

# *A influência do pensamento italiano no Direito Penal*

Fábio Guedes de Paula Machado\*<sup>1</sup>

## **Introdução**

A ciência criminal desde o momento em que foi devidamente codificada e estudada, passou por uma série de fases, muitas destas fases identificava-se com o próprio regime imposto pelo governante de então.

Dentre estas fases, notadamente, as Escolas Penais, particularmente a Escola Clássica e a Positiva, impuseram grande importância acadêmica na Europa e América Latina, e particularmente no Brasil mereceram destaque quando das discussões que originaram o Código Penal de 1940.

Hoje, ao proceder-se a análise epistemológica do Direito Penal, é tema obrigatório retornarmos à dualidade Escola Clássica *versus* Escola Positiva, retomando suas construções e concepções. Neste trabalho serão apresentadas algumas características que marcaram o período, e vez ou outra são retomadas para servir ao diagnóstico futuro do Direito Penal, buscando-se considerar a tendência que acompanhará os países inseridos na tarja de Estado Democrático de Direito, em especial.

Sendo impossível neste instante abraçar todo o Direito Penal quanto as perspectivas passadas e futuras, à luz de um pensamento filosófico-doutrinário-liberatório contra o pensamento popular-legal-sancionatório, escolheu-se neste escrito abordar o surgimento do Direito Penal, as Escolas Penais e a pessoa do delinqüente.

Assim, indiscutivelmente, com o crescente aumento da criminalidade em suas múltiplas acepções pelo planeta afora, e categorizada a impotência do Estado em destinar ao infrator da norma a reprimenda adequada e nesta buscar a “socialização” do agente, vê-se apenas no âmbito

---

\*<sup>1</sup> O autor é Doutor em Direito Penal pela USP, Mestre em Direito pela PUC-SP, Professor de Direito Penal na Universidade Federal de Uberlândia e do Curso de Mestrado da Universidade de Itaúna e Promotor de Justiça em Uberlândia – MG.

doutrinário, o afastamento do Direito Penal como elemento solucionador dos conflitos sociais. Some-se ao fato, a fixação com maior firmeza dos princípios penais considerados como fundamentais, modernos ou humanistas, como por exemplo os princípios da intervenção mínima, “*ultima ratio*”, da fragmentariedade, da adequação social, da insignificância, da culpabilidade e etc.

De outro lado, a política criminal definitivamente encontrou assento ao lado do Direito Penal, basicamente sugerindo a adoção de medidas tendentes a diminuir a criminalidade e de se destinar ao infrator penal a plena obediência ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

## 1. O início da influência do pensamento italiano no Direito Penal

Na história do Direito Penal, surge em primeiro plano a doutrina da época medieval. Os juristas tiveram grande atenção aos princípios gerais, elaborando a base da consciência do Direito Penal. Dito que o Direito Romano não teria êxito em penetrar em muitos países, viu-se o mesmo dominar por vários séculos. A esses doutrinadores romanos se deve o reconhecimento que a Itália foi “a pátria e a berço do Direito Penal”.

Depois da época dos glossários, entre os comentadores ou práticos, se distinguiram dentre outros, Bartolo da Sassoferrato e o seu discípulo, Baldo dos Ubaldi, Jacopo da Belviso, Angelo Arentino, Bonifácio Vitalini e especialmente Alberto da Gandino, morto em 1310, autor do Tratado de Malefícios, que é o primeiro tratado de Direito Penal que tenha chegado a nós.<sup>2</sup>

No século XVI, a ciência fez notáveis progressos, elevando-se da mera prática para surgir os critérios gerais (Consilia). Entre os criminalistas desta época, recordamos Ippolito de Marsiliis, Egidio Bossi, Tiberio Deciano e sobre tudo Giulio Claro, o qual na sua *Receptae Sententiae*, dedicou o livro V para a Prática Criminal. Sucessivamente, teve muita notoriedade Jacopo Menochio e Prospero Farinaccio.<sup>3</sup>

O período do Iluminismo assinalou para a ciência penal o início de um novo desenvolvimento mais vigoroso.

---

<sup>2</sup> ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale – parte generale*. 2.<sup>a</sup> ed. Milano : Dott. A.. Giuffrè Editore, 1952, p. 17.

<sup>3</sup> ANTOLISEI, op. cit., p. 17.

