Penal, a responsabilidade individual do criminoso.

O mérito do trabalho de Anitua está em mostrar diferenças entre a chamada “escola italiana” de Lombroso, mostrando, inclusive, diferenças dentro da própria escola, como entre aquele, Ferri e Garófalo, e as demais escolas, como a francesa, a alemã, a espanhola e a latino-americana. A francesa, por exemplo, teria estabelecido uma distância importante em relação à Medicina ao priorizar o meio social como agente da delinquência. Seguindo esse itinerário,

¹⁹ BARATTA, 2011, p. 29.

²⁰ ANITUA, 2008.

divide a criminologia positivista no Brasil em duas tendências: aquela que atribui grande importância aos aspectos sociais do crime, como Aureliano Leal e Afrânio Peixoto; e aquela que o relaciona a uma etiologia biopsíquica, como Nina Rodrigues.

Os trabalhos de Marc Reneville, juntamente com Philippe Artières, são os primeiros e principais a problematizar, de fato, a criminologia como objeto histórico. Ao analisar a situação concreta da França na Terceira República, Reneville mostra que a criminologia não é uma disciplina acadêmica autônoma, mas encontra-se intrinsecamente ligada ao Direito, à Medicina e à Psicologia. Assim, apesar de um Instituto de Criminologia ter sido criado em 1922, a profissão de criminólogo ainda é frágil e ambígua no início do século XXI. Segundo ele, essa situação também seria partilhada por muitos países, e esta seria, provavelmente, uma das razões pelas quais os próprios criminologistas pensam mais em termos de escolas ou métodos relativamente independentes das instituições. Essa divisão em escolas não lhe permite resolver o problema das origens da Criminologia na França, mas permite situar o debate no fim do século XIX, em torno da primeira revista francesa dedicada ao tema, *Archives de l'anthropologie criminelle*, dirigida por Lacassagne e depois por Tarde.²¹

Reneville prefere, então, o termo “movimento criminológico francês”, que surge em torno da revista, ao invés de “criminologia francesa”. Lacassagne era médico, professor de Medicina Legal da Faculdade de Medicina de Lyon. Segundo ponto de vista predominante na historiografia francesa sobre o tema, ele teria inaugurado a “escola do meio social”, cujos principais aforismas seriam: o ambiente social é o terreno fértil para a cultura da criminalidade; o micróbio é o criminoso, elemento que só tem importância no dia em que encontra o caldo que o faz fermentar; ao fatalismo que decorre inevitavelmente da teoria antropológica, deve opor-se a iniciativa social. Todavia, segundo Reneville, o ponto de vista de Lacassagne não teve continuidade. Ele destacou-se mais como um prático, médico-legista, auxiliar da justiça, do que como um teórico que tenha de fato feito escola. O saber criminológico de Lacassagne está apoiado em saberes periféricos da primeira metade do século XIX, que são a frenologia e o higienismo.²²

²¹ RENEVILLE, 2014, p. 3.

²² RENEVILLE, 2014, p. 7.

Tarde, que sucedeu Lacassagne, ao contrário deste, era magistrado, professor do Collège de France e foi um dos primeiros difusores críticos da teoria do criminoso nato de Lombroso e autor de uma teoria original da passagem ao ato e da responsabilidade penal. Para ele, o crime é um produto da sociedade. É por imitação que o crime se propaga, pela aprendizagem do comportamento antissocial. A partir de intenso debate com Durkheim, ele entende o crime como uma inadaptação do delinquente às regras comuns da sociedade. Buscando um justo meio entre o livre arbítrio da teoria clássica da responsabilidade e o determinismo da “escola positiva” de Lombroso, Tarde teria produzido uma teoria da responsabilidade que se apoia sobre os princípios de identidade pessoal e de similitude social. Apesar dessa contribuição sociológica para a compreensão da “questão criminal”, não se pode dizer, segundo Reneville, que se tenha fundado uma escola em criminologia.

Sendo assim, Reneville se interroga sobre a consistência e a posteridade da chamada “escola do meio social”. Falta, antes de tudo, coerência a uma tal “escola”: os colaboradores mais regulares da revista são Lacassagne e Tarde, além de dois alunos de Lacassagne. Então, a assimilação da revista como órgão de uma escola não tem nada de óbvio. Parece-se mais com o órgão de um movimento do pensamento. Porém, falta também a continuidade dessas ideias: Lacassagne não teve alunos que buscassem ampliar a sua análise do crime. Isso se deve ao fato de o ponto de vista de Lacassagne estar na encruzilhada de duas perspectivas bem diferentes: a biopsicologia, que estabeleceu uma diferença radical entre livres e condenados; e a teoria durkheimniana, que ancorou a criminologia numa ruptura com qualquer contribuição baseada na biologia do indivíduo. Assim, ele ficou a meio caminho entre a medicina e a sociologia.

Segundo esse ponto de vista, a Medicina Legal não foi capaz de criar uma teoria sociológica do crime, apesar de ter sido um instrumento útil à justiça. Assim, Reneville é o primeiro autor a questionar não só o caráter epistemológico da criminologia, mas também o seu caráter de escola, com base nas particularidades historiográficas da França da Terceira República. Trata-se de uma perspectiva interessante, mas pouco ou nada explorada no contexto brasileiro. Faltou, todavia, ao trabalho de Reneville, problematizar o próprio Direito Penal, que está vendo nascer seu primeiro surto expansionista, que doravante se repetirá em vários outros momentos históricos, como o atual.

Em geral, a bibliografia brasileira não problematiza o objeto e nem a cronologia, buscando pensar as ideias da criminologia a partir de uma passagem do bacharelismo liberal ao positivismo, bem como os embates entre "escolas".²³ A exceção aqui é o trabalho de Ricardo Sontag, que, em vez de focar nos embates, busca entender o processo de formação da “escola positiva” no Brasil, a partir da trajetória de João Vieira de Araújo²⁴. No que se refere ao positivismo, tende-se, em geral, a dar pouca importância às diferenças entre autores e, sobretudo, a desconsiderar os deslocamentos efetuados pelos autores brasileiros em relação à criminologia de origem europeia, em função das diferenças de contexto. No caso de Sontag, ele chega a se referir à “escola positiva” como “identidade científica”. Em nenhum lugar do mundo, menos ainda no Brasil, o positivismo cultivou de fato o espírito científico. Em muitos casos, fez o contrário disso, ao cultivar o espírito de sistemas e se opor à especialização crescente da ciência²⁵.

Por essas razões, ficam algumas questões por responder. Existe de fato uma criminologia brasileira? A década de 1870, marcada pela difusão das diferentes formas de "positivismo"²⁶, pode ser considerada seu marco de nascimento? Ou deveríamos remetê-lo ao ano de 1922, quando surge a primeira revista especializada, os *Archivos da Sociedade de Medicina Legal e Criminologia*? O seu título já indica uma questão importante: a assimilação da criminologia à Medicina Legal. E qual seria, afinal, a posição do tradicional Direito? Como podemos distinguir, nesse caso, as questões da criminologia das suas instituições de suporte, isto é, da política criminal? Essas questões não poderão ser respondidas no espaço deste artigo, mas elas servem de referência para entender o debate do Direito com a Medicina e as outras disciplinas a respeito da responsabilidade penal, uma noção imprescindível para o Direito.

