

## **AS CONTRIBUIÇÕES DO MOVIMENTO REFORMADOR DO SÉCULO XVIII PARA O DIREITO PENAL: AS “ESCOLAS ITALIANAS”**

### **THE CONTRIBUTIONS OF THE REFORMING MOVEMENT OF THE XVIII CENTURY TO CRIMINAL LAW: THE “ITALIAN SCHOOLS”**

Alexandre Luiz Alves de Oliveira<sup>1</sup>

#### **Resumo**

A sociedade e o direito penal vivem uma relação umbilical. Onde há relações sociais existirão normas de conduta e o direito penal surge quase que correlatamente. O direito penal das sociedades anteriores às revoluções setecentistas tinha como característica marcante a sua falta de limitação. O Iluminismo e a ascensão da burguesia impuseram limitações ao direito criminal que culminaram em uma busca de cientificidade. Era necessário estabelecer um conceito de crime e uma metodologia que possibilitasse uma garantia para o cidadão e para a sociedade. As escolas italianas representaram movimentos intelectuais na busca destes objetivos. Com matizes diferentes procuraram definir o crime e a finalidade do direito penal contribuindo sobremaneira para o desenvolvimento da trajetória do direito penal atual. Deve-se a estas escolas italianas principalmente os primeiros passos de uma criminologia contemporânea.

#### **Palavras-chave**

Direito penal. Iluminismo e direito penal. Escolas italianas de direito penal.

#### **Abstract**

Society and criminal law live an umbilical relationship. Where there are social relations, there will be rules of conduct and criminal law appears almost correlated. The criminal law of societies prior to the 18th century revolutions had as its hallmark its lack of limitation. The Enlightenment and the rise of the bourgeoisie-imposed limitations on criminal law that culminated in a search for scientificity. It was necessary to establish a concept of crime and a methodology that would provide a guarantee for the citizen and for society. Italian schools represented intellectual movements in pursuit of these goals. With different nuances, they tried to define crime and the purpose of criminal law, contributing greatly to the development

---

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela PUC/Minas. Especialista em Temas Filosóficos pela UFMG. Mestre em Direito pela ESDHC. Doutor em Direito pela PUC/Minas. Advogado e professor.

of the current criminal law trajectory. These Italian schools are mainly due to the first steps of contemporary criminology.

### **Keywords**

Criminal law. Enlightenment and criminal law. Italian criminal law school.

## **I. Introdução**

A trajetória do direito penal remota aos primórdios da história e caracteriza-se em marchas e contramarchas na busca de sua humanização, isto é, se estivermos tendo como paradigma um Estado Democrático de Direito. Esta questão talvez precise ser melhor clarificada.

Hodiernamente não se concebe, pelo menos nos países democráticos, um direito penal do terror. O direito penal nas sociedades democráticas contemporâneas não se pode desvincular de alguns “cânones” que lhe impõem limitações frente ao indivíduo. Somente faz sentido falar-se em direito penal democrático em uma sociedade também democrática. Parece óbvio, mas, não raras vezes, o evidente precisa ser dito.

Pensar na história do direito penal, na sua cientificidade e na busca da sua legitimidade com referência a sua humanização apenas faz sentido em um Estado Social e Democrático de Direito. Pensar em uma “evolução” do direito penal que respeite a dignidade da pessoa humana corrobora a ideia de que o Estado é meio de promoção do indivíduo e é dentro desta perspectiva que se procurará fazer alguns apontamentos sobre o movimento reformador do direito penal do século XVIII. Um direito penal liberal só surge com a afirmação de um Estado também liberal.

Ademais, destaca-se, no presente texto, as contribuições das escolas italianas na busca de um objeto/método para a construção de uma cientificidade para a ciência ainda incipiente do direito penal. A busca de um objeto de tutela e de um método são imprescindíveis para a construção de um direito penal democrático. A Itália (principalmente pelo aspecto criminológico) e a Alemanha são indubitavelmente credoras pela formação da busca de cientificidade para o direito penal.

O escopo deste texto é sucintamente expor o momento de transição entre o direito penal do terror e o direito penal liberal. O primeiro tópico relata a mudança de paradigma provocada pelo movimento Iluminista com seu caráter reformador. O segundo tópico relata como esta mudança de perspectiva culminou numa busca pelo objeto, método e fim da pena

no direito penal das escolas italianas pós-absolutismo. As escolas italianas, na análise do delito, partiam do fenômeno criminal sendo a base da criminologia atual.

O conceito criminológico de crime se perfez anteriormente à fixação do conceito jurídico de crime. Estes conceitos propostos na criminologia buscam explicar o crime pela perspectiva do ser e foram contribuições que reverberaram no direito penal do início da busca por sua cientificidade. Conhecer o passado do direito penal permite uma melhor compreensão do presente.

O método de pesquisa do presente texto primazia pelo bibliográfico/histórico.

## II. Desenvolvimento

### 1. O movimento reformador do século XVIII

Hans Heinrich Jescheck (1981, p. 132) noticia que o rompimento da fase de transição presente na Idade Média (e parte da Idade Moderna) somente foi superada com a Ilustração que trouxe para o período moderno uma política criminal racional. Explica-se: o pensamento racionalista de Direito Natural repercutiu em questões como o sentido e o fim do Direito Penal. Ideais humanistas como o triunfo das penas privativas de liberdade frente às penas corporais, a limitação do *jus puniendi* pela teoria do contrato social e o princípio da legalidade acarretaram numa busca de superação do direito penal do terror. Hans Heinrich Jescheck cita os principais pensadores que marcaram este período:

Entre cuyos principales representantes se cuentan Montesquieu ("Esprit des lois", 1748), Voltaire ("Prix de la justice et de rhumanité", 1777) y el ginebrino Rousseau ("Contrat social", 1762) en Francia; Bentham ("Introduction to the principles of moráis and legislation", 1780) en Inglaterra y Beccaria ("Dei delitti e delle pene", 1764) en Italia. En Alemania debe destacarse sobre todo a Samuel Pufendorf (1632-1694) con su teoría iusnaturalista de la imputación y de la libertad y Christian Wolf (1679-1754) el gran sistematizador del Derecho Natural. El final y al mismo tiempo el cénit de la Ilustración fue para el Derecho Penal la figura del relevante penalista Paul Johan Anselm v. Feuerbach (1775-1833), que fue el fundador de la Dogmática jurídico penal por la claridad de su formación conceptual y la estructuración de un sistema cerrado (Revisión, 1799-1800; Lehrbuch, 1801). En la legislación destaca Prusia, que ya en 1740 con el comienzo del reinado de Federico el Grande abolió la tortura, con su Derecho Territorial General (1794), cuya parte penal (Parte II, Título 20) fue elaborada por Suárez y Klein. En Baviera el Codex iuris criminalis Bavarici (1751) fue creado por Kreittmayr y en Austria se promulgó la Constitutio Criminalis Theresiana (1768). Los tres cuerpos legales citados significaron el final de la época del Despotismo Ilustrado. El StGB bávaro de 1813 proyectado por Feuerbach fue, juntamente con el Code penal francés de 1810, el más importante modelo de Código penal del siglo XIX. El Derecho Penal aparecía asentado en el principio de legalidad formulado por Feuerbach (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). (JESCHECK, 1981, p.133).

Eugenio Raúl Zaffaroni (1998, p.357) ensina igualmente que o Iluminismo trouxe como consequência uma modificação nas leis penais a partir da segunda metade do século XVIII<sup>2</sup>. Diversos monarcas, influenciados pelos novos paradigmas, iniciaram (mesmo que alguns timidamente) reformas penais nos respectivos países. Na França, por exemplo, um edito do Rei Luís XVI (1780) banuiu a tortura, todavia não se eliminara totalmente esta prática haja vista a manutenção da “questão preparatória” que era utilizada para se conhecer os cúmplices de um crime. Saliente-se, contudo, que o próprio Luís XVI também revogou esta prática por intermédio de outro edito datado em 1788. (ZAFFARONI, 1998, p.357)

O pensador argentino (1998, p. 358 e 359) menciona também que em outras situações as reformas tiveram maior impacto sendo a Ordenação sobre a reforma das leis penais promovida por Pedro Leopoldo da Toscana de 1786 uma das mais destacadas. Tal Ordenação foi influenciada nitidamente pelos ideais penais do Iluminismo, destacadamente de Beccaria, e não apenas eliminou a tortura como reconheceu o direito de defesa. Ademais, suprime a pena de morte, os delitos de lesa majestade e o confisco de bens. Tratou-se de uma ampla reforma criminal tornando-se o embrião de um novo direito. Com a reforma Leopoldina, como mencionado, eliminada não foi somente a tortura como meio de prova, mas também todas as penas atrozes. A reforma de Pedro Leopoldo foi alicerçada em um convencimento racional para a mitigação das penas conjugada com uma estrita vigilância para prevenir os crimes e o andamento rápido dos processos, assegurando a aplicação das penas para os verdadeiros criminosos. (ZAFFARONI, 1998, p. 358 e 359).

