

## **HOMO HOMINI LUPUS: DA NECESSIDADE DE PROBLEMATIZAÇÃO DA ANTROPOLOGIA POLÍTICA NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO**

*Daniel Nunes Pereira*<sup>1</sup>

*Pedro Dalla Bernardina Brocco*<sup>2</sup>

### **Resumo**

Buscaremos problematizar o tratamento dado aos desviantes e criminalizados a partir de análises dos postulados da criminologia positivista e também da teoria jurídica para, ao final, fazermos uma breve análise de casos concretos no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. O intuito será o de questionar a quem o direito se dirige, e, em linhas gerais, como este busca relacionar-se com os cidadãos, súditos, ou sujeitos de direito (aqui também na seara da teoria constitucional). O trabalho será construído tendo por base a tensão entre os pensamentos de Kelsen e Schmitt, que remontam a outros que os antecederam, e também a problematização do pensamento criminológico da *Scuola Positiva* italiana (principalmente Lombroso, Ferri e Garófalo), numa tentativa de compreender o *modus operandi* da aplicação do direito penal nos tribunais brasileiros. A direção do trabalho se dará no questionamento de qual concepção antropológica é *hegemônica* para o direito penal brasileiro e, sendo assim, qual é e como se dá a construção política desta concepção antropológica.

**Palavras-chave:** Política; criminologia; criminalização

### **Abstract**

This article intends to problematize the treatment of deviant and criminalized from analyzes of the postulates of positivist criminology and also of the legal theory, in order to built, in the end, a brief analysis of concrete cases in the Court of Rio de Janeiro. The order will be the question of to whom the law is addressed, and, in general, how it seeks to relate to citizens, subjects, or subjects of law (also here on constitutional theory). The work will be built based on the tension between the thoughts of Kelsen and Schmitt, dating back to others who preceded them, and also the questioning of criminological thought of the italian *Scuola Positiva* (mainly Lombroso, Ferri and Garofalo), in an attempt to understand the *modus operandi* of criminal law in the Brazilian courts. The direction of the work will be in the questioning of anthropological concept which is hegemonic in the Brazilian criminal law and, if so, what is it and how is the political construction of this anthropological conception.

**Keywords:** Politics; criminology; criminalization

---

<sup>1</sup> Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito – UFF.

<sup>2</sup> Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito – UFF.

## Introdução

Quando se trata de questionar qual concepção antropológica é hegemônica para o direito penal brasileiro, estaremos nos perguntando qual *sujeito* está presente nas práticas cotidianas do direito. O trabalho se debruçará sobre a análise empírica dos discursos na seara criminal, de modo que encontra-se aí, também, um dos nervos expostos da problemática relacionada à antropologia política no direito brasileiro. Na tensão entre as subjetividades dos juízes e dos acusados se aloja a concepção antropológica que emerge da análise dos discursos, de maneira que se pretende analisar se, por exemplo, a ideia de criminoso nato presente na Criminologia Positivista ainda aparece nos discursos judiciais.

Todavia, faz-se necessário, além disso, o questionamento sobre “como” tal concepção hegemônica pode ser articulada de fato no discurso jurídico, vale dizer, *grosso modo*, que “envelope” teórico é capaz de transportar o conteúdo da “carta” que simboliza tal concepção hegemônica. Aí teremos uma importante discussão sobre dois grandes nomes da teoria jurídica, Kelsen e Schmitt. Sem embargo, os dois autores possuem em seu discurso uma antropologia política distinta, de modo que as linhas gerais da teoria de cada um deles denotará a ideologia embasadora de suas concepções antropológicas.

Carl Schmitt reflete acerca do sujeito a partir do Romantismo, entendido para ele como uma “realidade histórica concreta”. Schmitt retorna ao que, a seu ver, constituiria o começo da *Geistesgeschichte*<sup>3</sup> moderna. Ele se volta para Descartes e busca no seu pensamento a cisão que distinguiria a experiência moderna do mundo. Para Schmitt, duas grandes transformações estariam associadas ao início da história intelectual moderna: com Copérnico, a Terra teria deixado de ser o centro do Universo; com a filosofia de Descartes, se iniciaria o “abalo do antigo pensamento ontológico” (SCHMITT, 1989:62). O cogito cartesiano remeteu o homem para um processo subjetivo e interno, em lugar da *Realität*<sup>4</sup>. Comparando Copérnico a Descartes, Schmitt alega que ciência natural deixou de ser geocêntrica e buscou o seu centro fora da Terra, o pensamento filosófico tornou-se egocêntrico e buscou o seu centro em si mesmo

---

3 Termo sem tradução direta para o português, entretanto pode ser compreendido como “História do Pensamento” ou “História Intelectual”.

4 Schmitt estabelece uma distinção conceitual entre “realidade” entendida como “substância ontológica”, normalmente designada como *Realität*, “realidade” no sentido mais empírico, normalmente designada pela palavra de origem germânica *Wirklichkeit*

(SCHMITT, 1989:63). O impacto foi destrutivo, para Schmitt, do cogito cartesiano sobre a antiga ontologia. Isto pressupõe que, em tese, o homem é dissociado de uma ordem externa da qual ele anteriormente se concebera como parte integrante. Dessa forma, o cogito cartesiano resta preso de círculo vicioso, pois rompe com a unidade homem-mundo precedente, e, concomitantemente, procura superar a incerteza da experiência das coisas daí resultante, recompondo a realidade dessa experiência no próprio sujeito, no seu pensamento.