Relacionamos diretamente o movimento que teve origem na obra de Cesare Beccaria e Gaetano Filangieri, o qual dedicou a terceira parte de sua *Ciência da Legislação às leis criminais*; Mario Pagano, mártir napolitano, o qual se deve um livro sobre processo criminal, e Giandomenico Romagnosi, morto em 1835, autor da *Gênese do Direito Penal*, obra de alto valor especulativo, que em muitos pontos antecipa os tempos modernos.

Um ulterior e notável impulso à doutrina penal deveu-se ao carrarese Pellegrino Rossi, com seu *Tratado de Direito Penal*, publicado em Paris em 1828 e Giovanni Carmignani, morto em 1847, professor da Universidade de Pisa, com o breve tratado *Juris criminalis elementa* e com a teoria das leis da segurança social.

Após a metade do século XIX, se delineou uma nova orientação na ciência criminal italiana, mediante o abandono da concepção utilitária do Direito Penal, derivada da ideologia do Iluminismo e com afirmação manifesta do caráter ético-retributivo da pena. Por tal modo, esta orientação foi denominada como Escola Clássica do Direito Penal, sendo o seu maior representante Francesco Carrara, morto em 1888, discípulo de Carmignani.

Na monumental obra intitulada “Programa de Direito Criminal”, publicada em 1859, este grande jurista oferece não só uma elaboração soberba de todo o sistema penal, segundo a melhor doutrina do tempo, mas também o primeiro estudo verdadeiramente científico de cada crime.

Entre os seguidores da Escola Clássica, ocupa um lugar eminente Enrico Pessina, autor da obra *Elementos do Direito Penal*.

Pouco depois da realização da unificação italiana, se delineou um importante movimento inovador que se apresenta sob o nome de Escola Positiva ou também de Escola Criminal Antropológica. Iniciador foi o médico Cesare Lombroso, o qual na obra “*O Homem Delinqüente*”, estuda e apresenta relatório à antropologia, à medicina legal e às disciplinas carcerárias. Já em 1876, sustentava que o delinqüente é sempre um ser anormal, reconhecível exteriormente por especiais características somáticas e psíquicas (teoria do delinqüente nato).

Partindo deste conceito central, Raffaele Garofalo, primeiro com o escrito “*De um critério positivo de penalidade*”, depois com a obra “*Criminologia*”, e Enrico Ferri, com os livros “*Os Novos Horizontes do Direito Penal, Sociologia Criminal e Princípios de Direito Criminal*”, elaboraram e desenvolveram os princípios e a doutrina da nova escola, a qual, negam a responsabilidade individual, propugnando uma radical renovação da legislação. Entenderam que o delinqüente fosse fatalmente levado ao delito por efeito das forças que agem dentro e fora destes. O endereço penal afirmou a inutilidade dos castigos e sustentava que o autor do delito não seria

punido, mas segregado pela sociedade para ser posto na impossibilidade de lesar bens jurídicos protegidos ulteriormente e, nos limites do possível, readaptado à vida social. Em conseqüência, sustentava que os provimentos a adotar-se nos confrontos dos delinqüentes não devem ser medidos pela gravidade do delito cometido, mas pela periculosidade do sujeito (sanção indeterminada).

A nova escola teve larguíssima voz em todo o mundo, suscitando as mais avivadas discussões. Entre estes se desdobraram fatores de um endereço intermediário, o qual acolhia vários postulados práticos da Escola Positiva, mas tinha adotados os postulados fundamentais da Escola Clássica. Em conseqüência desta escola, que veio a ser denominada de *Terza Scuola*, no propugnar o acolhimento da pena na sua forma tradicional, estabelecia outros institutos, *v.g.*, a medida de segurança, destinada a combater a periculosidade do delinqüente. Os mais notáveis seguidores desta corrente conciliativa foram Emanuele Carnevale e Bernardino Alimena.

Com a publicação de Arturo Rocco, “O problema e o método da ciência do direito penal”, em 1910, teve início na Itália a fase marcada pela aproximação dos postulados positivistas com a dogmática vinda da Alemanha, tornando-se dominante deste então, vindo a se consagrar como tecnicismo jurídico, ou pelo denominação técnico-jurídico.<sup>4</sup>

## 2. As Escolas Penais

Em suma, convencionou-se a expressão “Escola”, para designar uma determinada concepção penal teórica, com postulados próprios, agrupando autores simpáticos a estas características.