En 1785, el Gran Duque Pedro Leopoldo encomendó la redacción de una ley penal general, que fue elaborada por el consejero Tosi y revisada por Urbani, Caciotti, Ciani, Bricchieri y Biondi, siendo promulgada el 30 de noviembre de 1786 con el título de "Reforma de la Legislación Criminal Toscana", habitualmente llamada "código leopoldino". Se trata de un texto de 119 artículos, que abarca la legislación procesal y penal, sin divisiones sistemáticas. Tampoco consagra expresamente el principio de legalidad, sino que ordena al juez aplicar también las antiguas leyes - que no deroga- siempre que sean compatibles con el "espíritu de la reforma". Su merito ha sido de contenido y no de forma, pues en este último aspecto se halla muy lejos de lo que es un verdadero código moderno. (ZAFFARONI, 1998, p.359).

Outra reforma importante também relatada por Eugenio Raúl Zaffaroni (1998, p.361), que tinha como fundamentos os ideais do Iluminismo, deu-se com Frederico II na Prússia.

---

<sup>2</sup>“As ideias capitais do período filosófico (proteção da liberdade individual contra o arbítrio judiciário, supressão da tortura, abolição ou pelo menos limitação da pena de morte, acentuação da tese de que a pena só tem fins políticos, desprezadas todas as exigências religiosas ou puramente morais) cedo encontraram acolhimento na legislação penal dos mais importantes países. Na Rússia já em 1767 Catharina II, nas suas notáveis instruções à comissão incumbida de elaborar o projeto de um novo código, tentou traduzir na linguagem do legislador l *Esprit des lois* de Montesquieu; o espírito de Beccaria ressumbrava no código penal da Toscana de 1786 decretado por Leopoldo II; na Áustria Sonnenfels triunfou depois de longas lutas; na Prússia Frederico II encetou o caminho das reformas, desde que assumiu o governo.” (LISZT, 2006, p. 58 e 59).

Seguiu-se, como norte, as ideias de Voltaire e Montesquieu. Frederico acreditava que a origem do crime se encontrava nas paixões donde a prevenção deveria ser o objetivo da pena. Não obstante a uma necessidade preventiva não era aceita a crueldade nas sanções entendendo-se que deveria haver uma proporcionalidade entre os delitos e as penas. Como consequência disto eliminou-se a pena de morte. Para os jovens trabalhou-se com a ideia de correção. Em 1756 revogou-se a pena de infâmia, pois a considerava que limitava ao condenado ganhar seu pão honestamente. Suprimiu-se em 1765 as penas das prostitutas, pois se apenava o caso extraconjugal (castigava na verdade não o fato em si de ter relações, mas na verdade o adultério). (ZAFFARONI, 1998, p.362)

Apesar da relevância das reformas promovidas por Frederico e seus sucessores não se pode olvidar que os esclarecidos não tinham propriamente um caráter exclusivamente humanizador. Outros interesses também estavam presentes (fortalecer o estado absolutista) como informa Eugenio Raúl Zaffaroni:

Dice Petti, refinándose a Federico II, pero en terminos que pueden extenderse a todas las restantes reformas del despotismo ilustrado, que "mientras las penas disminuyeron de intensidad y gravedad, aumentaron en vez en extensibn, no sólo porque Federico quiso que todos sus súbditos estuviesen igualmente sometidos al rigor de las leyes, sino más porque los hechos considerados como penalmente perseguibles se volvieron más numerosos en razón a la función que Federico asignó a las leyes penales de defensa estatal y social. Al primer grupo pertenecen todos los delitos contra el poder regio, contra el orden social, contra la religión, contra el erario, contra la administracibn de justicia, contra la fe pública y la incolumidad pública; al segundo aquéllos contra las buenas costumbres y el orden de las familias. (ZAFFARONI, 1998, p.363).

Constata-se que o século XVIII foi profícuo em pensadores que tinham perspectivas revolucionárias frente ao antigo regime e suas práticas. A filosofia política ganha repercussão na seara penal tendo em Cesare Bonesana (Marquês de Beccaria) o seu maior expoente na explanação destas perspectivas humanitárias iniciais.

La situación, que se había hecho imposible en la administración de justicia, mejoró de manera decisiva en la época de la ilustración y del absolutismo ilustrado. Por motivos de distinta índole, en parte opuestos, la ilustración condujo a un supeditamiento estricto del juez a la ley; trajo, entre otras cosas, un tratamiento laico racional del derecho penal, una atenuación de las penas, desde el punto de vista de su necesidad estatal, restricción de la pena capital y amplio uso de la pena privativa de libertad, con abolición de las torturas. En la literatura actuaron ante todo MONTESQUIEU, VOLTAIRE y **BECCARIA** y en la legislación José II ("La Josefina" de 1787) y FEDERICO EL GRANDE (Allgemeines Landrecht de 1794). (WEZEL, 1956, p.17) (grifo meu)

Carlos Creus (1992, p.34) destaca a importância do contratualismo para a formação das ideias humanitárias de Beccaria. O contratualismo como razão jurídica assegura os direitos naturais ao homem e não pode deixar a sociedade civil de reconhecê-los. Esta doutrina e suas consequências para o direito penal foram sintetizadas pelo Marquês de

Beccaria (Cesare Bonesana) em um livro publicado em 1764 denominado “Dos Delitos e Das Penas”. No livro encontram-se importantes contribuições para a construção de um direito penal mais humano como a necessidade da lei prévia, o repúdio ao arbítrio judicial na criação dos delitos e na imposição das penas (crítica às interpretações judiciais não padronizadas), a repulsa pelos procedimentos inquisitivos de caráter cruel e a proporcionalidade entre o delito e a pena a ser aplicada. Deve ser salientado, no entanto, que estas ideias de Beccaria não eram propriamente originais<sup>3</sup>, mas o pensador teve o grande mérito de sintetizá-las e transpô-las para o Direito Penal.<sup>4</sup> (CREUS, 1992, p.34).

Ricardo Nuñez (1999, p.28) também salienta que o autor milanês foi influenciado por Montesquieu e Voltaire. Sobre a importância e as contribuições do Marquês de Beccaria para o direito penal destaca seis pontos principais, a saber:

- a) la necesidad de que sólo la ley defina y castigue los delitos, cuyo juzgamiento corresponde a los jueces, los cuales no deben convertirse en legisladores so pretexto de interpretar la ley, a la que deben limitarse a aplicar;<sup>5</sup> b) la necesidad de que la ley penal sea clara y conocida por todos, de modo que todos estén en condiciones de saber lo que es lícito y lo que no lo es<sup>6</sup>; c) la necesidad de que la atrocidad de las penas debe cesar si resulta inapropiada para impedir los delitos<sup>7</sup>; d) la necesidad de

<sup>3</sup>“César Bonesana, Marqués de Beccaria, nació en Milán el 15 de mayo de 1738. Muy joven publicó su obra *Deidelitti e delle pene* (1764), en torno de cuya paternidad e importanciase ha debatido mucho. Es verdad que Beccaria pertenecía a un círculo progresista milanés, cuyo jefe intelectual era Pietro Verri, como también parece ser cierto que tanto Pietro como Alessandro Verri fueron los verdaderos autores de la respuesta a Facchinei que aparece firmada en primera persona por Beccaria, cuando aquél, en sus note ed ossemzioni sul libro intitudo "*Deidelitti e delle pene*", le imputó pronunciarse contra la religión y la soberanía. No obstante, no está probado lo que algunos dan por cierto, que es la autoría material del libro, que pretenden correspondea a los Verri, y especialmente a Pietro ", como tampoco que el mismo haya sido escrito por encargo especial de los iluministas franceses.” (ZAFFARONI, 1987, p.87)

<sup>4</sup>“Dentre esses jovens, comandados por Pedro Verri, encontrava-se o nosso autor. Eles fundaram um grupo autodenominado “Academia dos Punhos”, onde questionaram, além da literatura, a economia e a política; tentam redimensionar, à luz da filosofia iluminista, as questões relativas ao Estado e à sociedade, à fé, à autoridade e à tradição. A influência desse grupo sobre Beccaria foi tanta que alguns autores chegam ao exagero de afirmar – sem provas históricas, ressalte-se – que o livro *Dos Delitos e das Penas* é, em verdade, uma obra coletiva, originada daquele grupo”. (BRANDÃO, 2010, p.33).