Do lado oposto, a antropologia política de Kelsen é reflexo de Freud, fundador da noção quase científica deste homem psicológico, em análise de seus sonhos, que contribuiu para a teoria política, por um espectro vienense – o entendimento da política por uma chave agônica, especificamente pelo paradigma das relações edipianas e parricídio.

A noção do homem psicológico e seu ímpeto parricida que contamina as instituições, e a desilusão com a moral burguesa que não passava de uma corruptela do ideal aristocrático, foram elementos precípuos a uma revolução e uma refundação também na área jurídica. A Teoria Pura do Direito de Kelsen, ao metodologicamente isolar a análise jurídica de interferências de saberes e considerações estranhas a esta, tenta em um só movimento escapar da moral aristocrático-burguesa, vencer as vicissitudes das emoções do homem psicológico e, fundamentalmente, resgatar o racionalismo liberal iluminista já desgastado e desacreditado. (JABLONER: 1998)

Antes de iniciar a abordagem dos postulados e da ideologia que perpassa o pensamento criminológico da Escola Positivista, faz-se necessário situar historicamente a gênese de tal movimento, bem como o que proporcionou o *deslocamento* da hegemonia do discurso criminológico da Escola Clássica liberal iluminista para a Escola Positivista, no decorrer do século XIX.

## **1. A Criminologia Positivista como técnica de neutralização política**

Se a criminologia moderna teve seu início, segundo Zaffaroni, com as práticas inquisitoriais (MALAGUTI BATISTA, 2011:32), sobretudo contra as mulheres, em que se buscava combater a bruxaria, tendo como primeira obra de cunho criminológico *O martelo das feiticeiras (Malleus Maleficarum)*, publicado em 1487, o direito penal enquanto discurso contra as arbitrariedades estatais remonta ao Iluminismo, no século

XVIII, na efervescência daquele período em que se buscou racionalizar os poderes estatais.

Cesare Beccaria, em 1764, publica anonimamente *Dos delitos e das penas*, obra que visa criticar a irracionalidade das punições estatais, que se constituíam num excesso simbolizado por castigos corporais, torturas públicas e outras práticas que operavam como símbolo da vindita do soberano (não só do rei, mas, também, da Igreja católica, nos casos de crimes contra a moral e heresia, por exemplo, principalmente na Península Ibérica [NOVINSKY, 2007]).

Está certo Gabriel Ignacio Anitua ao situar o pensamento de Beccaria no sentido de um garantismo humanizador do sistema penal. Beccaria compartilha a mesma base ideológica de Rousseau, Locke, Hobbes e outros, o contratualismo, para quem a origem das penas encontra-se no contrato social. A vingança passa a dar lugar para a utilidade, a racionalização da punição, a clareza, a certeza, que proporcionarão, para a sociedade civil enquanto contrato, dirigindo a legislação aos cidadãos esclarecidos, a prevenção de futuros delitos.

É esclarecedora, aliás, a imagem trazida por Anitua, da capa da edição alemã de *Dos delitos e das penas*, na qual aparece a deusa da Justiça evitando olhar para cabeças cortadas e olhando, ao revés, para instrumentos de trabalho (ANITUA, 2007: 163). É aí que se situa a análise de Foucault sobre o deslocamento do pensamento penalógico do excesso das penas corporais e dos suplícios para os postulados racionais dos “iluministas penais”: seguindo Rusche e Kirchheimer (2004), Foucault dirá que a análise dos sistemas punitivos deve ser feita de forma *concreta*: antes de explicá-los apenas à luz de sua armadura jurídica ou de opções éticas tomadas pela sociedade, deve-se antes buscar um campo de funcionamento onde a sanção do crime não é o único elemento (FOUCAULT, 1987: 25). A sanção ao crime não possui apenas uma função negativa de castigar, reprimir ou impedir, mas possui seu papel dentro do jogo das forças de produção que atuam na realidade social: numa economia servil, o poder punitivo teria como papel reforçar uma mão-de-obra suplementar escrava; numa economia feudal, o poder punitivo atuaria sob a forma de castigo corporal, sendo o corpo um dos poucos bens acessíveis dos súditos; numa economia mercantilista, surgem as casas de correção e os *rasphuis* holandeses, onde os detentos trabalhariam forçadamente (*rasphuis*, ou “casas de raspagem”, local em que era raspado o pau-brasil oriundo da então colônia portuguesa). Foucault observa que na economia industrial, como o sistema exigia um mercado de mão-de-obra livre, o trabalho obrigatório

diminuiria no século XIX no interior dos mecanismos de punição, havendo sua substituição pela punição com fins corretivos (FOUCAULT, 1987: 25).

É neste contexto que emerge a Criminologia Positivista enquanto discurso que visa tornar-se hegemônico dentro do direito penal. Tributário das ideias do discurso cientificista positivista e do evolucionismo, o discurso criminológico positivista passava ao largo da política. Anitua pontua que “esta talvez seja a principal recriminação a ser formulada para com o positivismo criminológico, a de ocultar os problemas políticos, econômicos e sociais que giram em torno da questão criminal” (ANITUA, 2007: 302).

Os criminólogos positivistas utilizam frequentemente metáforas da biologia e da fisiologia para explicar a criminalidade. Lombroso, o pioneiro da antropologia criminal, busca explicar a criminalidade a partir de traços físicos, psicológicos e funcionamento orgânico do corpo individual (LOMBROSO, 2007). Para a Escola Positiva, que opera a partir do paradigma etiológico, a criminalidade é explicada não a partir de uma causação espontânea do livre-arbítrio do sujeito, como o fazia a Escola Clássica, mas de uma rede de causas biológicas e psicológicas que envolvem os sujeitos, bem como do contexto social em que estão inseridos (BARATTA, 2002: 38).