²³ ALVAREZ, 2014; FERLA, 2005. Há trabalhos, no entanto, que buscaram relativizar tanto essa “passagem” quanto o caráter de “escola”, como os trabalhos de Ricardo Sontag. Destaco aqui, particularmente, o livro de 2014, citado anteriormente.

²⁴ SONTAG, Ricardo, “Escola positiva” e a construção da identidade científica de João Vieira de Araújo (1884-1889), *Revista de Estudos Criminais*, n. 52, jan./mar 2014, p. 115-144.

²⁵ LEONIDIO, 2024.

²⁶ LEONIDIO, 2024b.

MEDICINA. DIREITO E A QUESTÃO DA RESPONSABILIDADE PENAL: UM LIMITE TENSO

Desde ao menos o século XVII, a ideia de responsabilidade, tão importante para o Direito Penal, tem seu fundamento na ideia de livre arbítrio, uma qualidade distintiva do homem ao nascer, atribuído por Deus ou pela natureza, conforme aquilo em que se acredita. O chamado liberalismo brasileiro, pela existência concreta da escravidão e as práticas generalizadas do favor, tendeu a efetuar um importante deslocamento de seu sentido original, ligado ao princípio de que todos os homens nascem livres e iguais²⁷. E esse foi sempre um problema não apenas para os juristas, como também para os políticos e toda a sociedade da época. Veja-se o exemplo das dificuldades para a criação do Código Civil, que só saiu do papel muito tempo depois de abolida a escravidão. Nossos juristas e nossos políticos não viram, no entanto, nenhum problema em afirmar que o escravo era pessoa e não coisa perante os tribunais penais²⁸.

Os adeptos da chamada “Escola Histórica” no Brasil usaram a ideia de “peculiaridades nacionais” do direito para expurgarem o princípio liberal incômodo de que todos os homens nascem livres e iguais.²⁹ Com o positivismo histórico de Auguste Comte, que entrou no Brasil ainda em meados do século XIX, muitos autores brasileiros já haviam aceitado com muito boa vontade a ideia das desigualdades de nascimento, na medida em que assim cada um cumpria melhor sua função dentro da sociedade, tal como os órgãos dentro de um corpo. Note-se que essa doutrina não era em nada antagônica à doutrina dominante da Igreja de que Deus criou para cada coisa um lugar no mundo³⁰.

A Antropologia e a Sociologia criminal, que nasceram no fim deste século XIX, apenas reforçaram aquela perspectiva ou tendência de expurgo do direito natural que já vinha ocorrendo no Brasil, entre juristas, desde o início do século. Por razões quase óbvias, a nova

²⁷ SCHWARZ, R. *Ao vencedor as batatas*. São Paulo: Busca Vida, 1987.

²⁸ GRINBERG, K. *Código Civil e cidadania*. Rio de Janeiro: Zahar, 2002. Alguns autores têm questionado, no entanto, esse ponto de vista: ONOFRI, R. S. Ideário de unificação e o atraso na codificação civil brasileira: articulação de uma hipótese para a ausência do código civil no Império do Brasil, *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, v. 6, 2020, p. 2453-2491; PAES, M. A. D. *Escravidão e direito: o estatuto jurídico dos escravos no Brasil oitocentista (1860-1888)*. São Paulo: Alameda, 2021.

²⁹ HESPANHA, 2003; ALMEIDA, A. M. *Família e modernidade: o pensamento jurídico brasileiro no século XIX*. São Paulo: Porto Calendário, 1999. Apesar de baseada nas pesquisas de Angela Almeida, a afirmação tem o caráter de um raciocínio. O quanto esse raciocínio tem amparo nos fatos históricos é tema para uma outra pesquisa.

³⁰ LEONIDIO, 2024b.

perspectiva foi muito bem acolhida entre médicos brasileiros. Desde ao menos meados do século XIX, os formandos em medicina demonstraram, através de suas "teses de doutoramento", certa predileção pelo tema do Direito Natural Cristão³¹. Não vale a pena aqui fazer uma análise pormenorizada da posição dos médicos em relação à questão, já que ela é praticamente unânime. Mas vale mencionar as divergências em relação à sua importância ou centralidade. A própria posição da cadeira de Medicina Legal dentro da hierarquia disciplinar das faculdades de Medicina como uma "Ciência Acessória" é um bom indício da situação. Mas, apesar disso, a posição de grande parte dos médicos é de que ela era, de fato, decisiva para a definição de crime e de criminoso e, portanto, decisiva para a criminologia.

Entre médicos, a Medicina Legal já era ensinada desde a primeira metade do século XIX. Mas, entre juristas, seu ensino é tardio, tendo sido a primeira cadeira criada pela reforma Benjamin Constant, em 1890. Antes de 1830, não havia uma legislação que regulamentasse a realização de perícias. Na verdade, ela nem mesmo era considerada um elemento da investigação e julgamento de crimes. A ênfase estava posta, sobretudo, na prova testemunhal e na confissão do acusado. Comentando a novidade, em um artigo publicado na *Revista da Faculdade de Direito do Recife*, em 1892, o professor Adelino Freire Filho chama a atenção justamente para este aspecto, isto é, a "ridícula pretensão" do "jurista brasileiro todas as vezes que por força de sua nobre missão tinha de se ocupar de questões médico-legais, julgadas privilégios de uma ou outra classe de profissionais". De quebra, a nova cadeira trazia para dentro da Faculdade "uma atmosfera mais experimental e analítica".³²

Mas Adelino Filho é cauteloso: "Não se pode taxar de pouco proveitoso este estudo limitado da medicina pelo jurista", com as óbvias ênfases na palavra "limitado". Era preciso compreender as questões médico-legais da mesma forma que aceitar a "força probante das conclusões a que chega o prático que é médico (perito)". Uma vez que o perito nunca seria substituído pelo legista, a este bastavam apenas algumas noções gerais da "arte". Demonstra igual cautela em relação ao fato de o professor nomeado ser um médico e não um jurista, por receio de que "o acúmulo de preceitos médicos sufocasse a parte legal".³³ E a conclusão é pra

³¹ LEONIDIO, 2024.

³² FREIRE FILHO, A. "A medicina legal na Faculdade de Direito do Recife", *Revista da Faculdade de Direito do Recife*, ano 2, Recife, Typ. de Boulitreau, 1892, p. 83.