“Em torno do fundamento da responsabilidade, dos conceitos de crime e pena e, principalmente, do método e da posição do Direito Penal, formaram-se escolas”.<sup>5</sup> Voltaire já dizia que a definição dos termos é condição imprescindível à elucidação do ponto debatido, em qualquer discussão. A falta da precisão dos termos acerca da questão controvertida, é a causa da divergência, mais aparente do que real, entre polemistas que se digladiavam, sustentando cada qual seus postulados.

---

<sup>4</sup> ANTOLISEI, *op. cit.*, p. 18.

<sup>5</sup> LYRA, Roberto. *Novíssimas escolas penais*. Rio de Janeiro : Editor Borsoi, 1956, p. 6.

Ao ver de Muniz Sodré, uma Escola exige, como elementos para a sua existência, um conjunto de idéias básicas que lhe sirvam de alicerce, coordenadas em lógica sistematização, de maneira a fornecer um corpo integral de doutrina, com princípios fixos sobre os pontos capitais, que lhe constituem a essência.<sup>6</sup>

Frente a estas considerações, existe nítida divergência entre os traçados firmados pela escola clássica e a antropológica. Já a denominada terceira escola, é uma variante da escola italiana. Por esta razão, Ferri não aceitava a criação de uma terceira escola, “pois havia o apriorismo dedutivo ou o positivismo indutivo, sem que naturalmente a dedução exclua absolutamente toda indução no apriorismo e vice-versa, porque é somente questão de predomínio. Assim, ao lado destes dois caminhos podem existir atalhos, não uma terceira via”.

Contudo, sem ser tão radical quanto foi Ferri, a doutrina de uma forma geral aceita as três escolas e mais, a partir do surgimento de novos reformadores, “pseudo escolas” foram sendo criadas, conforme serão apontadas posteriormente.

## 2.1. A Escola Clássica

O livre arbítrio e a responsabilidade penal se fundam na responsabilidade moral. Inteligência e livre arbítrio são condições da responsabilidade. Livre arbítrio é o poder que tem o homem de determinar-se livremente. “É faculdade inerente à alma humana.”<sup>7</sup> É o poder de se decidir em oposição mesmo às razões mais fortes que porventura atuem sobre ele.

O homem é dotado de livre arbítrio, de liberdade moral, logo pode querer o bem ou o mal, por isso é moralmente culpado e legalmente responsável por seus delitos, sendo este o fundamento da responsabilidade moral do criminoso

Só há responsabilidade penal quando existe a responsabilidade moral, isto é: só podem ser punidos, como autores de ações ou omissões criminosas, os que tem responsabilidade moral. Assim, é necessário a liberdade de querer, expressada através da capacidade de distinguir o bem do mal.

---

<sup>6</sup> ARAGÃO, Antonio Moniz Sodré de. *As três escolas penais*. 5.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro : Livraria Freitas Bastos S.A., 1952, p. 308.

<sup>7</sup> SODRÉ, op. cit., p. 69.

Essa responsabilidade moral do criminoso tem graus e está na razão direta da porção do livre arbítrio que ele possui, variando a severidade da pena e, portanto, a gravidade do delito.

O crime é obra exclusiva da vontade livre do delinqüente, e nunca um produto natural e social resultante da ação combinada de fatores biológicos, físicos e sociais.

Os defensores do livre arbítrio não negam a ação de ameaça, do castigo sobre a vontade, não desconhecem o poder dos motivos e dos móveis; vêem somente que a vontade não está a eles encadeada, eis que ela se determina conforme os motivos, mas não é por estes determinada. Para esta metodologia, o criminoso é um ser normalmente constituído, e psicologicamente são provido de idéias e sentimentos iguais aos de todos os outros homens. Proclama a igualdade de todos, honestos e criminosos, quer sob o ponto de vista somático (anatômico e fisiológico), quer sob o ponto de vista meramente fisiológico.

## 2.2. A Escola Positiva

Afirmavam os adeptos deste escola penal que “o livre arbítrio é uma ilusão subjetiva, desmentida pela fisiopsicologia positiva”<sup>8</sup>.

Esta escola é adepta do determinismo psicológico ou volicional. Fulmina a existência do livre arbítrio e nega a responsabilidade dos indivíduos. O homem está sujeito à lei da causalidade e os seus atos são consequência inevitável das circunstâncias internas e externas que lhe influenciam a vontade.

Estes cientistas demonstram, positivamente, a não existência da liberdade de querer. A vontade para o determinismo deixa de ser essa entidade psíquica e abstrata, essa faculdade da alma, de todo independente dos vários motivos que a impelem à ação, para ser a representação mental consciente de um ato antes de sua execução.