Busca-se aproximar a organização social humana a fenômenos estudados pela biologia. No discurso de Ferri, é possível encontrar afirmações como: “na vida, com efeito, o subsolo da criminalidade é constituído pelo inumerável pulular daquilo que se poderia chamar os micróbios do mundo do crime” (FERRI, 2001: 23).

Assim, a sociedade é colocada em um paradigma em que passa a existir como um corpo no qual as ameaças devem ser rechaçadas e neutralizadas, em um funcionamento “natural” e acrítico deste corpo social.

A conclusão articulada por Ferri não se distancia da atuação do sistema punitivo contemporâneo:

Daqui resulta que a insuprimível exigência para a hodierna justiça penal é esta: assegurar uma defesa social mais eficaz contra os criminosos mais perigosos e uma defesa mais humana para os criminosos menos perigosos, que são o maior número. (FERRI, 2003: 68)

O cerne do sistema punitivo seria a defesa social. Tal objetivo não difere do funcionamento da Escola Clássica: com efeito, para os teóricos clássicos havia uma preocupação teórica com os efeitos dissuasivos da pena para a manutenção da ordem burguesa, que então se afirmava; porém, a construção teórica da Escola Positiva localiza

a criminalidade na pessoa do criminoso partindo da observação científica: a pessoa do criminoso exterioriza a criminalidade, que passa a ser vista como um sintoma.

A relevância política dessa forma de pensar a criminalidade reflete-se nas grandes linhas políticas da época. Ferri enumera como um entre outros objetivos da Escola Positiva a necessidade de restabelecer o equilíbrio entre os direitos do indivíduo e os do Estado. Para ele, se a Escola Clássica via tão somente o homem,

a realidade impunha ter em conta o homem delinquente, não desconhecendo no delinquente os direitos insuprimíveis do homem, mas não esquecendo nunca a insuprimível necessidade da defesa social contra o delinquente. (FERRI, 2003: 65)

Nesta citação, Ferri faz uma referência, em nota de rodapé, observando que “esta é a razão fundamental do acordo entre o *Fascismo* e a *Scuola Positiva* na defesa social contra a criminalidade, por mim salientado nos *Studi sulla criminalità*” (FERRI, 2003: 65).

Dessa forma, entender o *modus operandi* da Escola Positiva é entender, também, o contexto econômico e social pelo qual passava a Europa no final do século XIX e início do XX, contexto este que trazia a potencialidade de duas guerras mundiais. A maneira de enxergar a criminalidade e a inadequação social traz em si a pavimentação do caminho para a ascensão do totalitarismo político e do Estado de exceção que culminou com o nazismo e o fascismo. Assim é que para Adorno e Horkheimer “a prática do puro e simples extermínio dos recalcitrantes, certa de seu objetivo político, vai se difundindo sob o regime dos criminosos pela Europa inteira” (ADORNO E HORKHEIMER, 1985: 188).

Maneira de atuação do poder esta que, prendendo determinados sujeitos a mecanismos biopsicossociais de causa-efeito mediante um discurso científico, anulava-os completamente no que diz respeito a sua autonomia política.

Mesmo movimentos políticos que buscavam legitimidade eram desqualificados pelo discurso médico-criminológico da Escola Positiva, caso do anarquismo. Lombroso inicia sua obra *Os Anarquistas* afirmando que “nestes tempos em que tudo tende a complicar cada vez mais a máquina governamental, uma teoria como a anárquica não pode ser considerada, pois representa um enorme retrocesso, uma volta ao homem pré-histórico”<sup>5</sup> (LOMBROSO, 1977: 15). Mais à frente, afirma que os autores mais ativos

---

<sup>5</sup> Tradução livre.

da ideia anárquica, salvo pouquíssimas exceções, como Ibsen, Reclus e Kropotkin, são loucos ou criminosos, e muitas vezes as duas coisas ao mesmo tempo (LOMBROSO, 1977: 25).

Adorno e Horkheimer propõem uma visão que nos revela, talvez, o *leitmotiv* da teoria lombrosiana de desqualificação do anarquista e da delinquência como uma importante arma ideológica do capitalismo industrial da época: a ideia de que a energia necessária para se destacar como indivíduo, para se impor ao mundo ambiente através de formas de comunicação autorizadas - e assim nele se afirmar - estava corroída no criminoso. E que o criminoso representava uma tendência profundamente arraigada nos seres vivos e cuja superação era sinal de evolução, isto é, a tendência a se perder, se largar, num retorno à natureza, no lugar de se impor ativamente no meio ambiente. Sintetizam a ideia brilhantemente com a afirmação: “um vício semelhante atravessa tudo o que se opõe ao progresso inflexível, desde o crime, que é um atalho evitando as formas atuais do trabalho, até a obra de arte sublime” (ADORNO E HORKHEIMER, 1985: 187).

O anarquismo, nesse sentido, como movimento político, representava uma crítica radical ao progresso inflexível do capitalismo industrial, que se alastrava pelo mundo sob a forma do neocolonialismo.

A ideologia ainda hoje dominante, da qual o discurso da Criminologia Positivista foi um dos mecanismos afiadores das pontas de lança do Estado capitalista, exclui do crime o seu aspecto político, transformando-o em anormalidade biológica, psicológica e social, com contornos de higienismo social.