³³ FREIRE FILHO, 1892, p. 84-85.

lá de pessimista: "Insistimos no conceito da medicina legal nas Faculdades de Direito, porque, nos parece, até agora em geral o lado médico é o que tem se salientado (...) Fazemos votos para que de todo desapareça esta falha do estudo da Medicina Legal".³⁴

Os primeiros livros de Medicina Legal no Brasil não pareciam atender as cautelas exigidas por Adelino Filho em relação à cadeira. As intromissões no campo da ciência jurídica apareciam em toda parte. É bastante ilustrativa nesse sentido a resenha feita pelo médico e professor de Medicina Legal da Faculdade de São Paulo, Amâncio de Carvalho, do primeiro *Tratado de Medicina Legal*, do também médico Agostinho de Souza Lima, publicado em 1895. Para Amâncio de Carvalho, apesar da enorme importância da Medicina Legal, "aos juristas é que compete" dizer quando um crime foi praticado e que pena lhe deve caber. Por exemplo, no caso de "defloração", ao médico competiria apenas descrever o estado em que se encontrava o hímen, não o de definir o crime, como teria feito o colega em seu livro.³⁵

O livro do também médico Afrânio Peixoto, simplesmente intitulado *Elementos de Medicina Legal*, publicado alguns anos depois, é ainda mais insidioso na questão. As cinquenta primeiras páginas estão dedicadas exclusivamente à discussão das noções de "capacidade", "responsabilidade" e "imputabilidade" em Direito. Depois disso, os conceitos são frequentemente mobilizados ao longo de suas quase seiscentas páginas.³⁶ Não vou insistir mais na questão, mas dá para ver que havia um problema epistemológico muito sério em questão: quais seriam os limites da Medicina Legal? Qual a diferença entre "médico-legista" e "legista-médico"? Quais as implicações para o campo do Direito? Até onde era possível o diálogo com a Medicina? Não se trata aqui de questões a *posteriori*. Ao ler nossos autores, percebemos com bastante clareza que estas eram questões não só decisivas para eles, mas que também estabeleciam entre eles uma grave celeuma.

Não vou insistir aqui no fato óbvio da aceitação de muitas dessas posições médicas e antropológicas em relação à criminologia por boa parte dos juristas. Minha preocupação é mostrar como ela se configurava em um problema epistemológico para a pretendida "ciência

³⁴ FREIRE FILHO, 1892, p. 86-87.

³⁵ CARVALHO, A. "A propósito do Tratado de Medicina Legal do Dr. Sousa Lima", *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. 13, São Paulo, Typ. Espínola & Comp., 1905, p. 33-36.

³⁶ PEIXOTO, A. *Elementos de Medicina Legal*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1910.

do direito", levando, por isso, a diferentes tipos de reações. Vou começar pelo começo, isto é, pelo jurista mais famoso dentre todos e que, a favor ou contra, ou até mesmo as duas coisas ao mesmo tempo, todos citavam. Isto é, o icônico Tobias Barreto, formado pela Faculdade do Recife e mestre na mesma escola, tendo "formado" vários daqueles que depois se debruçaram sobre a questão. Coloco entre aspas o termo "formado", porque ele tem um sentido muito restrito, que cabe uma análise mais aprofundada, mas que infelizmente não poderemos fazer aqui.

Também vou me eximir aqui de discutir o caráter eclético da formação de Tobias Barreto e sua contribuição importante para a difusão de diferentes correntes do que, um tanto vagamente, costuma-se designar "cientismo" no Brasil, a partir de 1870. Já fiz isso de forma relativamente satisfatória em outro lugar³⁷. Vou direto ao assunto e, para isso, escolhi a obra *Estudos de direito*, uma coleção de escritos que datam das décadas de 1870 e 1880 e que fora organizada e publicada postumamente pelo amigo Silvio Romero, em 1892.

Já no texto de abertura, intitulado *Introdução ao estudo do Direito*, Tobias Barreto faz questão de deixar clara sua posição: o Direito é uma ciência, que "ocupa um lugar próprio e tem sua função específica", dentro da "imensa cadeia de conhecimentos, logicamente organizados, que constituem as diversas ciências". E sejam quais forem os seus "limites" e a sua função, ela é uma "ciência do homem".³⁸

Inicialmente, seus domínios parecem confundirem-se com o de outras ciências que tratam do homem, como a Filosofia e a Antropologia, já que se torna primordial, numa perspectiva propedêutica, entender qual a posição desse homem dentro do "mundo natural", ao qual pertencem todas as demais criaturas. Seria o homem um ser privilegiado, "uma obra das mãos de Deus", dotado de características especiais, como a liberdade? Se não, qual sua posição exatamente?

O ponto de vista de Barreto, nesse aspecto, resulta de uma mistura eclética do monismo de Noiré com as filosofias de Schopenhauer, de Aristóteles e um certo animismo da filosofia antiga. Segundo ele, o homem não difere, essencialmente, do sistema do mundo, sendo

³⁷ LEONIDIO, 2024b.

³⁸ BARRETO, T. *Estudos de Direito*. Rio de Janeiro: Laemmert, 1892, p. 5.

composto de átomos e dotado de duas propriedades principais, que traduzem seu desenvolvimento: uma força interna chamada sentimento ou vontade, e outra externa chamada movimento. Quanto mais se sobe na escala do mundo orgânico, maior a primeira força, sendo o contrário também verdadeiro. Isto é, a única coisa que distingue o homem no mundo natural é sua maior "vontade" no simples ato de mover-se em direção a algo. Esse movimento, portanto, pressupõe sempre uma finalidade, uma teleologia. E o organismo, sobretudo o mais complicado dentre eles, isto é, o social, não pode ser pensado como um conjunto de coisas que se movem cegamente, mecanicamente.³⁹

Essa vontade, portanto, que move os homens em direção a uma finalidade, não é um atributo abstrato da sua "natureza própria", mas um resultado de sua "cultura", um atributo exclusivo das sociedades humanas. Em suma, tudo o que constitui o homem, "o homem do direito, da moral, da religião... é um produto social"⁴⁰. Portanto, a ciência do Direito é, por excelência, uma ciência social, mais especificamente, uma ciência da cultura. E isso quer dizer muito em um contexto em que o Direito se esforçava para distinguir-se tanto da metafísica tradicional quanto da Antropologia física.

Sendo o Direito uma ciência social, restava, todavia, definir a sua posição em relação à nascente Sociologia: esta, para Barreto, não parecia ter um objeto próprio. Sua impossibilidade epistemológica residia justamente no fato de querer abranger "todos os fenômenos da ordem social", religiosos, morais, legais etc.⁴¹. A ciência jurídica, ao contrário, tem um domínio bastante circunscrito: a forma como o Direito molda o homem natural em proveito da sociedade. O fim ou alvo, portanto, é o homem, o criador de todo direito em sociedade, de toda utilidade e bem comum. Em suma, como dito anteriormente, o Direito é um produto da cultura humana para dirigir o próprio homem.

A referência de Barreto aqui é a Escola Histórica alemã, sobretudo Rudolf Von Jhering, que desenvolveu a ideia de que a sistematicidade do direito e suas instituições decorrem do fato de ele ser a emanção de um todo orgânico, da alma ou espírito do povo. Os princípios do Direito deveriam ser extraídos, portanto, de uma criteriosa "observação" das normas jurídicas

³⁹ BARRETO, 1892, p. 10-14.