<sup>5</sup>“La primera consecuencia de estos principios es que sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos; y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social. Ningun magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad. Y como una pena extendida más allá del límite señalado por las leyes contiene en sí la pena justa, y otra más en la extensión, se sigue que, ningún magistrado bajo pretexto de celo o de bien público, puede aumentar la pena establecida contra un ciudadano delincuente.” (BONESANA, 1993, p.61).

<sup>6</sup>“Si es un mal la interpretación de las leyes, es otro evidentemente la oscuridad que arrastra consigo necesariamente la interpretación, y aún lo será mayor cuando las leyes estén escritas en una lengua extraña para el pueblo, que lo ponga en la dependencia de algunos pocos, no pudiendo juzgar por sí mismo cuál será el éxito de su libertad o de sus miembros en una lengua que forma de un libro público y solemne uno casi privado y doméstico.” (BONESANA, 1993, p.67).

<sup>7</sup>“La tercera consecuencia es, que cuando se probase ser la atrocidad de las penas, si no inmediatamente opuesta al bien público, y al fin mismo de impedir los delitos, a lo menos inútil; aun en este caso sería ella no sólo contraria a aquellas virtudes benéficas, que son efecto de una razón iluminada, y que prefiere mandar a hombres felices más que a una tropa de esclavos, en la cual se haga una perpetua circulación de temerosa crueldad pero también a la justicia y a la naturaleza del mismo contrato social.” (BONESANA, 1993, p.62 e 63).

que las penas sean proporcionadas a los delitos<sup>8</sup>; e) la necesidad de que el fin de las penas no sea el de atormentar y afligir a un ser sensible, ni dejar sin efecto un delito ya cometido, sino impedir al reo que ocasione nuevos daños a sus conciudadanos y disuadir a los demás de hacer lo mismo; f) la necesidad de que las medidas de las penas no dependa de la intención del culpable, sino del daño causado a la sociedad<sup>9</sup>. (NUÑEZ. 1999, p.29).

Deste movimento reformador do século XVIII verifica-se uma cisão da “história” do direito penal: o direito penal do terror e o direito penal liberal. O primeiro corresponde a este período pretérito do direito penal onde este não tinha limites e nem se preocupava com a dignidade da pessoa humana. O direito penal liberal, por sua vez, inicia-se destes movimentos humanizadores do século XVIII, tendo como marco de nascimento a afirmação do princípio da legalidade com Anselm von Feuerbach em 1801. Este movimento reformador ensejará o surgimento de metodologias para um direito penal não mais despótico. Dentre estes movimentos em busca do objeto, método e fim do direito penal destacam-se as contribuições das “escolas” italianas.

## 2. A trajetória do direito penal pelas escolas italianas

O direito penal liberal é assim denominado porque procura limitar o *jus puniendi* estatal. A história permite constatar que o direito penal esteve, desde os tempos mais antigos, presente na sociedade humana. Percebe-se, todavia, que, com os movimentos revolucionários do século XVIII, as aspirações políticas e sociais reverberaram no direito de punir. As ideias do Iluminismo que culminaram nas duas mais emblemáticas revoluções do século XVIII (Declaração de Independência dos Estados Unidos da América em 1776 e Revolução Francesa de 1789) se fizeram sentir igualmente nas doutrinas e legislações penais subsequentes.

Com esta busca de limitação do arbítrio o método penal ganhou grande relevância. A aplicação e construção da dogmática penal e do próprio direito penal exigiam e exigem harmonia e coerência. O direito penal não pode mais ser aplicado ao bel prazer dos detentores do poder. Dos anos finais do século XVIII até os dias atuais assiste-se o desenvolvimento do método penal para que, com tal desiderato, possa se dar coerência e legitimidade às decisões

---

<sup>8</sup>“No sólo es interés común que no se cometan delitos, pero aún lo es que sean menos frecuentes, a proporción del daño que causan en la sociedad. Así, pues, más fuertes deben ser los motivos que retraigan los hombres de los delitos, a medida que son contrarios al bien público, y a medida de los estímulos que los inducen a cometerlos. Debe por esto haber una proporción entre los delitos y las penas.” (BONESANA, 1993, p.68).

<sup>9</sup>“Las reflexiones precedentes me conceden el derecho de afirmar que la verdadera medida de los delitos es el daño hecho a la sociedad, y por esto han errado los que creyeron serlo la intención del que los comete.” (BONESANA, 1993, p.71).

judiciais. Como verifica Cláudio Brandão (2012, p. 177 e 178) ao tratar da teoria do crime, o método reveste de cientificidade o direito de punir, pois estabelece critérios que objetivam racionalizar o *jus puniendi*, pois o restringe.

Ao se tratar do método atual do direito penal, importante é verificar como transcorreu o seu desenvolvimento nos últimos 250 anos. Com a obra de Beccaria de 1764 iniciou-se a ciência moderna do direito penal. As concepções sobre o método têm variado a partir deste momento com a eleição de distintos objetos de estudo. O direito natural, o delito como manifestação biológica ou sociológica e o direito positivo tem constituído os distintos objetos. (MIR PUIG, 2003, p.153).

Para este estudo tem-se como referência os ensinamentos de Santiago Mir Puig. O autor trata desta temática ao realizar a análise da evolução do objeto e do método do direito penal em alguns países. Com base principalmente no pensador serão averiguados os desenvolvimentos na Itália que, conjuntamente e especialmente com o desenvolvimento da dogmática alemã, constituem a base e a orientação da maioria dos países de *civil law*.

## **2.1 Itália e a “evolução” do objeto da ciência penal**

Na Itália, dentre posições metódicas intermediárias, constata-se três escolas principais que merecem destaque: a escola clássica, a escola positiva e a terceira escola (direção técnico-jurídica).

### **2.1.1 O método da escola clássica**

A primeira observação que deve ser feita no tocante à escola clássica é que esta não corresponde a uma doutrina totalmente unitária. A respectiva denominação “escola clássica” foi uma denominação dada pelo positivista Ferri e tinha um tom jocoso<sup>10</sup>. Não é raro a utilização da expressão “clássico (a)” em um sentido de ultrapassado, de não mais condizente com o tempo presente. Como se percebe, o epíteto escola clássica foi dado em um período posterior ao desenvolvimento das ideias pelos seus autores o que possibilita dizer que nem mesmo estes tinham percepção que faziam parte desta “escola”. Destaca-se inclusive que esta designação de “escola” era problemática frente à falta de unidade de pensamento dos autores

---

<sup>10</sup>“El apelativo de clasico fue asignado a esta escuela por los positivistas con un sentido peyorativo, aunque ya fue utilizado por Francesco Carrara, su más ilustre representante. Se trata de una escuela de contenido muy heterogêneo, que engloba tendencias distintas, incluso opostas, que llegaron à combatirse entre si (absolutistas contra relativistas) (...)”. (PIÑERO, 2006, p. 75).



a ela pertencentes. A discordância era tamanha que até no tocante a uma questão central para o direito penal que era sobre a finalidade da pena não havia consenso (representantes havia tanto como defensores da teoria absoluta como da teoria relativa).