Dizem também que o homem pensa e age, não espontaneamente, mas conforme o “sangue” que tem nas veias, isto é, conforme sua herança. Ele sente, pensa, quer muito mais por seus avós do que por si mesmo. É o morto que do fundo do seu túmulo, onde se tornou poeira, governa o vivo. A vontade humana, este estado de consciência, está submetido às influências dos agentes físicos e sociais. A fisiologia, a psicopatologia, a estatística o provam.

---

<sup>8</sup> SODRÉ, op. cit., p. 74

Demonstravam ainda que a vontade não é uma faculdade do espírito, causa dos nossos atos, antes da sua produção, realizados unicamente como uma conseqüência resultante do processo natural de transformação das forças físicas e fisiopsicológicas.

A responsabilidade penal do criminoso tem por base e fundamento a responsabilidade social; e a natureza e o rigor dos meios de defesa social contra o crime, variam conforme o grau de temibilidade do delinqüente e a sua inaptidão à vida social.

O crime não é um ato filho da vontade livre do indivíduo que o praticou, conforme pensam os clássicos sim de fatores biológicos, físicos e sociais.

A escola Antropológica postula que o “homem delinqüente, por suas anomalias orgânicas e psíquicas, hereditárias e adquiridas, constitui uma classe especial, uma variedade do gênero humano”<sup>9</sup>; ou seja, é um ser anormal e mais ou menos insuscetível de adaptação à vida social. Como observa Garofalo, a Escola Clássica só conhece dois termos: o delito e a pena. A sociologia criminal conhece três: o delito, o delinqüente e o meio apropriado de defesa social.<sup>10</sup>

### 2.3. *La terza Scuola* ou Crítica ou Eclética

Os integrantes desta nova escola, afirmavam a existência de responsabilidade moral sem livre arbítrio.

Não é necessária a existência da liberdade volitiva para que haja a responsabilidade moral. O fundamento da responsabilidade é a identidade individual ou pessoal.<sup>11</sup>

Fundamentava-se, também, a responsabilidade como sendo a personalidade encarada sob o ponto de vista da sua duração. Seu fundamento é a memória e o hábito. Enquanto dura o indivíduo, sua personalidade sofre transformações ou antes variações sobre um tema mais ou menos idêntico.

Afirmava Gabriel Tarde, para que exista a responsabilidade moral é mister a concorrência de dois elementos: identidade pessoal do criminoso consigo mesmo, antes e depois do crime e sua semelhança social com as pessoas em cuja sociedade vive e age, e pelas quais deve ser julgado. Ex.

---

<sup>9</sup> LOMBROSO, Cesare. *L' uomo delinquente*. 3.<sup>a</sup> ed. Torino : Fratelli Bocca Librai di S.M., , 1884, p. XXXIII.

<sup>10</sup> *La criminologie*. Paris : Félix Alcan, Éditeur, 1890, p. 56-62.

<sup>11</sup> TARDE, Gabriel. *La philosophie pénale*. 4.<sup>a</sup> ed. Paris : Maloine, Éditeur, p. 55-85.

a loucura é caso de irresponsabilidade porque ela nos desassemelha e nos aliena, no torna estranhos ao nosso meio e porque nos faz estranhos a nós mesmos.<sup>12</sup>

Na lição de Moniz Sodré, surge a crítica a este pensamento: Conclui-se que não são responsáveis os criminosos natos, cujas idéias morais são inteiramente diversas das do comum dos indivíduos, falta-lhes o elementos da semelhança social, não possui o bem e o mal na mesma concep o.<sup>13</sup>

Já a crítica quanto a identidade pessoal, os loucos de nascença, devem ser considerados moralmente responsáveis pelos seus atos criminosos, porque são idênticos consigo mesmo, antes e depois do crime.