⁴⁰ BARRETO, 1892, p. 18.

⁴¹ BARRETO, 1892, p. 18.

concretas, aquelas realmente existentes no seio desse povo. Mas não se trata do formalismo da primeira fase do pensamento de Jhering, e sim de sua fase teleológica, segundo a qual a finalidade e os interesses são as entidades geradoras do direito⁴². Como dito anteriormente, para Barreto, a vontade é a causa principal dos atos humanos de que se ocupa o Direito.

Mas se, na opinião de Tobias Barreto, o Direito Civil já havia resolvido seu problema epistemológico com a doutrina da Escola Histórica, remodelada como jurisprudência teleológica, o Direito Criminal ainda não teria sido capaz de traçar “o mapa dos seus domínios”⁴³. Isso porque apenas trocou a influência filosófica do jusnaturalismo pelo determinismo médico-antropológico, mas sem criar uma doutrina própria em seu domínio disciplinar. Com isso, as questões do Direito teriam sido reduzidas a questões meramente médicas: "Dá-se muitas vezes com as ciências o que se dá com os Estados vizinhos: a questão de limites não lhes permite viver em paz; as invasões recíprocas, os recíprocos desrespeitos demandam longos tempos, antes de chegarem a estacar diante da linha ideal do direito de cada um"⁴⁴.

Barreto, assim, não parte do crime, mas da pena e de sua legitimidade como meio de "defesa social"⁴⁵. "O centro de gravidade do direito criminal está na pena, como o do direito civil está na execução"⁴⁶. O Direito Penal nada mais é, assim, do que um "conjunto de normas pelas quais se determina a suprema função ou finalidade, que exerce o Estado, de punir os crimes". Tudo se resume, no entanto, em saber o que deve e o que não deve ser punido. Daí sua conclusão, já no fim do texto: "Perante a lei não há outra definição do crime, senão aquela que a mesma lei estabelece"⁴⁷. Questão de definição, questão de direito positivo. Não existe, portanto, uma linha clara e naturalmente estabelecida entre o punível e o não punível, senão aquela que a própria norma institui.

⁴² HESPANHA, 2003, p. 276-284.

⁴³ Tanto no âmbito do Direito Civil quanto do Penal, a questão das fronteiras disciplinares se apresentava como campos em disputa por diferentes disciplinas.

⁴⁴ BARRETO, 1892, p. 57.

⁴⁵ Note-se aqui que Barreto, apesar de apoiar seu ponto de vista sobre a Escola Histórica, está também mobilizando um conceito importante da chamada Terceira Escola, que buscou criar um meio termo entre a Escola Clássica e a Positivista.

⁴⁶ BARRETO, 1892, p. 62.

⁴⁷ BARRETO, 1892, p. 70.

É nesse sentido que, para ele, a legislação penal estaria à frente da doutrina em vários países, inclusive no Brasil: "Os códigos penais em geral têm mais caráter científico do que a maioria dos tratados". Isso não só atestaria o estado deplorável da "ciência penal" de sua época, como também o fato de que o direito de punir deve "beber na experiência o fundamento da penalidade", deixando de lado as "teorizações abstratas"⁴⁸. Vimos anteriormente que, para Barreto, eram ociosas as tentativas de definir o crime, em sua essência, sobretudo por recusar a ideia de que, por suas qualidades de nascimento, um homem não pudesse ser mudado, tal como o homem criminoso de Lombroso. Adotou, por isso, a doutrina já consagrada nos dois códigos penais brasileiros (1830 e 1890): crime é o que está definido em lei como tal, dando à questão formal aspecto decisivo no debate.

É nesse contexto que o autor chega ao ponto alto da questão, a da responsabilidade penal. Rejeitando todos os pontos de vista existentes em sua época sobre a questão – "indeterministas", "naturalistas" e "socialistas" – Barreto assevera que da sua solução "depende a própria existência do Direito Penal, como instituto autônomo". Aqui, Haeckel parece-lhe mais adequado que Noiré: a individualidade, expressa no caráter, "não desaparece com a herança de vícios e virtudes", uma vez que ela pode ser modificada pelo processo adaptativo. Em outras palavras, ninguém está predestinado ao crime por suas heranças e, por isso, deve sempre responder judicialmente por eles. Esse raciocínio o leva, no entanto, a uma conclusão para lá de contraditória, uma vez que volta aos clássicos, que viam a pena como uma forma de correção dos indivíduos transgressores da norma: "Se é certo que o delito como fato natural está sujeito a outras leis que não às leis da liberdade, isto não quer dizer que o direito deve deixar de interpor-se como meio de corrigir a natureza"⁴⁹.

Apesar da influência, nenhum dos alunos e colegas de geração de Tobias Barreto lhe seguiu os passos nessa questão, nem mesmo o mais próximo deles, o cearense Clóvis Beviláqua, autor de nosso primeiro Código Civil. Em um artigo de 1892, intitulado "Sobre uma nova teoria da responsabilidade", todavia, nosso autor parte de um ponto de vista bastante canônico: o Direito Penal não pode fugir à "ideia de responsabilidade". Mas, em seguida, incursiona por

⁴⁸ BARRETO, 1892, p. 62.

⁴⁹ BARRETO, 1892, p. 70.

várias correntes críticas do conceito, do italiano Garofalo ao brasileiro João Vieira de Araújo⁵⁰, um dos pioneiros no país, até concluir que o conceito de "responsabilidade" não pode estar mais atrelado ao de "livre arbítrio", dado o "espírito dominante na ciência moderna"⁵¹.

A fim de achar uma solução para o espinhoso problema, segue canônico. Recorre inicialmente aos argumentos da "temibilidade" e da "defesa social" da emergente "Terceira Escola", uma espécie de síntese eclética entre determinismo e livre arbítrio: "pouco importa que a ofensa parta de um responsável ou de um irresponsável", o que importa é proteger a sociedade da ameaça⁵². Mas logo retorna ao incômodo problema e vê em Gabriel Tarde um caminho possível para a renovação do conceito. Expõe em detalhes os principais aspectos do debate para o autor, mas também conclui ser este trabalho insuficiente para "esgotar a série de condições que determinam" a questão. Para determinar a "circunstância indispensável" da responsabilidade, "é mister simplesmente indagar se há coordenação entre as consequências do ato e o conjunto de ideias, sentimentos e tendências do indivíduo que o produziu". Quanto mais ajustada essa "coordenação", maior é a responsabilidade. Isto é, volta aos conceitos de vontade e intenção, dolo e culpa, medidos agora pelo "grau de coerência" entre os atos e as tendências observadas: "Firmado este princípio, as teorias do dolo e da culpa, e as dos crimes intencionais e involuntários que tanto preocupavam a escola clássica, recebem, em suas linhas gerais, uma explicação racional e lógica"⁵³.