Si difícil es caracterizar el Iluminismo en general -debido a las contradictorias corrientes en que se nutría-, más arduo todavía resulta pasar revista a los autores que siguieron este criterio en el campo de nuestra ciencia, particularmente porque hubo vanos cuya filiación es poco clara. Em líneas generales, creemos que en el penalismo de fines del siglo y buena parte del siglo XIX, hubo penalistas que siguieron la línea de la lustración, en tanto que otros fueron herederos intelectuales de la misma, sin seguirla exactamente. No obstante, la tradición iluminista perduró en el pensamiento penal liberal, aún cuando otras comentes se disputasen ya el campo del pensamiento filosófico en general. (ZAFFARONI, 1987, p.86)

Diante desta constatação, Santiago Mir Puig (2003, p.155 e 146) então indaga o que levou a Ferri a agrupar correntes de pensamentos discordantes dentro de um grupo e chamá-la de escola clássica. Necessário era um fator comum que justificasse este conjunto unitário: os pensadores clássicos utilizavam-se de um método racionalista, abstrato e dedutivo. Contudo, observa-se que o positivismo jurídico igualmente utilizou-se do método racionalista, todavia era uma atitude metodológica contrária à da escola clássica. A diferença entre ambos é sobre o objeto em que se aplicou. Enquanto o positivismo jurídico debruça-se sobre o direito positivo; a escola clássica inclina-se ao direito natural. O próprio Francesco Carrara declarava (dentro de uma perspectiva católica-tomista) que a origem e a forma do direito penal provinham de uma lei absoluta.<sup>11</sup>

Lo que diferencia a las dos tendencias metodológicas es el objeto que eligen. Si el positivismo jurídico reclama como exclusivo objeto de la ciencia jurídica el derecho positivo, la escuela clásica orienta su atención hacia un derecho ideal racional, hacia el derecho natural. En este sentido el "racionalismo" de la escuela clásica no se agota, como en el positivismo jurídico, en el recurso a la razón como instrumento para desentrañar el sentido del derecho positivo, sino que cumple, en primer lugar, la función de descubrimiento del propio objeto de análisis: el derecho natural revelado por la razón. (MIR PUIG, 2003, p. 155).

Uma circunstância importante defendida pelos pensadores clássicos, como nos ensina Alessandro Baratta (2004, p. 23), era que o criminoso era um ser humano que não guardava diferença com relação aos demais (ponto de discordância com a escola positiva). Para ele não haveria um determinismo para a constatação da delinquência, sendo inútil uma investigação etiológica. O delito tinha um conceito jurídico que era a violação do direito e conseqüentemente a quebra do pacto social segundo a filosofia política do liberalismo

---

<sup>11</sup>“Hoy ya no compartimos, por cierto, la fe racionalista con que Carrara creía poder aprehender los principios inmutables de la razón que presiden la teoría del delito, y nos dejaría perplejos quien quisiese proponer de nuevo la rígida contraposición hecho por Carrara entre la autoridad de la ley y la verdad que desciende de la naturaleza de las cosas y a la cual debe dirigirse el tratamiento teórico del derecho penal.” (BARATTA, 2004, p. 30).

clássico. O delito era fruto da vontade da pessoa e não surgia ou era percebido nos termos dos caracteres físicos como estabelecera Cesare Lombroso.

A escola clássica tinha um caráter liberal e era fruto do próprio contexto de sua época. Esse direito natural trazia limites ao legislador impondo o respeito à sua liberdade. Nota-se aqui sua identidade com os direitos humanos de primeira dimensão. A escola clássica vinculava-se com a política liberal clássica.<sup>12</sup> A liberdade é um direito natural e este fato importará num legalismo para sua limitação ou supressão. O direito de punir deve ser regulado detalhadamente pela lei protegendo-se desta maneira o indivíduo do arbítrio e das penas desnecessárias ou inócuas. Não é por outro motivo que este ambiente será um terreno fértil para o florescimento do princípio da legalidade já reclamado por Beccaria em *Dos Delitos e Das penas* (1764).

Cuando se habla de escuela liberal clásica como de un antecedente o como de la "época de los pioneros" de la moderna criminología, se hace referencia a teorías sobre el crimen, sobre el derecho penal y sobre las penas, desarrolladas en diversos países europeos en el siglo XVIII y principios del siglo XIX, en el ámbito de la filosofía política liberal clásica. Se hace referencia, particularmente, a la obra de Jeremy Bentham en Inglaterra, a la de Anselm von Feuerbach en Alemania, a la de Cesare Beccaria y de la escuela clásica del derecho penal en Italia. (BARRATA, 2004, p.24)

Percebe-se, apesar da diversidade de doutrinas, que o que propriamente unia os autores clássicos era um fundamento universal e eterno para o direito que garantisse o indivíduo frente a potestade do Estado. Existiriam direitos inatos que pertenceriam ao homem e dentre estes o de maior destaque seria a liberdade. Ganha relevo igualmente a determinação que todos são iguais perante a lei (aspecto neste momento histórico puramente formal). Observa-se a ascensão da burguesia e, conseqüentemente, o desenvolvimento de uma teoria política e jurídica que atendesse aos seus anseios. Era uma nova orientação político-jurídica que procura superar o antigo regime.<sup>13</sup> Tal situação se refletirá nas ideias penais merecendo destaque os pensadores italianos, nomeadamente Francesco Carrara e Beccaria.

<sup>12</sup>“A fines del siglo XVIII culmina el pensamiento iluminista, que observa, como características filosóficas, principalmente racionalistas, iusnaturalistas y utilitaristas, que convergen en una serie de proposiciones eminentemente críticas y de contenido político acerca de la concepción del Estado. Tal periodo planteó un serio cuestionamiento a las excusas que sostuvo el Estado absolutista preexistente. La propuesta era dar apoyo a una nueva concepción del Estado más igualitario, más justo y de menos privilegios, que habría de originar la nueva estructura estatal democrática republicana y liberal apoyada en el paradigma contractualista, sustentando los principios de legalidad y de división de poderes con el reconocimiento a los derechos naturales de la persona, como límites al poder absoluto, lo que naturalmente se reflejó como limitación al ejercicio de la potestad punitiva del Estado (*ius puniendi*)”. (CAMACHO, 2003, p.127).

<sup>13</sup>“Una de las primeras reacciones contra el pensamiento crítico iluminista fue el representado por el racionalismo iusnaturalista y después por el racionalismo positivista, en la medida en que, superado el momento de crítica al Estado absolutista precedente, seriamente cuestionado y con el evidente objetivo de destruirlo y superarlo, se manifestó para procurar el establecimiento y consolidación del nuevo estado de derecho de estructura más liberal y democrática, respetuosa de los derechos naturales del hombre. No obstante esto, en no

Pero es primordialmente a través de los juristas italianos Carmignani y Carrara, que la teorización de este derecho penal llega a su ápice; son ellos los que trazan definitivamente el perfil con que hoy lo onocemos, a partir de una base inmarcesible de derechos del hombre, a quien se designa como sujeto de derecho y no como objeto del derecho penal; del delito como "ente jurídico" (cuya configuración y consecuencias dependen de la ley); de la responsabilidad penal como responsabilidad subjetiva (moral) basada en la propuesta del libre albedrío como axioma; de la pena como retribución por el delito aunque sin desconocimiento de distintas finalidades en las que caben tanto la prevención general como la especial. (CREUS, 1992, p.35).

Essa perspectiva liberal da escola clássica não ficará ausente de críticas pela “escola” positiva. Esse direito que justificava um Estado mínimo sofreu duras críticas no desenrolar do século XIX (início do século XX). A estrutura do direito penal alicerçada na escola clássica e seu enlace com o Estado não interventor foi “acusada” de pactuar com o aumento da criminalidade destes séculos. A escola clássica preocupada com a proteção do indivíduo negligenciava as necessidades de prevenção da sociedade industrial que estava em amplo desenvolvimento. É verdade, no entanto, que as propostas da escola clássica não foram responsáveis pelos problemas sociais, políticos e econômicos da época, entretanto suas concepções não mais se mostravam adequadas frente a estas novas necessidades da sociedade.

### **2.1.2 O método da escola positiva**

A denominação “escola positiva” informa de maneira inequívoca a influência da corrente filosófica do positivismo nas concepções de seus membros. Suas formulações eram oriundas de uma simbiose entre o positivismo, o evolucionismo e o naturalismo. Verifica-se uma reviravolta frente aos fundamentos e às constatações da escola clássica. Se antes o abstrato e a dedução imperavam, com esta escola a metodologia se inverte: concreto e indução são as palavras chaves do método. Ademais, a escola positiva não sofre somente influência da mudança de perspectiva da teoria do conhecimento, as mudanças sociais e o surgimento de um Estado interventor também ensejaram mudanças na dogmática jurídica.

A escola positiva sofreu grande influência do contexto político e social de sua época, contudo a mais sentida transformação frente aos clássicos se encontra no método de pesquisa e conhecimento. Ressalte-se o assombro e o deslumbre do homem frente aos avanços das ciências naturais. A ideia de ciência dentro do positivismo ganhou uma identificação com a ideia de verdade. Se outrora a verdade provinha da revelação divina, com o positivismo a

---

pocas latitudes se sostuvieron en mayor o menor medida rasgos de defensa a los intereses de la estructura dominante.” (CAMACHO, 2003, p.128).

verdade era produto da investigação científica. Desta maneira o surgimento da escola positiva liga-se umbilicalmente com a primazia das ciências naturais no pensamento filosófico.