Sobre o posicionamento de Tarde, emerge a crítica de Hamon, citado por Sodré: “  impossível fixar os limites onde cessa a semelhança e a dessemelhança começa”.<sup>14</sup>

Outras teorias são citadas por Sodré:<sup>15</sup>

- teoria que baseia a responsabilidade moral na liberdade da inteligência;
- teoria da intimidade do homem pela pena. (crítica: são irresponsáveis os autores de crimes involuntários e culposos);
- teoria da normalidade: s  o homem normal   responsável. (crítica: não há delinqüentes normais);
- teoria da voluntariedade: o livre arbítrio pode ser rejeitado, o determinismo pode não ser aceito, mas em qualquer hipótese a vontade existe e não é contestada. (crítica: há a es puníveis que não voluntárias)

Enfim, a Escola Crítica sustentava, de acordo com a antropológica, que o livre arbítrio   uma ilusão subjetiva, desmentida pela fisiopsicologia positiva, mas como a Clássica, admite a existência da responsabilidade moral dos indivíduos, mentalmente sãos e fisiologicamente desenvolvidos.

Resulta que:

- a responsabilidade penal do criminoso tem por base e fundamento a responsabilidade moral;

---

<sup>12</sup> Op. cit., p. 87.

<sup>13</sup> Op. cit., p. 102.

<sup>14</sup> HAMON. *D terminisme et responsabilit *, p. 221.

<sup>15</sup> Op. cit., p. 107 e seguintes.

- tem graus a responsabilidade ou imputabilidade moral: portanto, a responsabilidade penal do criminoso;

- o crime não é filho da vontade livre de quem o praticou, conforme pensam os clássicos, mas é o produto do meio externo. Resulta exclusivamente, ou quase que exclusivamente, da ação dos múltiplos fatores de ordem social.

Com o surgimento dos neocriminalistas, as opiniões divergentes passaram a ser consideradas em muitos grupos. Muitos grupos foram formados, ou se se preferir subdivididos, surgindo a partir de então a Escola do Idealismo Atualístico; Escola Humanistas, Escola Técnico-Jurídica, Escola Pragmática; Escola Unitária, fazendo-se incluir-se também as teorias endocrinológicas e as doutrinas freudianas.

### 2.3.1 O idealismo Atualístico

São adeptos deste seguimento doutrinário dentre outros Giuseppe Maggiore e Ugo Spirito, sendo certo que estes filósofos e juristas não acordavam muito entre si. Afirma esta teoria que a responsabilidade moral, independente do livre arbítrio, admite a finalidade moral e mística da pena, pelo duplo efeito da expiação e educação. Assim já preconizava a escola crítica, não havendo, portanto, nenhuma novidade.

Para estes, a responsabilidade moral está assentada na simultânea necessidade e liberdade da volição.<sup>16</sup> Ela é condicionada a uma situação de fato, por isso necessária, pois resulta sempre de um complexo de dados pessoais, físicos, sociais, os quais, pela própria natureza, são necessários e variáveis de acordo com a variação desses dados. Mas como atividade espiritual é criação da inteligência, é, por isso, liberdade. Necessidade e liberdade, constituem dois momentos do ato volitivo, que se fundam numa só realidade que é livre pelo seu aspecto espiritual, embora necessária pela força das circunstâncias naturais.

A doutrina critica as considerações lançadas pelos integrantes desta pseudo-escola, dizendo ser impossível conciliar os dois elementos, necessidade e liberdade, visto serem antagônicos, sequer explicando qual o critério prático ou científico para avaliar-se o grau de culpabilidade do

---

<sup>16</sup> SÓDRE, op. cit., p. 314.

delinqüente, e determinar-se a qualidade e quantidade de pena, que, pela sua intensidade e natureza, deve ser expiatória e regeneradora.

Quanto ao efeito da pena, esta teoria é menos original. Ela visa a redenção moral do criminoso, corrigindo-o, emendando-o, tornando-o melhor por um processo contínuo de persistente educação. O delinqüente não deve ser objeto de ódio ou desprezo, deve ser tratado com solicitude, e, sendo susceptível de cura, cabe à sociedade reabilitá-lo, por meio da indeterminação e individualização da pena (Croce, Spirito). A pena é também justo castigo, porque como as boas ações merecem o seu prêmio, as más ações merecem as suas penas. Estas têm o caráter de expiação, que se justifica pelo conceito da culpa moral, decorrente do fato de ser o criminoso responsável pelos seus atos, pelas ações que ele próprio comete.

O idealismo atualístico quer a pena-castigo e a punição educadora para os seres destituídos da razão para os que agem sem discernimento ou se acham em estado de inconsciência. Isto só bastaria para o julgamento destes criadores de um novo Direito Penal.