Se não é indubitável o tal acréscimo "lógico e racional" à velha escola, fica claro que, para nosso jurista, a nova, ao simplesmente negar a responsabilidade, depara-se com problemas insolúveis no campo jurídico, como o da "tentativa". Se esta, "revelando uma tendência criminosa, assinala um perigo social, é certo que, havendo execução, este perigo é duplo". Subtraindo a noção de responsabilidade, ficaria sem fundamento também a própria ideia do Direito como uma sanção moral, que, mais do que punir ou anular o criminoso, tem por finalidade corrigir, orientar, aperfeiçoar o homem em sociedade. Em suma, apesar das

⁵⁰ Segundo Sontag, João Vieira não era um positivista penal no mesmo sentido de Garofalo (SONTAG, 2014).

⁵¹ BEVILÁQUA, C. "Sobre uma nova teoria da responsabilidade", *Revista da Faculdade de Direito do Recife*, ano 2, Recife, Typ. de Boulitreau, 1892, p. 66-69.

⁵² BEVILÁQUA, 1892, p. 71.

⁵³ BEVILÁQUA, 1892, p. 78.

concessões feitas à "nova criminologia", diferentemente de Tobias Barreto, não renuncia à doutrina jurídica em relação à responsabilidade penal.

Clóvis Beviláqua ainda voltaria ao tema em outras ocasiões, como em seu livro *Criminologia e direito*, de 1896. Mas penso que o essencial de seu pensamento sobre a questão já está aí colocado. Passemos agora a um insigne contemporâneo de Tobias Barreto, também colega da Faculdade de Recife, Arthur Orlando. Em um ensaio sobre o crime, de 1896, começa por estabelecer a diferença epistêmica entre Direito, "arte social" ou "antropotécnica", e Antropologia, "ciência do homem". A Medicina ocuparia uma posição similar, todavia seu objeto estaria circunscrito à Antropologia física, e sua finalidade seria a cura, enquanto o Direito se basearia nos conhecimentos etnológicos e demográficos da mesma ciência, e sua finalidade seria "regular as relações sociais, a bem dos interesses da comunhão". São técnicas diferentes e objetivos diferentes: "Quando o médico comparecia perante os tribunais para ocupar-se de certas questões (...) o consultado não era o médico, pois não se tratava de socorrer algum doente, o sim o antropólogo"⁵⁴. Em suma, admite a importância das outras ciências e profissões, como auxiliares à "arte jurídica", mas, também, como Barreto, busca estabelecer-lhe os domínios próprios.

Feitas as devidas distinções, passa à discussão central de seu ensaio, começando por criticar todas as tentativas, tomadas como "inúteis", de definir o crime e o criminoso, de Lombroso a Lacassagne: "A verdade é que, apesar de todos os esforços dos antropólogos e dos criminalistas, ainda não foi possível determinar o que seja o delito". Para Orlando, o Direito Penal não precisava definir o crime, como a estética não precisa definir o belo. Basta saber que ele é uma "irregularidade social", "produzida por uma causa normal ou anormal, interna ou externa, pouco importa". Isso porque, segundo o autor, muitas pessoas consideradas normais também praticavam crimes, eventualmente.⁵⁵

"Mas, não sendo possível definir o crime, nem caracterizar o tipo de delinquente, de que modo determinar a responsabilidade do criminoso?"⁵⁶ Eis a questão fundamental para nosso autor. Dadas as dificuldades para achar um caminho para solucionar a portentosa questão,

⁵⁴ ORLANDO, A. *Ensaio de crítica*. São Paulo: Grijalbo, 1975, p. 156.

⁵⁵ ORLANDO, 1975, p. 197 e 201.

⁵⁶ ORLANDO, 1975, p. 208.

Orlando mantivera-se preso aos fundamentos da Escola Clássica: “A liberdade, portanto, não é, como geralmente se pensa, arbitrária; pelo contrário, ela é determinada, porquanto a autonomia não exclui a influência dos motivos” (dolo). Por isso, os motivos são sempre considerados um agravante das penas. Em outras palavras, tão importante quanto considerar se o réu praticou ou não o crime, é considerar “todas as circunstâncias internas e externas, em que o crime foi cometido”. E em outra passagem afirma: “O crime como simples ofensa à comunhão, e a pena como meio de defesa social, não são critérios suficientes para a organização da justiça criminal”. Para ele, portanto, os conceitos de justiça e responsabilidade continuavam fundamentais para o Direito Penal: “A responsabilidade é produto da desarmonia entre a ação e a ideia do eu sobre a justiça”⁵⁷.

Outro nome importante do Recife que entrou na briga foi José Hygino, que ficou conhecido por traduzir para o português o famoso *Tratado de Direito Penal Alemão*, de Franz Von Liszt, em 1899. Para Hygino, a tarefa no Brasil era muito similar àquela à qual incumbiu-se o jurista alemão: “construir o direito penal”, lá, entregue aos práticos, aqui, invadido por diferentes “teorias”⁵⁸. O mérito do autor alemão estaria precisamente em sua capacidade de fazer uso da sociologia criminal, sobretudo aquela de Lacassagne, sem desconsiderar a “ciência dogmática do direito penal”, isto é, o “método técnico-jurídico”, que na Alemanha teria seu ilustre representante no clássico dos clássicos, Feuerbach. Isto é, sem renunciar ao conceito de liberdade e responsabilidade, porque, no fim das contas, para um jurista, a sociedade “não pode punir senão o indivíduo que se fez culpado de um fato qualificado crime pela lei penal”⁵⁹.

Assim, Hygino, baseado na classificação de Liszt, distingue o Direito Penal tanto da criminologia, quanto da política criminal. Enquanto o Direito Penal é uma “ciência essencialmente jurídica”, tendo por objeto “a responsabilidade dos que violam as normas sancionadas pela penal”, a política criminal estuda os meios adequados a esta finalidade. É ela, portanto, que dá o critério necessário à apreciação do correto valor do direito que deve vigorar. Mas não seria possível uma “política criminal” sem uma ciência que investiga os “fatores do

⁵⁷ ORLANDO, 1975, p. 210-218.

⁵⁸ HYGINO, J. “Prefácio”, in: LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1899, p. XXXI.

⁵⁹ HYGINO, 1899, p. XXXIII.

crime", isto é, a criminologia.⁶⁰ Enquanto as duas primeiras são "ciências práticas" e "teleológicas", ocupando-se das regras e do que deve ser, a terceira é uma "ciência especulativa", preocupada exclusivamente com a causa dos fenômenos. Fica, assim, resguardada a competência e a dignidade de cada uma das ciências, que podem e devem se auxiliar, mas nunca se misturar.