El positivismo se caracterizo por pretender la identidad de la filosofía con la ciencia. Para esta corriente, la filosofía nunca fue otra cosa que una síntesis de las ciencias. Por otra parte, como resultado de la aplicación del método científico, el hombre no conoce límite alguno, es decir que la ciencia se revela como camino de acceso al infinito. De allí que el positivismo sea una forma de romanticismo, precisamente, el romanticismo que quiere alcanzar al infinito por la ciencia. (ZAFFARONI, 1987, p. 187).

A escola positiva, de forma diferente da escola clássica, não era marcada por uma grande heterogeneidade. A superação da dedução e a valorização da indução eram de consentimento comum entre os principais estudiosos. Respeitadas as peculiaridades de pensamento de cada doutrinador dúvidas não existiam sobre o potencial revelador da ciência. O método das ciências naturais como salientado provocou uma mudança de cento e oitenta graus na metodologia empregada. Na seara penal o objeto transfigura-se na mesma linha. O crime que tinha *status* de um ente jurídico ideal transmuda-se para um fato empírico (concreto).

La nueva perspectiva metódica supuso el cambio de objeto dela ciencia penal: del derecho *ideal* de la escuela clásica se pasó a la realidad empírica, de la búsqueda del *deber ser* a la investigación del *ser*. Fue la manifestación más evidente del ambiente cultural del momento, dominado intensamente por el positivismo, cuya aplicación a las ciencias del espíritu a imitación de las naturales se consideraba la única vía de afirmación del carácter "científico" de esas ramas del saber, entre las que cuenta el derecho. El rechazo del derecho natural como objeto de conocimiento científico era coherente con la tendencia a desterrar toda "metafísica" de la ciencia y a limitar ésta a los "hechos" y a sus leyes empíricamente observables. Con ello, como suele suceder, se llevó la concepción del método de un extremo ideal a otro extremo naturalístico. (MIR PUIG, 2003, p. 160 e 161).

Uma modificação de perspectiva fruto destas alterações se faz sentir na percepção da ideia de delito. A escola clássica via o homem como um ser livre e a realização de um crime provinha do livre-arbítrio do indivíduo. A escola positiva, por sua vez, identificava o ser humano como um ser da natureza e por isso o crime era um fenômeno natural e social. Os fenômenos humanos, postos que naturais, tinham explicações físicas, antropológicas e sociais. O infrator é um ser biologicamente e/ou socialmente anômalo.<sup>14</sup>

El hombre, como ser de la naturaleza, no responde a los impulsos del libre albedrío, sino al de las leyes de la naturaleza; actúa respondiendo a ellas y, por tanto, no actúa "en libertad", sino "determinado", condicionado por las circunstancias materiales que lo rodean. Por consiguiente, el derecho penal no puede hacer corresponder sus elaboraciones con una reprochabilidad de orden moral, sino que el hombre, al vivir

<sup>14</sup>“En efecto, la escuela liberal clásica no consideraba al delincuente como un ser diferente de los demás, no partía de la hipótesis de un rígido determinismo sobre cuya base la ciencia tuviese por cometido una investigación etiológica sobre la criminalidad, sino que se detenía sobre todo en el delito entendido como concepto jurídico, es decir como violación del derecho y también de aquel pacto social que se hallaba, según la filosofía política del liberalismo clásico, en la base del Estado y del derecho.” (BARATTA, 2004, p.23)

en sociedad, tiene que observar sus reglas para que ella siga siendo lo que es: la responsabilidad con la que trabaja aquel derecho pasa a ser, pues, una "responsabilidad social", cuyas exigencias tienden, precisamente, a la defensa de la sociedad. Por tanto el derecho penal tiene que ser un medio de defensa social y como tal tiene que ser observado por el individuo sin relación alguna con los impulsos de su ser "moral". (CREUS, 1992, p.34 e 35).

Como o criminoso é um ser anormal e incompatível com as regras da sociedade, a função da pena ganhará uma “nova” finalidade. Para os defensores do positivismo a pena é um meio de defesa social. A função preventiva é o imperativo de sua finalidade. Assim, para a sociedade é mais importante a prevenção de um delito que a retribuição por um mal cometido. O fato cometido perde em importância para o direito penal e ganha destaque a periculosidade do agente e a possibilidade de autoria de novas infrações. O direito penal não valorizaria o fato cometido centrado-se principalmente na figura do autor. A pena perde espaço para as medidas de segurança dentro deste panorama.

La segunda consecuencia en el terreno de las medidas de defensa contra el delito afectó a la concepción tradicional de la pena, y de forma tan radical como el giro que sufrió el papel atribuido al delito. Si el fundamento de la defensa de la sociedad frente a los sujetos peligrosos no se basa ya en la culpabilidad, la pena, a cuyo concepto es esencial la idea de castigo por el hecho cometido, deja de aparecer como respuesta adecuada. Por otra parte, si la defensa social debe estar dirigida por el conocimiento científico-positivo de las causas que producen la peligrosidad en el sujeto y llevan al delito, la única medida ajustada a las exigencias científicas habrá de ser aquella que el estudio de la personalidad del sujeto y de sus factores sociales haga necesaria para contrarrestar su peligrosidad criminal. Todo ello condujo a la escuela positiva a reclamar la sustitución de la pena -por medidas de seguridad. (MIR PUIG, 2003, p.164).

A escola positiva possui três grandes representantes<sup>15</sup> que em conjunto e com algumas divergências construíram seus fundamentos: Cesare Lombroso<sup>16</sup>, o seu fundador, Raffaele Garofalo<sup>17</sup> e Enrico Ferri.<sup>18</sup> Nestes autores percebe-se um fator em comum: um desprezo pelas questões jurídicas que a delinquência faz surgir. Suas preocupações são empíricas sendo uma consideração psicobiológica ou social da criminalidade, porque somente as ciências naturais e seu método são verdadeiramente "ciência". Suas propostas tinham coerência, pois vários deles nem eram mesmo juristas. (NUÑOZ CONDE, 2001, p.172).

<sup>15</sup>“Aunque se indica a Lombroso como punto inicial de este modo de entender lo penal, la estructuración definitiva de la "escuela" estuvo en manos de Garófalo y, sobre todo, radico en la obra monumental de Ferri.” (CREUS, 1992, p. 36).

<sup>16</sup>“Cesare Lombroso nació en Verona el 6 de noviembre de 1835, en el seno de una familia hebrea. Estudió en Padua, en Pavia y em Viena, y en 1858 obtuvo et doctorado en medicina en Genova”. (ZAFFARONI, 1987, p. 199).

<sup>17</sup>“Raffaele Garofalo nació en 1851 y murib en 1934, representó la vertiente jurídica del positivismo penal italiano”. (ZAFFARONI, 1987, p. 214).

<sup>18</sup>“Enrico Ferri nació en Benedetto-Po, provincia de Mantua, el 25 de febrero de 1856. Estudió con Ardigb, Eilero y Carrara, para entusiasmarse luego con las ideas de Lombroso, con quien tomó contacto después de la publicación de su tesis.” (ZAFFARONI, 1987, p. 208).

Cesare Lombroso é um cientista. Nota-se que sua formação acadêmica não é vinculada às ciências sociais, mas sim as ciências biológicas. Cesare Lombroso era doutor em medicina. Diante de tal circunstância, natural que Lombroso, ainda mais dentro do contexto da época, procurasse basear seus estudos no método empírico, na observação, utilizando-se da indução para a construção do seu pensamento. Sua principal obra foi “O homem delinquente” que é considerada por muitos um marco para a escola clássica e para a criminologia.

Em seu livro “O homem delinquente” Lombroso desenvolveu suas principais teorias. Destaque-se no pensamento do autor uma perspectiva diferente ao período anterior na busca de uma investigação para a criminalidade. Lombroso perscruta a questão da criminalidade utilizando-se da lupa das ciências naturais. Para ele o estudo da marginalidade não deveria ser feito sobre a análise do delito em abstrato. Necessário era investigar a causa do crime, ou seja, voltar os olhos para a figura do infrator.