### 2.3.2. O Humanismo

Foi Lanza o fundador desta pseudo-escola, que na realidade é modalidade do ecletismo penal. Como todos os adeptos da escola crítica, o humanismo não só sustenta a responsabilidade moral, independente do livre-arbítrio, como só admite a imputabilidade moral e penal aos que estão em estado de maturidade intelectual e saúde mental. Como as Escolas Clássica e Crítica, vê-se na pena o objetivo regenerador pela educação presidiária, e de acordo com a Escola Antropológica, recusa à punição a finalidade da expiação ou da vingança.

Para estes, o fundamento da responsabilidade moral é a corrigibilidade de todos os delinqüentes: “o homem é imputável porque é educável”.<sup>17</sup> Diz Lanza que o crime não é ofensa ao sentimento jurídico, mas ao sentimento moral, e por isso condenado pela nossa consciência moral. Toda a ação reprovada pela consciência moral deve ser condenada pelo Direito, que assim se identifica com a Moral. O delito é o ilícito moral, e é todo o ato violador dos nossos sentimentos morais. Há de se destacar que esta concepção não é inteiramente acatada pelos discípulos de Lanza.

---

<sup>17</sup> SODRÉ, p. 322.

Esta idéia está contida na concepção de direito natural de Garofalo, para quem o delito é a violação dos sentimentos de piedade e probidade no grau médio em que se acham na humanidade. Outra idéia do humanismo diz respeito à pena, atribui-se-lhe uma função profundamente educadora, objetivando a emenda do culpado cuja corrigibilidade não se pode negar mesmo entre os maiores celerados. Este conceito, porém, é da teoria correcionalista.

A crítica que é a de que não cabe confusão entre moral e Direito, porquanto o campo deste é mais limitado que daquele. Condena, por ex. a legítima defesa, ao estabelecer ser esta imoral! Vê-se, portanto, o incerto e precário critério que esta teoria preconiza para a determinação do caráter delituoso das ações humanas.

Acerca do fundamento de imputabilidade, sustentam seus adeptos como critério a corrigibilidade: “quanto mais perverso for o criminoso menor será o grau da sua responsabilidade, porque menor será a sua educabilidade ou corrigibilidade. Quanto a pena, esta é apenas o instrumento de educação e de reforma visando a regeneração do malfeitor. Esquecem-se dos efeitos da intimidação geral e particular, para o condenado não praticar novos crimes em virtude da sua não-liberdade ou seqüestro do convívio social. E ainda, o afastamento da vingança privada contra os criminosos impunes para só vislumbrar a missão corretiva. Demonstram desta forma o desconhecimento da classificação do homem delinqüente conforme discorriam Lombroso e Ferri.

### 2.3.3. O Tecnicismo Jurídico

O estudo técnico-jurídico do Direito Penal vigente deverá ser feito pelas pesquisas exegéticas, dogmáticas e críticas, conforme lecionam os adeptos desta metodologia. Para eles, a exegese é o exame da lei, a análise do texto legislativo em vigor, a interpretação gramatical e lógica da norma positiva, a fim de determinar o seu pensamento. A dogmática completa esse exame, porque a exegese, ainda que no seu sentido mais elevado, permite um conhecimento empírico do Direito, ao passo que a dogmática, com a noção sistemática das normas jurídicas entrelaçadas através de sua uniformidade, determina causas, fundamentos, princípios, oferecendo o

conhecimento científico do próprio Direito.<sup>18</sup> Dizia Rocco, elaborador do projeto de Código Penal da Itália, a exegese é a ciência da lei, a dogmática, a ciência do Direito.

Quanto ao tecnicismo, firma-se o entendimento de que a ciência do Direito Penal tem por objeto o estudo sistemático do Direito Penal vigente, ou positivo. Não existe outro Direito Penal além do recolhido pela legislação do Estado. Não se pode, portanto, admitir um Direito Penal filosófico, ideal, racional e natural, em razão de que seriam apenas e simples abstrações. Considerado o maior integrante deste movimento, Manzini afirmava que o “caráter da dogmática jurídica é o do conhecimento sistemático do Direito, que se obtém agrupando seus objetos segundo sua afinidade, em um todo, do qual depois os objetos singulares se apresentam como membros ou partes”.<sup>19</sup> É também posicionamento deste autor que a ciência do Direito Penal é o estudo sistemático do Direito Penal vigente ou positivo. Nenhum outro Direito Penal existe além do que se acha contido na legislação do Estado; por isso à nossa ciência não se pode assinar objeto diverso.

A existência do Direito Penal filosófico, superior, natural ou internacional, é mero equívoco e assim o dito Direito Penal em formação, não é outra coisa do que a jurisprudência ou projeto de reforma legislativa.