Vê-se, portanto, que aquela tradicional divisão entre "escola recifense", mais positivista, e "escola paulista", mais liberal, é no mínimo bastante problemática.⁶¹ Mas, para termos uma visão um pouco mais qualificada do problema, precisamos analisar também a posição dos juristas ligados à Faculdade de São Paulo. Vamos aqui rapidamente analisar criticamente alguns artigos da *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, nos quais o tema aparece com alguma frequência, embora bem menor do que se supõe à primeira vista. Uma análise mais extensa e detalhada deveria levar em conta não só a frequência desses temas, mas também a frequência dos autores, bem como suas filiações institucionais. Afinal, tratava-se de circulação endógena de uma teoria, ou ela estava de fato a fazer escola, indo além de seu círculo de nascimento? Mas aqui apenas buscaremos dar uma visão geral da questão em debate e, por isso, escolhemos alguns artigos, mais ou menos aleatoriamente.

Começamos pelo parecer do projeto de novo Código Penal, de autoria de João Vieira de Araújo, ligado à escola de Recife, e que visava substituir o de 1890, enviado à Câmara dos Deputados, em 1893. A revisão do projeto, que havia sido enviado à Faculdade de Direito de São Paulo, ficou a cargo de uma comissão composta pelos professores Leite Moraes, Brasília dos Santos e João Monteiro (relator). O parecer, que vem logo no início e se refere ao artigo 13 do projeto, é de rejeição, por "vícios" de diferentes ordens: "forma", "classificação", "doutrina", "penalidade" e "inconstitucionalidade". Nele, ficam claras as influências doutrinárias, tanto quanto a busca por estabelecer os domínios epistemológicos do Direito Penal.⁶²

Por uma questão de espaço, atenhamo-nos ao essencial, isto é, aos "vícios de doutrina". E o ponto de partida não poderia ser mais emblemático: a tentativa do artigo 13 do projeto de

⁶⁰ HYGINO, 1899, p. XXXV-XXXVI.

⁶¹ SCHWARCZ, 1993.

⁶² MONTEIRO, J. "Parecer da Congregação da Faculdade de Direito de São Paulo ao projeto n. 250 - 1893", *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. 2, São Paulo, Typ. da Companhia Industrial de São Paulo, 1894, p. 9-11.

definir a "psicologia dos fatos puníveis". Não caberia a um código, segundo o parecer, a definição de generalidades. Além disso, aparece logo a seguir a referência a "delitos involuntários", o que seria uma contradição em termos, já que todo delito é, por definição, voluntário. Por fim, critica a definição de ato "voluntário e intencional" na prática criminosa, já que desconsidera o fato de poder haver crimes nos quais, apesar da vontade, não há a intenção. Daí a diferença fundamental entre dolo e culpa, tão salientado pelos autores recifenses. Os autores aqui mobilizados são tanto os da Escola Clássica italiana, como Beccaria e Carrara, como os da Escola Histórica, mormente Savigny e Jhering. E as críticas dirigem-se preferencialmente à chamada "Nova Escola Penal", mas não se encontra aí um esforço sistemático de delimitar o campo do Direito, nem os seus limites epistemológicos.

Diferente é o artigo de Pedro Lessa sobre filosofia do Direito, publicado em um número de 1899, no qual ele já parte da definição de Direito como uma parte da moral, isto é, conjunto de "preceitos éticos defendidos pela sanção material do Estado". Sendo assim, qual seria sua relação com as outras "ciências morais"? Apesar das críticas às posições "antissociológicas" de Barreto, concorda com ele a respeito da impostura dominante de reduzir o Direito à Sociologia: "Cada uma das ciências sociais tem um domínio seu, consagra-se ao estudo das leis que regem uma determinada classe de fenômenos, está encerrada em uma esfera limitada, particular"⁶³. O mesmo raciocínio, ele aplica às relações do Direito com a Antropologia e a Medicina. Todas seriam, para ele, disciplinares auxiliares fundamentais, mas não se pode confundir seus objetos com os do Direito.

Em outro artigo, sobre filosofia do Direito, Pedro Lessa critica a teoria de Jhering, sobretudo sua noção "pouco científica" de finalidade, tão importante para Liszt e Barreto, mas deplora igualmente a falta de estudos científicos sobre o que é o Direito: "a obra de Spencer, *A Justiça*, por exemplo, admirável nos primeiros capítulos, descamba em noções vulgares, quando começa a aplicar os princípios, soberbamente lançados, como alicerces inabaláveis, à constituição da ciência jurídica".⁶⁴ Isto é, se os "grandes jurisconsultos", que conhecem a dogmática jurídica, desconhecem a "ciência em geral", os cientistas nada parecem compreender

⁶³ LESSA, P. "Filosofia do Direito", *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. 7, São Paulo, Typ. Espindola, Siqueira & Comp., 1899, p. 317.

⁶⁴ LESSA, P. "Filosofia do Direito", *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. 9, São Paulo, Typ. de Duprat & Comp., 1901, p. 125-126.

do campo do Direito e de seus problemas específicos. Mas, estranhamente, conclui com o próprio Jhering: a "lei da causalidade" no "mundo da vontade" é a "motivação", o que torna os conceitos de dolo e culpa fundamentais no âmbito do Direito Penal.

Paulo Egydio, em seu livro *Do conceito geral do crime* (1900), também adota perspectiva similar à de Barreto e dos demais autores anteriores: a sociologia e a antropologia criminal não absorvem o Direito Penal, porque apenas resolvem os problemas do crime e da pena, sem imprimir-lhes a forma, que só o Direito pode dar. Por isso é que a chamada Terceira Escola havia aceitado da Escola Clássica os conceitos de responsabilidade, dolo, culpa e outros, que seriam fundamentais ao Direito Penal. Em sua recensão crítica do livro, João Mendes Junior vai mais longe, defendendo o velho Direito Natural: "Se o livre arbítrio pode ser negado, não há paradoxo que não possa ser sustentado".⁶⁵

Mas gostaríamos de finalizar esta análise, referindo-se brevemente àqueles autores que menos fizeram caso da polêmica e que mais pacificamente aceitaram a intromissão indevida das outras ciências no Direito. Vemos, então, que, mesmo entre eles, a questão não era nada pacífica. Começamos pelo mais distante de todos, Viveiros de Castro, que não estava ligado nem aos meios paulistas nem aos recifenses. O ponto de partida é altamente significativo: a miséria de "nossa ciência". E, nesse sentido, já concluiu antes de começar: "Hoje, estudando o estado atual do Direito Penal entre nós, vendo a nossa literatura a este respeito, reconheço que Tobias Barreto tinha razão"⁶⁶.

É claro que a "ciência" que elogia é a de Lombroso e companhia, e o Direito que deplora é o de Ortolan e da "formalística ridícula" de seu tempo. Mas, se da "velha geração" nada se podia esperar, a nova também não parecia "ver com bons olhos o advento da nova escola"⁶⁷. A propósito, segundo o próprio autor, o seu livro seria o primeiro do gênero no Brasil, salvo os comentários ao Código Penal de João Vieira de Araújo, que é de 1889. Deve-se concluir daí que, em fins do século XIX, a chamada nova escola penal ainda era nada nos meios jurídicos brasileiros.