O anarquismo, tentativa de afirmação explicitamente política de um grupo, foi criminalizado enquanto movimento social, e seus membros receberam o mesmo tratamento que os demais criminosos. Lombroso assim descreve um anarquista chamado Pini:

De treinta y siete años, es uno de los jefes de los anarquistas de París, hermano de una loca, tiene poca barba, frente huída, exageradísimos arcos superficiales, mandíbulas enormes y orejas muy largas. No tan sólo se jactaba de ser anarquista, sino de haber cometido robos (por más de 300.000 liras) para vengar a los oprimidos, contra los ricos, contra la burguesía, y llamaba a sus robos una expropiación legítima a favor de los no propietarios, teniendo un numeroso séquito de admiradores (LOMBROSO, 1977: 29)

O discurso da Criminologia Positivista, sobretudo o lombrosiano, buscava sempre descrever fisicamente o delinquente, numa tentativa de encontrar regularidades

físicas que pudessem servir de matéria-prima para a confecção de estereótipos. Assim que, para a antropologia criminal, todo o delinquente é sempre um anormal - ou permanente ou transitório.

Daqui partiremos para a discussão, dentro do campo da teoria jurídica, envolvendo dois de seus grandes nomes, Kelsen e Schmitt, que viveram e produziram suas teorias mais ou menos no mesmo período histórico em que a Criminologia Positivista encontrava aceitação no meio científico e acadêmico, para analisarmos como, sob o ponto de vista teórico, teria sido possível que o discurso jurídico abarcasse a concepção ideológica da *Scuola Positiva*, que consiste em uma antropologia política da desqualificação e anulação dos desviantes, do inimigo sempre à espreita, da sociedade a ser defendida e “guardada”.

## **2. Kelsen versus Schmitt: tensão dentro da teoria jurídica**

A tensão entre os pensamentos jus-filosóficos de Kelsen e Schmitt se espraiam desde análise da política de seu tempo até suas respectivas atividades legiferantes. Tal oposição de pensamentos jaz, *ab origine*, em suas próprias *weltanschauungen*, a saber, Schmitt como prussiano e católico crítico da República de Weimar, e Kelsen o judeu austro-húngaro dentre tantas outras nacionalidades em um Império decadente e uma República nascente.

Schmitt escreveu muitas de suas obras no período histórico da República de Weimar, mormente as que mais expuseram seu pensamento político e jurídico, tornando-se influente jurista. A República de Weimar (1919 a 1933) foi instaurada na Alemanha logo após a Primeira Guerra Mundial, sucedendo o antigo regime monárquico dos *Kaiser*. A República de Weimar, embora tenha sido um dos períodos mais brilhantes da história pós-guerra do ponto de vista cultural, politicamente mostrou-se um desastre ao tentar introduzir de forma abrupta e profunda um sistema parlamentar democrático em meio a uma sociedade dividida e golpeada (VANN LOON, 2004: 493). O contexto histórico descrito, portanto, demonstra que foi em meio à crise política e econômica latente da jovem República – cuja ocorrência municiava os grupos políticos radicais tanto de esquerda quanto de direita – que Carl Schmitt desenvolveu sua doutrina política e jurídica, posto que a maioria de suas obras que aqui serão abordadas



foram escritas e divulgadas entre as décadas de 1920 a 1930. Destaca-se, no referido diapasão histórico, a aversão schmittiana ao ambiente parlamentar e ao liberalismo: segundo ele, esses ideais ocasionariam a completa ausência do que entendia por atividade política decisiva, fator que julgava nuclear para o resgate da nação alemã em termos sociais, econômicos e políticos. Para Schmitt, a política liberal era vulnerável porque sua forma de governo característica, a democracia representativa, minava a soberania estatal e não parecia mais útil nem tampouco convincente para a resolução das questões sociais emergentes.

Kelsen, por outro lado, tem sua teoria e sua antropologia política como frutos da chamada *Vienna fin-de-siècle*. No final do século dezenove, colapso do liberalismo e ascensão das forças de direita conservadoras e anti-semitas, deixaram a comunidade liberal de Viena cambaleando em estado de choque e deslocamento. O império se desmoronava e logo não mais existiria. Os novos movimentos políticos de massa, violentos e irracionais, fizeram o sonho de uma sociedade racional guiada pela ciência, a harmonia e tolerância entre os povos se tornar um pesadelo. As classes aristocrática e intelectual liberal ao se desesperarem com a política, se inclinaram para o romantismo estético, o ocultismo e a rejeição dos valores e significados do passado. É este cenário que permeará o pensamento de Hans Kelsen. A obra do referido jusfilósofo dialoga com o cenário intelectual da Viena *Fin-de-Siècle*, a saber, figuras como Freud, Schiller, Schnitzler, Klimt, e outros.

O ambiente cultural, político e social da Áustria-Hungria (especificamente sua capital Imperial) na virada do século dezenove, conhecido como *Vienna Fin-de-Siècle*, contribuiu para a formação da obra de Hans Kelsen. Tal assertiva tem como base a própria biografia do referido jusfilósofo:

Considerando o Estado austríaco, que era composto de diferentes etnias, idiomas, grupos religiosos e históricos, as teorias que tentaram encontrar a unidade do Estado em alguns contextos sócio psicológicos ou sócio biológicos das pessoas que legalmente pertenciam a uma unidade política, claramente provaram ser ficções. Na medida em que esta Teoria do Estado é uma parte importante do Teoria Pura do Direito, esta pode ser vista como uma teoria especificamente austríaca.<sup>6</sup>

---

6 METALL, R. A. 1969. *Leben und Werk*. Viena: Editora Franz Deuticke. 1969. p.42. (tradução livre)

É nesta senda que a referida teoria jurídica se encaixa no panorama vienense ora estudado. A Teoria Pura tenta responder e lidar com os problemas evidenciados ao ocaso dos Habsburgos.