A crítica é de Ferri e espanca qualquer dúvida: “Reduzir toda a ciência criminal, unicamente ao conhecimento mais ou menos sistemático dos artigos das leis em vigor, é uma automutilação intelectual. Exime-se desta forma, o estudo e a utilização dos dados científicos sobre os crimes e os criminosos, diferentes dos silogismos jurídicos. É um abandono às tradições da Escola Clássica italiana e é uma deserção do dever que tem o criminalista de indicar no próprio legislador o caminho a seguir para melhorar”.<sup>20</sup>

Liszt contraria esta assertiva, por dizer que estas considerações pertencem à política criminal. Diz Ferri, que a política criminal não é uma ciência, mas uma arte: é a arte do legislador utilizar, adaptando-as às condições do próprio país, as conclusões e as propostas que a ciência dos crimes e das penas lhe apresenta.

---

<sup>18</sup> SODRÉ, *Op. cit.*, p. 326. No mesmo sentido BETTIOL, Giuseppe. *Diritto penale- parte generale*, Palermo : G. Priulla Editore Palermo, 1945, pp. 32-33.

<sup>19</sup> MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho penal*. Trad. de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires : Ediar Soc. Anón. Editores, vol. 1, 1948, p. 4-5.

<sup>20</sup> *Apud* SODRÉ, *op. cit.*, p. 328.

Os seguidores deste pensamento chegam há impor ao Direito Penal, que é essencialmente ramo do direito público, os pressupostos, as exigências, a lógica abstrata do direito privado, considerando que, entre o Estado que pune o delinqüente que transgride a lei penal, se estabelecem relações jurídicas, quase negócios jurídicos, como entre dois contraentes nas obrigações privadas. Ainda em Ferri, afirma tratar-se apenas de método lógico-jurídico aplicável à ciência do Direito Penal, qualquer que seja o seu conteúdo substancial, o endereço geral, o critério fundamental.

As críticas são contundentes. Afirmam que nenhuma contribuição trouxe ao Direito Penal como ciência puramente jurídica, quer em relação ao conceito de crime como entidade jurídica, quer quanto ao critério ou medida de pena, como meio de repressão ou prevenção ao delito, quer ainda em referência ao fundamento da responsabilidade penal.

#### 2.3.4. O Pragmatismo

Este movimento criminal que não surgiu com pretensão de ser nova escola, teve em Quintiliano Saldaña, o seu fundador. Este endereço penal é resultante da aplicação à antropologia criminal do método pragmático em filosofia, que estuda os fatos com a finalidade utilitarista das doutrinas de Jeremias Bentham, Liszt, Stuart Mill e William James.

Apareceu com maiores veleidades: a de criar uma nova antropologia criminal ou antropologia integral, isto é, uma Nova Criminologia. Para tanto, o professor de Madri busca demolir a obra de Lombroso, emprestando-lhe idéias falsas. Reduz, assim, a antropologia criminal lombrosiana à simples somatologia criminal, ou seja, é uma síntese da fisiognomia e da frenologia.<sup>21</sup>

Esta nova Antropologia Criminal Integral é aplicada ao estudo de todo homem, normal e anormal, como causa da atividade criminal ou delinqüente. Não é somente a ciência das causas, mas a ciência das causas do crime e seus efeitos individuais sobre o próprio criminoso. O crime é a obra do criminoso e ele vem a ser, por sua vez, a obra do seu crime. O fato de afirmar a existência de delinqüentes normais não amplia os horizontes da antropologia criminal que continua a ser o estudo do homem-delinqüente na sua constituição orgânica e psíquica.

---

<sup>21</sup> SODRÉ, *op. cit.*, p. 342.

Nem a admissibilidade da atividade delinqüente em homens normais tem o menor cunho de alguma originalidade. Essa tese, a da normalidade dos delinqüentes, é princípio básico da Escola Clássica, e, entre os criminalistas críticos que sustentam ser o crime, em alguns casos, produto exclusivo de causas sociais, a possibilidade de criminosos normais é idéia geralmente aceita.

Portanto, a distinção entre antropologia criminal diferencial de Lombroso e a antropologia criminal integral de Saldaña, consiste apenas em negar-se ou aceitar-se a hipótese do criminoso ser um homem normal, isto é, a hipótese de um homem normal ser causa de atividade delinqüente.