⁶⁵ MENDES JUNIOR, J. "Do conceito geral do crime", *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. 8, São Paulo, Espindola, Siqueira e Comp., 1900, p.36.

⁶⁶ CASTRO, V. *A nova escola penal*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1913, p. 7-8.

⁶⁷ CASTRO, 1913, p. 10.

O também ilustre membro da horda positivista, Aureliano Leal, conclama a um "combate" pela ciência, faz o elogio de Tobias Barreto e se mostra pessimista: "O que dizer hoje da escola positiva, que, ainda jovem, não resolveu precisamente todos os seus problemas?". Mas, dado que a ordem social não pode esperar, sejamos práticos e atentemos ao essencial, isto é, o "sistema das penalidades", o "direito positivo", como fez o próprio Barreto.⁶⁸ Para quem começou conclamando a guerra, esse parece um pedido de trégua, mas em nome de um outro combate, contra o crime e os criminosos, os verdadeiros inimigos da ordem.

Assim, a nova escola parece ter mais apelo para aquilo que Hygino chamou de "política criminal" do que propriamente para a "ciência jurídica". Isso é o que fica claro em um outro texto, do icônico Pontes de Miranda, ao concorrer a uma vaga para a cadeira de Direito Criminal, deixada vaga pelo citado João Vieira de Araújo. Com certa fúria retórica, Miranda esbraveja contra os defensores da tese do livre arbítrio, não por seu mérito ou demérito, mas por deixar muitas vezes livres "homens completamente destituídos de qualquer sentimento, pela sua insensibilidade animal". Em termos atuais, defende o endurecimento penal frente a pessoas que nem humanas são: "O sistema das tolerâncias, das penas suaves e breves tem sido de efeitos muito dolorosos"⁶⁹.

Parece haver nessa polêmica uma outra questão fundamental, que foge ao escopo desse artigo, mas que pode constituir-se em interessante hipótese investigativa. Em um texto de 1922, intitulado *Características do direito pátrio*, Silvio Romero havia dito que o Direito é a "nossa ciência". Ora, a Medicina, a Criminologia, a Antropologia eram o que eram, com seus "fenômenos" e suas "causas universais". Só o Direito reclamava esse estatuto nacional, daí a importância da Escola Histórica entre nós. É preciso investigar, portanto, o peso da questão nacional neste momento sobre as questões epistemológicas e políticas de fundo, na busca por entender o sentido, nacional, da expansão do Direito Penal entre nós, a partir da Primeira República.

⁶⁸ LEAL, A. *Germens do crime*. Salvador/BA: Livraria Magalhães, 1896, p. V.

⁶⁹ MIRANDA, R. P. *Tese para o concurso de lente substituto da terceira seção*. Recife: Faculdade de Direito de Recife, 1895, p. 34.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A proposta deste trabalho foi pensar as disputas epistemológicas do Direito Penal com outras disciplinas que falavam em nome da “questão criminal”, mormente a Medicina, entre fins do século XIX e inícios do XX. Dada a diversidade de problemas abordados nesse debate, escolhemos apenas um deles, o mais central e tenso, a responsabilidade penal do criminoso, para servir de eixo analítico.

Vimos inicialmente que as tensões com a Medicina eram muito claramente colocadas não apenas por juristas, mas até mesmo por médicos. O professor da Faculdade de Direito do Recife, Adelino Freire, não nega a importância da Medicina Legal, mas se posiciona contrariamente às intromissões indevidas de médicos em questões que são de domínio do Direito. A mesma posição em relação à importância da definição de competências profissionais observamos em médicos, professores de Medicina Legal, como Amâncio de Carvalho e Afrânio Coutinho. Ficou por analisar, no entanto, as posições desses médicos em relação a questões importantes do debate como capacidade, responsabilidade e imputabilidade. Questões como “quais seriam os limites da Medicina Legal?”, “qual a diferença entre médico-legista e legista-médico?”, “quais as implicações para o campo do Direito?”, “até onde era possível o diálogo com a Medicina?”, só poderão ser adequadamente tratadas ao analisarmos com mais detalhes as posições também dos médicos.

Depois, passamos à análise mais específica dos juristas em relação à responsabilidade penal, a fim de entender melhor a disputa epistemológica entre o Direito Penal e as demais disciplinas que abordaram o problema. Tobias Barreto parte de uma posição bem definida: o Direito é uma ciência distinta da Filosofia, da Antropologia Física e da Sociologia, tendo seu próprio objeto e abordagem. O Direito Penal, no entanto, ainda se via invadido por diferentes áreas, sobretudo a Medicina. Apesar de rejeitar as várias posições existentes a respeito da ideia de responsabilidade, não chega uma solução concreta do problema.

De maneira muito parecida, o colega Clóvis Bevilacqua desassocia responsabilidade de livre arbítrio, mas nem por isso adere às posições da criminologia positivista que tende a negar a noção de responsabilidade. Em suma, não renuncia, como Barreto, à doutrina jurídica em relação à questão, mas também não chega a nenhuma solução do problema.

Outro nome ligado à Faculdade de Recife que entra no debate é Arthur Orlando, que admite a importância de outras ciências e profissões como auxiliares do Direito Penal, mas acha importante que se estabeleçam os domínios próprios a cada uma delas. Este, no entanto, diferentemente dos outros colegas, adere explicitamente aos fundamentos da dita Escola Clássica em relação à questão da responsabilidade, apesar de recusar sua definição de crime. Para ele, como para Barreto, crime é o que está definido em lei.

José Hygino também não desconsidera os conceitos de liberdade e responsabilidade, mas encontra dificuldades em se livrar da ideia de “causalidade criminal”. Por isso, adere à solução do eclético Liszt, que distingue ciência jurídica, política criminal e criminologia. Assim, segundo ele, ficariam resguardadas as competências e dignidades profissionais de cada uma delas, que jamais devem ser confundidas.

O professor Pedro Lessa, da Faculdade de São Paulo, parte de uma posição similar à de Barreto ao distinguir Direito, Sociologia, Antropologia e Medicina, estando o primeiro ligado às chamadas “ciências morais”. Mas critica a visão teleológica do colega sergipano. E, depois de várias voltas do parafuso, conclui com Jhering e Barreto em relação à importância das ideias de vontade e motivação (dolo e culpa) no âmbito do Direito Penal. Posição similar também observamos em Paulo Egydio.

Viveiros de Castro, por seu lado, um adepto aberto da chamada “Nova Escola”, tinha severas dúvidas a respeito da “ciência” do Direito Penal, dando razão a Tobias Barreto. Mas, no seu caso, a crítica refere-se à pouca influência do positivismo no âmbito do Direito. Um pouco mais longe vai, neste sentido, o também positivista confesso Aureliano Leal, ao afirmar que a “escola positiva” ainda não havia resolvido seus próprios problemas.