Desta análise voltada ao estudo do delinquente por uma consideração causal do delito desnudam-se duas constatações que Lombroso observa e que irão caracterizar o seu pensamento sobremaneira: a) identifica-se a figura do criminoso nato portador de anomalias; b) o atavismo.<sup>19</sup>

Por un lado, se intentó buscar esos hechos inmutables, que debían servir de base a la actividad científica del penalista, en la consideración causal-empírica del delito. Se veía el delito como expresión de una personalidad o constitución anormal del individuo que debía ser estudiada con los métodos de la psicología o la antropología. El delito en este sentido no era, pues, más que el comportamiento antisocial de un desequilibrado, el delincuente nato, un ser atávico con anomalías anatómicas comprobables. Así fue entendido por Lombroso fundador de la antropología criminal. (MUÑOZ CONDE, 2001, p.171).

A teoria lombrosiana do delinquente nato é fruto de pesquisa empírica do autor. De suas investigações ele chegou às características que estariam presentes nos criminosos permitindo-se realizar uma catalogação destes. Sua tipologia dividia-se em: a) delinquente nato; b) louco moral; c) epilético; d) louco; e) ocasional e f) passional. Assim, o criminoso apresentará características anatômicas que permitiriam sua identificação como nos explica Edgardo Alberto Donna (1996):

El delincuente padece una serie de estigmas degenerativos corporales patológicos y sociales: frente huidiza y baja, gran desarrollo de los arcos supraciliares, asimetrías craneales, fusión de los huesos atlas y occipitales, gran desarrollo de los pómulos, orejas en forma de asa, tubérculo Danvin, uso frecuente de tatuajes, notable analgesia o insensibilidad al dolor, inestabilidad afectiva, uso frecuente de una determinada jerga, altos índices de reincidencia, etcétera. (DONNA, 1996, p.24).

---

<sup>19</sup>“Su teoría del delincuente nato fue formulada a la vista de los resultados de más de cuatrocientas autopsias de delincuentes y seis mil análisis de delincuentes vivos. La teoría del atavismo, que caracteriza el delincuente, contó con un estudio minucioso de veinticinco mil reclusos de las cárceles europeas.” (DONNA, 1996, p.23).

O delinquente seria um ser humano imperfeito, degenerado. Dentro de uma perspectiva evolucionista seria uma regressão da espécie. Esta regressão e evolução seriam transmitidas dos pais para os filhos marcando um determinismo.

Desta maneira, este pensamento lombrosiano que identificava e vinculava características físicas/anatômicas com a identificação do criminoso caminhava junto com o seu atavismo. Atavismo é um termo da biologia que denomina o fato de repetição de caracteres em um descendente idênticos ao do ascendente remoto (hereditariedade). “Aclaramos que Lombroso basó el atavismo o carácter regresivo del tipo criminal en el examen del comportamiento de ciertos animales y plantas, en el de tribus primitivas y salvajes de civilizaciones de aborígenes, incluso, en ciertas actitudes de la psicología infantil profunda”. (DONNA, 1996, p.24).

Outro membro da escola positiva de destaque foi Enrico Ferri. Ele representa uma linha de pensamento denominada positivismo penal sociológico. “Para FERRI, otro gran fundador de la Escuela Positivista italiana, lo fundamental en la generación del delito era, sin embargo, el factor sociológico, por lo que puede considerarse como el creador de la sociología criminal”. (MUÑOZ CONDE, 2001, p. 172.). Suas obras de destaque foram “Sociologia Criminal” e “Princípios de Direito Criminal”. Como positivista Ferri também empregava o método indutivo, todavia, diferentemente de Lombroso, não buscava as características físicas dos delinquentes. A sua preocupação e o seu objeto de estudo eram os fatos sociais. Esta circunstância levou a Ferri a diluir a ciência jurídica na sociologia. O direito penal seria um apêndice da sociologia. O jurídico ficaria contido no sociológico.

En un mundo en que todo está determinado mecánicamente, en que todas son causas y efectos hay hombres que están determinados a delinquir en virtud del resultado de la conjunción de causas endógenas y exógenas que los llevan a atacar a la sociedad. La sociedad, por su parte, también está determinada a defenderse y a contraatacar. Lo socialmente dañoso se establece partiendo del estudio mismo de la sociedad, es decir, que su determinación es objetiva. (ZAFFARONI, 1987, p. 211).

Observa-se que, para o pensador, o delito não era uma entidade “transcendental”. Como dito acima para a verificação do que era prejudicial para a sociedade parte-se da investigação e análise desta mesma sociedade. Ao partir de um determinismo, Ferri também defende a teoria da defesa social que dentro de sua visão possuía um forte viés autoritário<sup>20</sup>.

<sup>20</sup>“Lo cierto es que, si para Ferri la defensa "social" no es más que una forma "perfeccionada" de defensa "jurídica", su "perfección" parece consistir sólo en eliminarle el límite que se proponía trazarle el perisamiento anterior, que por "clásico" y "liberal" pretendía reconocer cierto respeto a la dignidad humana. Con un concepto biológico del hombre, complementado con el organicismo social, e implicando el determinismo mecanicista, la tutela jurídica ya no conoce límite alguno, porque el único límite que conociera la dignidad humana, que para Ferri era un "resabio teológico". Perdido ese resabio "teológico", mantenido artificialmente por los "excesos liberales" de los "viejos clásicos", maestros de lo "abstracto", y en las difíciles "abstrucciones tudesacas" de la

Pela defesa social a pena teria como finalidade predominante a prevenção. A questão da ressocialização tem importância secundária (determinismo) dentro deste contexto de proteção da sociedade, apesar de Ferri considerar apenas incorrigíveis os criminosos habituais. Diante disso nota-se que a questão da defesa social mais eficaz para o combate da delinquência dependerá da percepção ou do critério que cada pensador usa na formulação dos fundamentos de suas teorias. A causa do crime vincula a solução que deverá ser aplicada.

La clase de medidas de defensa social a adoptar depende la concepción que se adopte. Quienes, como LOMBROSO, creyeron en el delincuente atávico pidieron para él la muerte, como único medio de innocuización. FERRI pudo introducir otro tipo de medidas, de naturaleza social: los "sustitutivos penales". La investigación de las causas sociales del delito permite adoptar medidas preventivas de carácter político-general, que modifiquen las condiciones sociales mismas que llevan a delinquir. Es una importante consecuencia del método experimental. (MIR PUIG, 2003, p. 164).

O determinismo de Ferri que o impele à teoria da defesa social é oriunda da própria base metodológica por ele utilizada. Se em Lombroso o determinismo se vincula ao atavismo, em Ferri são as condições e os fatos sociais que levam ao imperativo da conduta. A responsabilidade do indivíduo é baseada no fato de ele ser membro da própria sociedade, deixando de ter importância e consideração primordial a questão da culpabilidade. Todos são responsáveis imputáveis ou não pelo simples fato de pertencerem à comunidade. A razão e o fundamento da pena não se baseiam em um fato cometido, mas prende-se à periculosidade da pessoa.

A tríade dos principais representantes da escola clássica ainda tem como membro Rafael Garofalo. Garafalo representa uma corrente jurídica do positivismo penal italiano. Rafael Garofalo era jurista e ocupou altos cargos, chegando a ser Procurador do Reino. Aqui se faz necessário uma observação feita por Zaffaroni (1987, p.215): da mesma forma que é criticável a utilização do termo “escola” para a escola clássica frente a pluralidade de ideias e doutrinas destoantes, a mesma observação pode ser feita no tocante a escola positiva. O objeto de estudo de Lombroso é o criminoso. Ferri, por sua vez, destaca a importância dos estudos dos fatos sociais. Já Garafalo partirá de uma concepção diferente das dos seus dois colegas da escola positiva. Garofalo desenvolverá seus estudos baseados em um jusnaturalismo.

A principal obra de Rafael Garofalo foi um livro denominado “Criminologia”. Logo no início de seu trabalho Garofalo já se posiciona criticamente frente aos outros membros da escola positiva citando, inclusive, Cesare Lombroso. Observa que os naturalistas têm se

---

dogmática, no nos cabe duda de que ya nada quedaba de la persona humana y tampoco ya nada tenía de "jurídica" la defensa que postulaba Ferri que sólo era una defensa "mecánica", de fuerza contra fuerza, sin otro límite que la fuerza misma y, para colmo de males, sostenida por una física que se reveló como teóricamente falsa.” (ZAFFARONI, 1987. P.214).



dedicado sobremaneira ao estudo do homem delinquente. A crítica ácida é que estes estudam o criminoso, contudo não antes explicam o que vem a ser o delito.