Enquanto Kelsen lidava com o “glorioso ocaso” Habsburgo, Schmitt escrevia uma obra que tentava lidar com os desafios da Alemanha pós-guerra. Nesta senda interpretativa, entende-se a influência das obras de Hobbes para a construção de seu arquétipo político de Schmitt: em tese, o ambiente institucional conturbado da República de Weimar teria semelhanças com as Guerras Civis Inglesas do século XVI. Isto significava que o poder do Estado deveria ser pleno. O estado medieval não conhecia o poder absoluto, nem soberania – os poderes do rei eram contrabalanceados pelos da nobreza, das cidades, dos Parlamentos. Jean Bodin, no século XVI, é o primeiro teórico a afirmar que no Estado deve haver um poder soberano, isto é, um foco de autoridade que possa resolver todas as pendências e arbitrar qualquer decisão. Hobbes desenvolve essa ideia, e monta um Estado que é condição para existir a própria sociedade, ou seja, que esta nasce com o Estado (RIBEIRO, 2008: 61).

Paralelamente ao resgate do pensamento hobbesiano, Schmitt também evocou o Catolicismo (SCHMITT, 1996[1]) como base da crítica a Modernidade e sua conseqüente secularização. Para ele, a secularização que emergiu com o início da modernidade neutralizou qualquer tipo de substância moral e, portanto, produziu um vácuo na orientação desta: ao invés da distinção entre o bem e o mal surgiu a sublime distinção entre utilidade e inutilidade.

Outrossim, Carl Schmitt reflete acerca do sujeito a partir do Romantismo, entendido para ele como uma “realidade histórica concreta”. O impacto destrutivo, para Schmitt, do cogito cartesiano sobre a antiga ontologia. Isto pressupõe que, em tese, o homem é dissociado de uma ordem externa da qual ele anteriormente se concebera como parte integrante. A dissociação entre pensamento e ser, conceito e realidade, espírito e natureza, sujeito e objeto, no pensamento de Carl Schmitt, decorre do fato de que a própria substância das coisas já não se apresentaria como algo transparente para o entendimento humano. O racionalismo põe-se como chave explicativa do real, mas esse

racionalismo, na análise schmittiana, acaba por conduzir a um fracasso: ao invés de lançar uma ponte entre ser e pensamento, ele encerra o pensamento em um formalismo abstrato e entrega a realidade a um mecanicismo bruto. Nessa crítica ao racionalismo, a antropologia política de Schmitt é ponto médio entre o homem de Agostinho e o de Hobbes.

Diferentemente de Schmitt, Kelsen dialoga com um legado Iluminista menos otimista. Isto, pois, Freud, a quem tanto influenciou Kelsen, bebeu de fontes do Esclarecimento, mas as digeriu de maneira crítica.

A Teoria Pura do Direito de Kelsen, ao metodologicamente isolar a análise jurídica de interferências de saberes e considerações estranhas a esta, tenta em um só movimento escapar da moral aristocrático-burguesa, vencer as vicissitudes das emoções do homem psicológico e, fundamentalmente, resgatar o racionalismo liberal iluminista já desgastado e desacreditado.

A própria discussão entre Kelsen<sup>7</sup> e Carl Schmitt<sup>8</sup> e o destino da República de Weimar atestam para o perigo do decisionismo, e a existência teórica e factual da *Grundnorm* como um mal necessário que nos protege dos excessos do ser humano repleto de emoções. A própria condição singular do direito constitucional decorrentes da monarquia dual contribuiu de maneira significativa para o desenvolvimento da Teoria Pura do Direito. No seu esboço autobiográfico, presente no livro do aprendiz Rudolf Aládar Métall<sup>9</sup>, Kelsen afirmou, em referencia ao “aspecto austríaco” da Teoria Pura do Direito, que esta tenta responder e lidar com os problemas evidenciados na *débâcle* liberal.

Pelo todo exposto, evidencia-se a tensão entre Kelsen e Schmitt no que tange a uma concepção de Homem. Para o professor de Viena somos todos homens instintivos, psicológicos e opacos a nós mesmos – a razão é instrumento de paixões desconhecidas, acessíveis apenas ao inconsciente. O *kronjurist* do Terceiro Reich, por outro lado, vê o homem como eminentemente cruel, corrupto, que precisa ser controlado, especificamente pelo Estado.

---

7 KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição?. In: *Jurisdição Constitucional*. Tradução Alexandre Krug São Paulo: Martins Fontes, 2003. *passim*

8 SCHMITT, Carl. *Das Reichsgerichts als Hüter der Verfassung* [1928], Berlin: Duncker & Humblot, 1993, p.121 – no Brasil foi publicada apenas a versão ampliada da obra, reeditada com o título *Der Hüter der Verfassung – O Guardião da Constituição*, São Paulo, Del Rey, 2006.

9 METALL, R. A. 1969. *Leben und Werk*. Viena: Editora Franz Deuticke. 1969.

Observa-se, portanto, uma digestão oblíqua da Criminologia Positivista, visto que dialoga muito mais com postulados vitorianos de ciência, *verbi gratia* interpretações enviesadas de Darwin, do que com as fontes psicanalíticas da Teoria de Kelsen. Outrossim, a naturalização do crime, ou seja, no sentido de uma natureza transcendente e não imanente do delito, permite, inesperadamente, uma interpretação schmittiana da *Scuola Positiva*, ou seja, o criminoso como um resultado do projeto moderno, alguém que se afasta da Graça, portanto inexoravelmente dominado pela sua natureza.