Assim, percebemos que a maioria dos autores fala em intromissão indevida de outras disciplinas, embora nenhum deles tenha definido exatamente quais eram essas fronteiras, salvo em relação à Medicina Legal que deveria figurar como ciência auxiliar, com competências e atuações bem definidas. Em relação às ideias de livre arbítrio e responsabilidade, apesar do número pequeno de fontes analisadas não permitir ainda uma conclusão bem definida, não parece haver nenhum consenso entre os autores. De modo que não se pode dizer haver, a este respeito, que há uma adesão explícita a esta ou àquela “escola”. Em suma, as tensões do Direito

Penal nesse momento não se definem apenas em relação a outras disciplinas, mas dentro da própria disciplina.

Uma hipótese sugerida, mas não analisada no âmbito deste artigo, é que essas tensões tinham a ver não apenas com a luta pela profissionalização da disciplina, mas também com a busca por distinção e prestígio em uma sociedade onde as oportunidades de ascensão social ainda eram bem pequenas. Por isso mesmo é que elas só começariam a arrefecer nos anos pós-30, graças ao avanço da ordem urbano-industrial e à profissionalização das respectivas áreas. Mas isso é matéria para um outro estudo já em andamento.

REFERÊNCIAS

FONTES

BARRETO, T. *Estudos de Direito*. Rio de Janeiro: Laemmert, 1892.

BEVILÁQUA, C. "Sobre uma nova teoria da responsabilidade". *Revista da Faculdade de Direito do Recife*, ano 2, Recife, Typ. de Boulitreau, 1892, p. 65-81.

CARVALHO, A. "A propósito do Tratado de Medicina Legal do Dr. Sousa Lima". *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. 13, São Paulo, Typ. Espínola & Comp., 1905, p. 33-36.

CASTRO, V. *A nova escola penal*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1913.

FREIRE FILHO, A. "A medicina legal na Faculdade de Direito do Recife", *Revista da Faculdade de Direito do Recife*, ano 2, Recife, Typ. de Boulitreau, 1892, p. 82-87.

HYGINO, J. "Prefácio", in: LISZT, Franz Von. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Rio de Janeiro: F. Briguiet, 1899.

LEAL, A. *Germens do crime*. Salvador/BA: Livraria Magalhães, 1896.

LESSA, P. "Filosofia do Direito". *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. 7, São Paulo, Typ. Espindola, Siqueira & Comp., 1899, p. 303-336.

LESSA, P. "Filosofia do Direito". *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. 9, São Paulo, Typ. de Duprat & Comp., 1901, p. 102-142

MENDES JUNIOR, J. "Do conceito geral do crime". *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. 8, São Paulo, Espindola, Siqueira e Comp., 1900.

MIRANDA, R. P. *Tese para o concurso de lente substituto da terceira seção*. Recife: Faculdade de Direito de Recife, 1895.

MONTEIRO, J. "Parecer da Congregação da Faculdade de Direito de São Paulo ao projeto n. 250 - 1893". *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, v. 2, São Paulo, Typ. da Companhia Industrial de São Paulo, 1894.

ORLANDO, A. *Ensaio de crítica*. São Paulo: Grijalbo, 1975.

PEIXOTO, A. *Elementos de Medicina Legal*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1910.

OBRAS GERAIS

ALVAREZ, M. C. "Do bacharelismo liberal à criminologia no Brasil". *Revista USP*, São Paulo, n. 101, p. 11-26, mar/abr 2014.

ANITUA, G. I. *História dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

ANTUNES, J. L. F. *Medicina, leis e moral*. Pensamento médico e comportamento no Brasil (1870-1930). São Paulo: Unesp, 1999.

ALMEIDA, A. M. de. *Família e modernidade: o pensamento jurídico brasileiro no século XIX*. São Paulo: Porto Calendário, 1999.

BACELLAR, C. Uso e mau uso dos arquivos. In: PINSKY, C. B. (org.). *Fontes históricas*. São Paulo: Contexto, 2005.

BARATTA, A. *Criminologia crítica e crítica do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2002.

BATISTA, V. M. *Difíceis ganhos fáceis*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BLOCH, M. *Introdução à história*. Lisboa: Europa-América, 1993.

CANCLINI, N. G. *Culturas híbridas: estratégias para entrar e sair da modernidade*. São Paulo: EDUSP, 2019 (1997).

- DIAS, R. F. *Pensamento criminológico na Primeira República: Brasil em defesa da sociedade*. Tese de Doutorado. Curitiba/PR: UFPR, 2015.
- FERLA, L. A. C. *Feios, sujos e malvados sob medida. Do crime ao trabalho, a utopia médica do biodeterminismo em São Paulo (1920-1945)*. Tese de Doutorado. São Paulo: FFLCH/USP, 2005.
- GIORGI, A. *A miséria governada através do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.
- GOLDMANN, L. *Dialética e cultura*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1967.
- GRINBERG, Keila. *Código Civil e cidadania*. Rio de Janeiro: Zahar, 2002.
- HESPANHA, A. M. *Cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Lisboa: Europa-América, 2003.
- KOYRÉ, A. *Estudos de história do pensamento científico*. Brasília: UnB, 1982.
- KUHN, T. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 2005.
- LEONIDIO, A. *A derrota do laicismo*. São Paulo: Hucitec, 2024.
- LEONIDIO, A. *Sentidos e significados da ortodoxia e da heterodoxia positivista entre portugueses e brasileiros (1870-1910)*. Relatório de Pesquisa FAPESP 2019/2022.
- LEONIDIO, A. *Pensamentos criminológicos no Brasil entre 1870 e 1930*. Pesquisa FAPESP 2025/2027.
- LEPENIES, W. *As três culturas*. São Paulo: Edusp, 1996.
- MELOSSI, D.; PAVARINI, M. *Cárcere e fábrica. As origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.
- ONOFRI, R. S. Ideário de unificação e o atraso na codificação civil brasileira: articulação de uma hipótese para a ausência do código civil no Império do Brasil, *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, v. 6, 2020, p. 2453-2491.
- PAES, M. A. D. *Escravidão e direito: o estatuto jurídico dos escravos no Brasil oitocentista (1860-1888)*. São Paulo: Alameda, 2021.

RENEVILLE, M. “Quelle histoire pour la criminology en France? (1885-1939)”, *Criminocorpus – Revue d’Histoire de la justice, des crimes et des peines*, jun. 2014, p. 1-18.

SCHWARCZ, L. M. *O espetáculo das raças*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

SCHWARZ, R. *Ao vencedor as batatas*. São Paulo: Busca Vida, 1987.

SONTAG, R. *Código criminológico? Ciência jurídica e codificação penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

SONTAG, R, “Escola positiva” e a construção da identidade científica de João Vieira de Araújo (1884-1889), *Revista de Estudos Criminais*, n. 52, jan./mar 2014, p. 115-144.

SOZZO, M. *Viagens culturais e a questão criminal*. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

WACQUANT, L. *Punir os pobres. A onda punitiva*. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

Recebido em: 19/10/2024 - Aprovado em: 06/06/2025