El delincuente ha, sido estudiado recientemente por los naturalistas; se le presenta como un tipo, como una variedad del *genus homo*, de le describe antropológica y psicológicamente. Despues en Francia, Maudsley en Inglaterra, Lombroso en Italia, tienen la gloria de haber descrito más completa y profundamente esa anomalía humana; pero cuando há llegado el caso de aplicar sus teorías á la legislación, se há presentado grandes dificultades; no todos los que, según la ley, eran delincuentes ofrecían semejanza con el hombre criminal de los naturalistas y esto hizo dudar de la importancia práctica de aquellos estudios. Y no podía suceder de otro modo, toda vez que los naturalistas al hablar del delincuente olvidaban explicar lo que significa la palabra delito (...) (GAROFALO, 1912, p.1).

Rafael Garofalo (1912) relata que antes de qualquer estudo sobre o delinquente e o que leva o indivíduo à prática de um delito, uma investigação deve ser feita: o que é o delito. O conceito de delito para o pensador não é um conceito técnico pertencente somente aos juristas. Aliás o próprio legislador absorveu sua significação da linguagem comum, ou seja, é um conceito acessível a todos. Garofalo apresenta-nos o delito natural.

O delito natural deve ser perscrutado do senso moral. Rafael Garofalo (1912) relata que a ideia do delito provém de uma lesão nos sentimentos mais intensos da pessoa<sup>21</sup>. Quando uma pessoa age dentro dos padrões que foram construídos pelo povo não se pode acusá-la de agir imoralmente. De tal modo, os costumes exercem papel fundamental para a construção do certo e do errado, do moral e do imoral. Assim o delito natural:

Podemos deduzir de todo lo que se há dicho em el párrafo anterior, que el elemento de inmoralidad necesario para que un acto nocivo sea considerado como criminal por la opinión pública, es la lesión de aquella parte de sentido moral que consiste en los sentimientos altruístas fundamentales, es decir, los de piedad y los de probidad. Es necesario además que la violación no recaiga sobre la parte superior y más delicada de estos sentimientos, sino sobre la medida media em que son poseídos por una comunidad y que es indispensable para la adaptación del individuo á la sociedad. Á esto llamaremos crimen ó delito natural. (GAROFALO, 1912, P.37).

Everado Luna (1993, p.12) explica que a teoria de Garofalo gravita em torno da pesquisa e averiguação dos sentimentos imprescindíveis para a convivência<sup>22</sup>. Estes sentimentos fundamentais da coexistência em sociedade seriam o de piedade e de probidade, cuja violação constitui a essência do delito natural.

A noção do crime natural, segundo Garofalo, que compete ao sociólogo e não ao jurista, consegue-se, não pela análise de fatos, cuja valorização varia de lugar em lugar e de época em época, mas pela análise dos sentimentos indispensáveis ao

<sup>21</sup>“El método que sigue para ello es una apelación a lo irracional. Se percata del relativismo valorativo, historicamente innegable, y, por ende, abandona el análisis de los actos -que no conviene a su propósito - y pasa al "análisis de los sentimientos". (ZAFFARONI, 1987, p.216).

<sup>22</sup>A mudança de método, proposta por Garofalo, nenhum proveito traz, porque tanto vale o critério dos sentimentos quanto o dos fatos. Os sentimentos variam com a apreciação dos fatos e o selecioná-los é tarefa vã e caprichosa. Não existem crimes naturais e crimes legais porque todos os crimes são, a um só tempo, naturais e legais. E os sentimentos todos eles, são fenômenos complexos.” (LUNA, 1993, p.12)

convívio social, constituídos do senso moral e que não são outros senão os sentimentos de piedade e de probidade. O crime natural, portanto, é a ofensa aos sentimentos de piedade e probidade: o homicídio é a ofensa típica do sentimento de piedade, e o roubo, de probidade. Ao lado dos crimes naturais estão os crimes legais, como a ofensa à integridade do Estado. (LUNA, 1993, p.12).

A contribuição da escola positiva fez-se sentir em diversas legislações e doutrinas daquele tempo. Contudo, deve se observar que os pressupostos utilizados pelos seus autores são equivocados, pois se utilizam de um método não apropriado ao estudo e à aplicação do direito dentro do desenvolvimento da disciplina atual.

### 2.1.3 O método da terceira escola

A terceira escola ou escola crítica era composta por autores heterogêneos onde se destacam seus fundadores Manuel Carnevale e Bernardino Alimena sendo que é atribuído ao primeiro a sua denominação.

Una serie de tentativas de unificación, cuya naturaleza fue bastante inorgánica, correspondió a la conocida como "terza scuola". En ella se reunían autores heterogeneos, todos los cuales tuvieron como característica común el empeño por lograr una teoría "unitaria", aunque rechazaban airadamente la calificación de "eclecticos". Sus exponentes más notables fueron Guglielmo Sabatini, B. Alirna, Impallomeni y Emmanuele Carnevale. (ZAFFARONI, 1987, p.228).

Santiago Mir Puig (2003, p. 165) destaca que as escolas anteriores eram por demais exageradas em suas teorizações. Como consequência destas posições radicais, o que foi produzido, tanto pela escola clássica quanto pela escola positiva, deixaram contribuições que necessitam de reflexões críticas para a aplicação. Assim, para Mir Puig, o ponto nevrálgico desta escola será a combinação posterior dos princípios clássicos com o princípios provenientes do positivismo criminológico. “Justamente fue el reconocimiento de dicha realidad y la consideración del predominio intelectual del positivismo junto a la continuada vigencia de los principios legislativos del derecho penal liberal, lo que suscitó ciertas corrientes que, desde fuera de la escuela positiva, procuraron una coordinación principista. La llamada terza scuola de Alimena”. (CREUS, 1992, p. 36 e 37)

A “Terza Scuola” tinha em seu método uma índole conciliatória e crítica frente as disposições de suas antecessoras. Recorde-se que a escola clássica empregava um método racionalista de primazia do abstrato e dedutivo ao partir de um direito natural que constituía seu fundamento. Por sua vez destaca-se, como já assinalado, que a escola positiva tinha como ato gnosiológico a indução, utilizando-se da realidade empírica para a construção de suas formulações. A terceira escola, que tinha uma perspectiva em maior ou menor grau eclética,

procurou, assim, harmonizar o método idealista dos clássicos com o método naturalista dos pensadores positivistas. Um exemplo de tal atitude que procura a compatibilização nos é apresentada por Mir Puig:

Así, CARNEVALE proclama, por una parte, la "reforma social" como primer deber del Estado en la lucha contra la delincuencia pero rechaza, por otra parte, la concepción del delincuente nato de LOMBROSO, reclamando se distinga entre "causalidad" y "fatalidad". Y, mientras ALIMENA niega el libre albedrío, admite la distinción de imputables e inimputables, según se posea o no "aptitud para sentir la coacción psíquica", esto es, "dirigibilidad". (MIR PUIG, 2003, p.166).

Pode-se observar com Rafael Piñero (2006, p.78 e 79) que a terceira escola busca no positivismo uma negação ao livre arbítrio, a noção de crime como um acontecimento proveniente da natureza ou da sociedade, a pesquisa das características do criminoso e da criminalidade, ou seja, em parte pactua com a ideia de um direito penal absorvido pela sociologia criminal. Por outra feita, irá colher dos clássicos a diferenciação entre imputáveis e inimputáveis e o princípio da responsabilidade moral. Assim, imputabilidade seria fruto da vontade e de seus motivos determinantes ao trazer uma ideia de dirigibilidade do sujeito. Seriam imputáveis aqueles capazes de sentir a ameaça da pena. Esta noção de crime que nega o livre arbítrio e que o encara como um fenômeno individual e social aproxima mais a terceira escola dos positivistas.

Ricardo Nuñez resume os principais traços caracterizadores desta escola:

a) la distinción del delito como fenómeno natural (individual y social) y el delito como ente jurídico regulado por el derecho penal; b) la reserva del método experimental para las ciencias penales que estudian el delito bajo el primer aspecto y la aplicación del método lógico jurídico para estudiarlo bajo el segundo aspecto; c) la culpabilidad del autor como fundamento de la responsabilidad criminal y su peligrosidad como criterio para determinar la sanción aplicable y el tratamiento de ciertas categorías de delincuentes temibles, y d) la lucha contra el delito no solamente mediante las penas, sino, también, con las medidas de seguridad. (NUÑEZ, 1999, p.51).

O que se percebe da análise da terceira escola é que na verdade misturam-se institutos das escolas anteriores sem trazer algo realmente novo.