### **3. A eficácia do discurso da Criminologia Positivista na dogmática jurídico-penal contemporânea**

Embora o discurso da Criminologia Positiva seja já tido como ultrapassado, é inevitável notarmos suas influências no funcionamento do sistema penal brasileiro contemporâneo.

A partir de uma análise do ordenamento jurídico, é possível perceber determinados dispositivos que oportunizaram o aparecimento de institutos ventilados pelo discurso da criminologia positivista. Um exemplo é o instituto da reincidência, presente nos artigos 61, I, 63 e 64 do CP, embora apareça em outros dispositivos do próprio CP e da legislação extravagante.

A recidiva é assunto frequentemente abordado pelos teóricos da *Scuola Positiva*, como uma característica presente no indivíduo criminoso. Garofalo (1925: 282) afirma:

E, na verdade, o aumento da recidiva em proporções maiores que as de toda a criminalidade demonstra que a classe dos delinquentes habituais se multiplica e floresce, ao passo que o crime se vai lentamente afastando do resto da população à medida que a civilização caminha.

Assim, ao longo de sua *Criminologia*, Garofalo defende a eliminação dos delinquentes típicos<sup>10</sup> e inassimiláveis, em outras palavras: habituais, reincidentes, como forma de seleção da espécie:

---

<sup>10</sup> Aqui presente a ideia de tipos criminais, como o criminoso nato presente na antropologia criminal lombrosiana.

O homem d'hoje é melhor e mais resistente que o d'outras eras aos instintos violentos e brutos. Porque interromper este progresso, devido em grande parte à selecção? Por que suspender esta obra secular de depuração? Toda a paragem do movimento evolutivo é um regresso; e as gerações futuras poderão amargamente invecivar a nossa por consentir em que germinem as sementes do crime que nos cumpria destruir.

Garofalo constrói uma teoria da eliminação, dizendo que o problema é distinguir o delincente típico e inassimilável dos suscetíveis de adaptação. Os primeiros devem ser eliminados absolutamente; os segundos, relativamente, mudando-os de meio<sup>11</sup>.

Outro conceito ainda muito presente em nosso ordenamento jurídico é a *periculosidade*. O Código Penal não traz este elemento de forma literal, mas cria oportunidades para o seu aparecimento, na análise da personalidade do indivíduo, a partir da aplicação do artigo 59. Na jurisprudência, a ideia da periculosidade é recorrente.

Ferri diferencia a periculosidade do “fato perigoso” e o “homem perigoso” e diz que esta última, a periculosidade do delincente, frequentemente independe do perigo objetivo (FERRI, 1998: 273).

Garofalo, em artigo denominado *Di un criterio positivo della penalità* (Nápoles, 1880), defende a ideia de que a penalidade se deve medir não a partir da gravidade do crime, como sustenta a Escola Clássica, mas pela *temibilidade* do delincente (FERRI, 1998: 271). Essa temibilidade será, para Rocco, a consequência da periculosidade do agente. É através do termo “periculosidade” (*état de danger, gefährlichkeit, estado peligroso, dangerousness*) que a ideia se difundiu e se impôs a criminalistas e legisladores pelo mundo (FERRI, 1998: 272).

Filippo Grispigni sustenta que todo criminoso é inadequado, indesejado (inadatto): “*ogni e qualsiasi reato avvenuto dimostra, di per sè, l'inadattamento, e perciò è del tutto legittima la mia coclusioni che ogni reo è un inadatto*” (GRISPIGNI, 1933: 34). Sustenta, ainda, Grispigni, que todo o sistema do direito italiano vigente à época, vale dizer, tendo como referência o Código Rocco, era baseado na noção de *periculosidade* (GRSPIGNI, 1933: 32).

Uma das principais permanências do discurso da Criminologia Positivista na dogmática jurídica contemporânea, a saber, o instituto da reincidência como parâmetro objetivo da aplicação da pena e o artigo 59 do Código Penal como parâmetro subjetivo

---

<sup>11</sup> Aqui Garofalo se refere, em passagem anterior, às emigrações: “A forçada emigração dos vagabundos ingleses para as colônias teve, seguramente, uma parte na depuração da raça (...)” (GAROFALO, 1925: 326)

da aplicação da pena, permite o aparecimento da periculosidade no discurso jurisprudencial e a noção sub-reptícia de que o sujeito reincidente é um inadaptado, indesejado, inadequado social (tanto é assim que sua pena deve ser aumentada).

### 3.1. A eficácia do discurso da Criminologia Positivista nos discursos judiciais contemporâneos: breve pesquisa realizada no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro

Faremos uma breve exposição a partir de análise qualitativa de discursos judiciais colhidos em processos pesquisados no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, entre maio e julho de 2012.

Intenta-se mostrar, na prática, a *fala* que emerge nesses discursos, que possuem seus significantes hegemonicamente situados no eixo teórico da Criminologia Positivista.