#### **2.1.4 O método da escola técnico-jurídica<sup>23</sup>**

A primeira observação a ser feita sobre a escola técnico-jurídica é o possível exagero na denominação por ser uma escola. Apesar do próprio Arturo Rocco sugerir o nome “Escola

<sup>23</sup>En el fragor de la "lucha de escuelas" surgió una tendencia conciliatoria, que fue la defensa social de Prins, que había receptado la influencia de Bergson, pero que seguía siendo tributaria de Garofalo. Esta tendencia pretendidamente ecléctica tuvo un eco internacional al asociarse Prins a Liszt y van Hamel en la Unión Internacional de Derecho Penal. En tanto en Italia se abrió camino el positivismo jurídico, conocido como 'escuela técnico-jurídica', encabezada por Arturo Rocco y Vincenzo Manzini". (ZAFFARONI, 1987, p.23)

Técnico-Jurídica”, o que se percebe é mais uma busca de modificação metodológica principalmente frente à escola positiva. A luta entre as escolas, por sua vez, conduziu à “terceira escola”, todavia sua amálgama entre as duas correntes de pensamento das escolas anteriores se mostrou infrutífera, pois, mais era um agrupamento de ideias do que propriamente uma síntese que superasse as ideias anteriores e produzisse algo novo.

A grande relevância da escola técnico-jurídico foi a percepção da confusão metodológica entre os campos do saber que envolviam o crime. Os positivistas agrupavam, em um mesmo estudo, áreas do conhecimento que exigem atos gnosiológicos diferentes. Utilizavam-se da explicação, fruto da ideia de uma supervalorização das ciências naturais, como método do direito penal e da criminologia. A escola técnico-jurídica não nega que existem explicações causais para o crime e a delinquência, todavia o objeto do direito penal, o crime, deve ser encarado como um fenômeno jurídico. A crítica que é feita pela escola técnico-jurídica é o abandono do estudo do direito pela doutrina italiana da época para se preocupar mais com os fatos<sup>24</sup>. Se o direito penal é uma ciência normativa, o seu método não pode ser causal-explicativo devendo ser lógico abstrato.

En Italia surge una tendencia dogmática que dio lugar a la llamada "escuela técnico jurídica", que -en rigor de verdad- se trató de una exposición bastante extrema en el sentido de que sus autores mostraban un rechazo exagerado de lo filosófico. Es esta posición radical de la escuela técnico jurídica italiana, la que generó las críticas más fuertes a la dogmática, pero debe tenerse en cuenta que ella no constituye el único intento por hacer ciencia del derecho penal vigente, por eso es que tiene que considerársela como una muestra límite de la exposición dogmática y no caer en el error de ampliar las conclusiones que de ella obtenemos a todas la manifestaciones de la misma,tendencia. (CREUS, 1992, p.38).

Estas críticas ao emprego equivocado do método pelas escolas anteriores ganharam grande repercussão com Arturo Rocco em seu discurso sobre “O problema e o método da ciência do direito penal”. A luta entre as ideias clássicas e positivas pela metodologia que deve ser utilizada dentro do direito penal leva Rocco a defender como objeto do direito penal o direito positivo vigente. Percebe-se uma inclinação para um positivismo jurídico que já havia ganhado força na Alemanha como inspiração para uma direção técnico-jurídica. Esta direção técnico-jurídica não se resume simplesmente na determinação do direito positivo

---

<sup>24</sup>“Se llegó, así, a la siguiente situación: mientras que el positivismo había estimulado vivamente en Alemania, como en derecho privado italiano, la elaboración de una específica ciencia jurídica, la ciencia penal italiana impidió concentrar la atención en el derecho positivo, contribuyendo, por el contrario, a situar la total discusión teórica en un terreno "doctrinal" -en el peor sentido del término-, entre un derecho natural carente de la suficiente concreción para constituir la firme base de una elaboración rigurosa y detallada, y una realidad que, por ser extrajurídica, escapaba, de pronto, a los juristas, faltos de la necesaria preparación antropológica o sociológica" y dejaba, en todo caso, sin estudiar el derecho penal positivo. (MIR PUIG, 2003, p.168).

como objeto do direito penal. Ela vai mais além. Assim, a técnica-jurídica repulsa a qualquer aspecto da realidade empírica como seu objeto de investigação.

### **III. Considerações finais**

Viver em sociedade é um imperativo para o ser humano. Desde tempos imemoriais as relações sociais sempre se impõem frente à necessidade do outro. As normas surgem concomitantemente com a vida social. Saliente-se que, tão antigo quanto o direito, é, também, remota a existência do direito penal.

O direito penal anterior às revoluções burguesas tinha como traço característico a ausência de limitação do *jus puniendi*. O direito penal do terror é esta fase marcada pela religiosidade e ausência de proteção do indivíduo frente ao direito punitivo. Com a ascensão da burguesia e seus ideais iluministas, o direito/dever de punir transforma-se. Imperativo era a proteção do cidadão que emergia fruto das revoluções setecentistas frente ao arbítrio do Estado, principalmente, do direito penal.

Com a Ilustração almeja-se construir uma base científica para o direito penal e, conseqüentemente, trazer uma limitação ao *jus puniendi*. Destacam-se dentro da perspectiva do *civil law* dois países na busca da concretização deste escopo: Alemanha e Itália.

Neste texto procurou-se demonstrar como as principais escolas italianas lidaram com o problema do crime e do criminoso. Nota-se, em alguns autores da época inicial, a busca de um conceito de crime e, conseqüentemente, de metodologia penal com alicerce no ser. O método normativo, por exemplo, devido à grande influência do positivismo, não era utilizado por expoentes da escola positiva italiana demonstrando-se a confusão metodológica daquela ciência ainda incipiente. As escolas oscilavam entre análise do ser e do dever-ser.

Saliente-se que hodiernamente para se chegar a um conceito de crime imprescindível é o método normativo. O crime para a ciência do direito penal é descortinado pelas normas jurídicas. Isso não invalida as contribuições do pensamento das escolas italianas para o estudo do crime, todavia a busca das causas do crime serão frutos e objeto de estudo da criminologia e não do direito penal.

### **IV. Referências**

- BARATTA, Alessandro. **Criminología Crítica y Crítica de Derecho Penal**: introducción a la sociología jurídico-penal. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2004.
- BONESANA, CÉSAR. **Tratado dos delitos e das penas**. Argentina: Editonnl Heliasta S.R.L, 1993.
- BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- BRANDÃO, Cláudio. **Tipicidade Penal**: dos elementos da dogmática ao giro do método entimemático. Coimbra: Almedina, 2012.
- CAMACHO, Gustavo Malo. **Derecho Penal Mexicano** :teoría general de la ley penal, teoría general del delito, teoría de la culpabilidad y el sujeto responsable teoría de la pena. 5. ed. México: Editorial Porruá, 2003.
- CREUS, Carlos. **Derecho Penal**: parte general. 3. ed. atual y ampl. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1992.
- DONNA, Edgardo Alberto. **Teoria del delito y de la pena**: Fundamentación de las sanciones penalesy de la culpabilidad. 2. ed. atual e ampl. Buenos Aires: Editoria Asltrea de alfredo y ricardo de palma, 1996.
- GAROFALO, Rafael. **La Criminología**: Estudio sobre la naturaleza del crimen y teoría de la penalidad. Madri: Daniel Jorro editor, 1912.
- JESCHECK, Hans Heinrich. **Tratado de Derecho Penal**: parte especial. Trad: S.Mir Puig e F. Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981.
- LISZT, Franz von. **Tratado de direito penal alemão**. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial: Superior Tribunal de Justiça, 2006.
- LUNA, Everado. **Estrutura Jurídica do Crime**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.
- MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases del derecho penal**. 2.ed. Montevideo: B de F, 2003.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al Derecho Penal**. 2. ed. Montevideo, Buenos Aires: B de F, 2001.
- NUÑEZ, Ricardo C. **Manual de Derecho Penal**: parte general 4. ed. Córdoba: Marcos Lener Editora, 1999
- PIÑERO, Rafael Márquez. **Derecho Penal**: parte general. 4. ed. México: Editorial Trillas, 2006.
- WELZEL, Hans. **Derecho Penal**: parte general. Trad: Carlos Fontán Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma editor, 1956.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de Direito Penal**: parte general. Tomo II. Buenos Aires: Ediar, 1987.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Tratado de Direito Penal**: parte general. Tomo I. Buenos Aires: Ediar, 1998.