Em sentença dada no processo 0119697-27.2011.8.19.0001, o juiz assim se manifesta:

Atento às circunstâncias judiciais do art. 59, reputo que existam MAUS ANTECEDENTES – porque o Réu foi condenado: a) Pela 1ª Vara Criminal de Bangu, à pena de três anos de reclusão, por crime de tráfico de drogas, com trânsito em julgado em 12/11/2001; e b) Pela 2ª Vara Criminal de Madureira, à pena de seis meses de detenção, por crime de porte ilegal de drogas, com trânsito em julgado em 14/08/2001 (...) Tais condenações não podem ser consideradas para efeito de reincidência, por força do art. 64, I, do CP, mas podem e devem ser levadas em conta como termômetro de sua vida pregressa (...) Não tendo sido revogada a prisão cautelar, decorrente do flagrante, e considerando que o acusado, **JÁ CONDENADO ANTERIORMENTE, demonstrou periculosidade suficiente para pôr em risco a Ordem Pública** – uma vez que cometeu delito em via de grande movimento de pessoas (Avenida Francisco Bicalho), à plena luz do dia, **o que evidencia audácia e ausência de temibilidade (...)**” (Grifos nossos)

Certamente, aqui, a “ausência de temibilidade” funciona de forma extremamente rica e reveladora: se para os teóricos italianos da *Scuola Positiva* a *temibilità* era elemento para aferir a periculosidade do agente, o magistrado utiliza o termo de forma invertida, como se a “Ordem Pública” fosse o ente a ser temido, e não o delinquente em questão. Este deve temer o Estado que o governa, com um temor reverencial.

No processo número 0242847-45.2011.8.19.0001 temos sentença que condena dois réus por furto. Em relação ao primeiro, é aplicado o regime aberto, mas, em relação ao segundo, “que já possui duas condenações por delitos patrimoniais”, é aplicado o regime inicial semi-aberto. Em relação ao primeiro, foi concedida a substituição da pena

privativa de liberdade por restritivas de direitos, consistente em prestação de serviços comunitários; com relação ao segundo, “não foi concedida a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos em razão de sua personalidade, não sendo a mesma recomendável”.

Em decisão no processo número 0310514-48.2011.8.19.0001, ocorre a conversão da prisão em flagrante em preventiva. O caso trata de crime de disparo de arma de fogo (art. 15 da Lei 10.826/03). Lê-se na decisão que

Mostra-se imprescindível a manutenção da custódia cautelar do indiciado como forma de resguardar a **ordem pública** e garantir a aplicação da Lei Penal, haja vista **inexistir comprovantes de residência e do exercício de labor lícito** pelo indiciado (Grifos nossos)

Ademais, o magistrado afirma que com a finalidade de garantir o bom andamento da instrução criminal e resguardar a “Ordem Pública”, ressaltando que consta nos autos informações sobre diversas passagens do acusado pela “Polícia”, inclusive por crimes graves, o que denota sua *periculosidade*, é indeferido o seu pleito liberatório.

Sentença presente no processo 0308044-44.2011.8.19.0001 condena réu por roubo de produtos da marca Apple em um bairro da Zona Sul carioca. Na dosimetria da pena, o magistrado sustenta ser o regime fechado como inicial para o cumprimento da pena, por ter sido a conduta perpetrada com grave ameaça contra a pessoa e pela *reincidência*. O réu, ainda, não poderá aguardar em liberdade a tramitação de eventual recurso que venha a interpor da decisão “pois demonstra que em liberdade constitui risco para a *ordem pública*, daí brotar a necessidade da manutenção da custódia cautelar”.

No processo número 0316479-07.2011.8.19.0001 há decisão convertendo a prisão em flagrante em prisão preventiva para dois acusados de tráfico de drogas, “uma vez que não há notícia nos autos quanto à comprovação de residência fixa e ocupação lícita dos investigados”. Continua o magistrado dizendo que “além do mais, o delito de tráfico de entorpecentes é extremamente grave, vem ocorrendo com grande frequência e gera imensa repercussão social, razão pela qual a prisão do réu (sic) se impõe para garantia da *ordem pública*”.

Em decisão semelhante no processo número 0300090-44.2011.8.19.0001, a prisão em flagrante de dois réus é convertida em prisão preventiva “para garantia da ordem pública”, pois os indiciados teriam sido flagrados por policiais militares que investigavam a atuação de traficantes oriundos do Complexo do Alemão, e teriam tido a informação de que um membro do tráfico receberia uma carga de maconha no bairro da

Pavuna, ocasião em que teriam encontrado no interior de um veículo, no qual se encontravam os indiciados, a referida carga de maconha, que seria destinada à mercancia. O magistrado observa que

soltos diante das circunstancia (sic) de suas capturas e pelos tipos de condutas que lhes são atribuídas, oferecem claro risco à **ordem pública** e evidente intranquilidade social, uma vez que o bem jurídico tutelado é a incolumidade pública, ou seja, a sociedade como um todo, de forma direta ou indireta. (Grifos nossos)

Por fim, vamos nos ater a uma sentença prolatada no processo número 0315025-89.2011.8.19.0001. Houve tentativa de furto de uma série de produtos de um supermercado, entre eles seis peças de alcatra, uma lata de leite em pó, uma caixa de band-aid, farinha láctea e produtos de limpeza. A defesa alegou que as três réis no processo pretendiam a venda de churrasquinho na calçada. A magistrada responsável pela sentença observa que “aceitar a tese teremos (sic) a quebra do comércio que paga o preço do dinheiro no mercado financeiro para girar seu negócio”.

No decorrer da sentença, a magistrada se vê envolvida em um conflito com o STF (Supremo Tribunal Federal), pois este tribunal considerou, segundo fala a magistrada, necessário o trânsito em julgado, ou seja, a inexistência de recursos possíveis, para o reconhecimento de antecedentes para agentes públicos. A magistrada incorre em um discurso de difícil entendimento, como segue:

Quanto ao delito de tentativa de furto qualificado pelo concurso de agentes para as três acusadas. A culpabilidade não excedeu ao normal do tipo (em tempos que o STF considera trânsito em julgado como necessário para ser considerado desvalor o agente público no trato com a coisa pública – RES PUBLICA – como considerar desvalorado para furtadores de supermercado, pode ser afastado da presidência da república por malversação da coisa pública e se voltar Senador – **só o magistrado tem que ser honesto para passar e se manter como agente público**, os demais poderes, podem ter anotações que são indiferentes) (sic) (Grifos nossos)

Posteriormente, diz: “diante da visão do Supremo – suicida social – afirmo que a culpabilidade de Tânia – que tem antecedentes – rotulado agora (sic) de meras anotações (...) passaram-lhe Vanish (o alvejante furtado?) na ótica da Corte Suprema”. E finaliza: “donas de casa sabem que quando veem uma barata, um ratinho sequer, tem (sic) que correr para dedetizar a casa. Onde há um há dezenas, mas aqui se tem que esperar o trânsito em julgado após as marchas e contra-marchas para ser declarado ratazana”.



Percebe-se, nesses casos, a mordaz influência ainda existente das matrizes teóricas da Criminologia Positivista no *imaginário* dos sujeitos que trabalham com o sistema penal no Rio de Janeiro.

### **Considerações finais**

A partir do exposto, é possível estabelecermos como pontos nodais do que foi estudado: a) a epistemologia do Direito moderno é tensionada entre a vertente kelseniana, pautada por uma Teoria racional do Direito, entendida como metodologicamente *mais adequada* para dar conta das paixões humanas e fornecer as bases para uma vida em comunidade e a schmittiana, que vê no Estado um poderoso instrumento de gestão social e controle do *homem corrupto*, desviante, que não deve se subordinar a um pensamento racional estéril, mas à vontade do povo soberano; b) ao mesmo tempo, vimos que no pensamento criminológico moderno, vale dizer, na epistemologia da criminologia, surge em um momento específico da História europeia o pensamento da *Scuola Positiva*, que busca dar, por assim dizer, autonomia à Criminologia enquanto ciência explicativa da criminalidade, a partir do método etiológico, sempre voltado às causas da criminalidade oriunda dos sujeitos.

No imbricamento do positivismo jurídico enquanto método de aplicação do direito a partir do racionalismo legiferante, da hegemonia de certos postulados da criminologia positivista na Europa e na teoria schmittiana de atuação estatal, situamos a problemática do objeto analisado, vale dizer, o estudo do funcionamento do sistema penal, que é onde o Estado atua de forma mais brutal no corpo e na vida dos sujeitos.

Ideias presentes na teoria da *Scuola Positiva* apresentam-se positivadas no ordenamento jurídico brasileiro, ao passo que o funcionamento do sistema penal, na aplicação dessas leis e na jurisprudência, consagra outras ideias oriundas do pensamento criminológico positivista, numa relação de interdependência. A discussão que esperamos fomentar com o estudo toma como ponto de partida o funcionamento fático do Estado na vida social a partir dos excessos produzidos pelo sistema capitalista. A discussão sobre a antropologia política do atual funcionamento do sistema penal remonta à desigualdade reinante no próprio estado de coisas do direito. Este não existe para evitar a guerra entre os homens, mas a sustenta. Não impede que o homem apareça,

como um espectro, em seu estado natural, mas aparece operado pelo *homo homini lupus* freudiano.

## Referências

ADORNO, T. W.; HORKHEIMER, Max. **Dialética do Esclarecimento: fragmentos filosóficos**. Rio de Janeiro: Zahar, 1985

ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2007

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2002

BATISTA, Vera Malaguti. **Introdução crítica à criminologia brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2011

FERRI, Enrico. **Os criminosos na arte e na literatura**. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2001

\_\_\_\_\_. **Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime**. Campinas: Bookseller, 1998.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. Petrópolis: Vozes, 1987

FREUD, Sigmund. **O mal-estar na civilização**. Rio de Janeiro: Imago, 1997

GAROFALO, Raffaele. **Criminologia**. Lisboa: A. M. Teixeira, 1925

GRISPIGNI, Filippo. **Risposta sulla pericolosità criminale nel codice penale**. In: **La Scuola Positiva: rivista di diritto e procedura penale**. Milano: Dottor Francesco Vallardi, 1933

JABLONER, Clemens. **Kelsen and his Circle: The Viennese Years**. In: *European Journal of International Law*. Vol. 9, N.2 . Firenze: European University Institute, 1998.

LOMBROSO, Cesare. **Los anarquistas**. Madrid: Júcar, 1977

\_\_\_\_\_. **O homem delinquente**. São Paulo: Ícone, 2007

METALL, Rudolf Aladar. **Leben und Werk**. Viena: Franz Deuticke, 1969

NOVINSKY, Anita Waingort. **A inquisição**. São Paulo: Brasiliense, 2007

RIBEIRO, Renato Janine. **Hobbes: Medo e esperança**, In. *Os clássicos da Política*. WEFFORT, Francisco C, (organizador). São Paulo: Ática, 2008

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Rio de Janeiro: Revan, 2004

SCHMITT, Carl. *Politische Romantik*. Berlin, Duncker & Humblot, 1989

VANN LOON, Hendrik Willem. **A História da Humanidade**. São Paulo. Martins Fontes, 2004