Também para a antropologia integral entra o estudo sobre a influência que a prática do crime exerce sobre a pessoa do delinqüente. “E o crime sendo obra do criminoso, o criminoso vem a ser, por sua vez, a obra do seu crime”. Por isto é que o delinqüente acidental ou instantâneo, se transforma em criminoso ocasional e este em habitual graças “a continuidade mental e moral (recordação do crime, volúpia criminal, desejo de reproduzir) gerada pela primeira experiência criminoso feliz e reforçada pelo segundo delito, que o expõe ao contágio moral da prisão.

De outro lado, afirma-se que Ferri já tinha considerado a persistência do delinqüente após o cometimento do primeiro delito.

Dito isto, as teses fundamentais são: 1- a existência de criminosos normais; e 2- anormais os efeitos do crime sobre a personalidade do próprio criminoso. Assim, dizia Ferri que a normalidade biológica é inconciliável com a tendência para a verdadeira delinqüência, quanto a segunda não há novidade.

No tocante ao fundamento da responsabilidade, há consórcio híbrido do livre arbítrio com o determinismo volicional. Dizia Saldaña: “O espírito não é senão a forma de ação, e não a forma e o conteúdo como o quer a teoria do livre arbítrio, mas a natureza humana com suas necessidades, não dá senão o conteúdo à ação e não à forma, como o determinismo supõe. O espírito não saberia operar diretamente no mundo exterior, mas opera de acordo com o temperamento através da constituição orgânica. Ele não estaria em condição de produzir um resultado transcendente ao exterior senão por meio da constituição do temperamento onde está encarnado. É então que se converte em caráter ativo”. O espírito (vontade) é a forma; a natureza (caráter) é o conteúdo. O espírito não age por si só, mas de acordo e através do temperamento. O fundamento da responsabilidade individual está no poder que tem o homem de contribuir para a formação da sua alma, na fase da sua evolução psíquica.

Diz Moniz Sodré que essa doutrina é uma variedade da teoria da responsabilidade baseada na educabilidade, no poder que tem o homem de emendar-se, de corrigir-se, de contribuir para o seu aperfeiçoamento moral.<sup>22</sup>

Quanto aos efeitos e finalidade da pena, o pragmatismo criminal não oferece nada de novo. Proclama a influência da pena como instrumento de regeneração de acordo com a velha escola do correcionalismo clássico.

Conforme se depreende da obra de Saldaña, a inovação está em substanciar-se a doutrina de que as anomalias antropológicas do homem delinqüente provêm não só da hereditariedade como também dos hábitos adquiridos por causas econômicas e sociais, como também da própria profissão delituosa, porquanto a própria “ação do indivíduo é determinante da sua constituição”.

Também preconizava Ferri, que “o delinqüente, pelas suas anomalias orgânicas e psíquicas, hereditárias e adquiridas, constitui uma classe especial, uma variedade da espécie humana”.

### 2.3.5. A Endocrinologia

A endocrinologia é a doutrina das secreções das glândulas internas. No seu período clássico, a endocrinologia pretendia que o homem orgânico, moral e intelectual, é produto das secreções das suas glândulas internas, de cujo funcionamento dependem não só o desenvolvimento normal ou irregular do esqueleto e de toda a constituição morfológica e somática do indivíduo, como ainda da sua evolução psíquica, natureza dos seus sentimentos, determinação do seu caráter ou seu temperamento, estado de saúde física ou mental. São seus expoentes Pende, Cláudio Bernard e Brown-Sequard, os criadores desta teoria.

Dizia Pende: 1.<sup>a</sup> lei: O temperamento individual é o hábito morfológico mais o continente funcional do sistema endócrino-electrolítico e do sistema nervoso vegetativo, ligados. O caráter individual é o temperamento mais a arquitetura orgânica e morfológica-cerebral do indivíduo. O tipo de inteligência é o caráter mais a arquitetura cortical, originária e morfológica do indivíduo. 2.<sup>a</sup> Lei: O sistema endócrino-eletrolítico e nervoso vegetativo são o ponto de conjunção entre o hábito e o temperamento, entre o temperamento e o caráter e entre o caráter e o tipo de inteligência.

---

<sup>22</sup> SODRÉ, *op. cit.*, p. 346-356.

Conclui que: “Há uma relação entre as anomalias morfológicas e o caráter, deduzidas já pela antropologia, que deve ser desenvolvida pela endocrinologia.

Depois de diversos estudos, entre outros de Bentham, Vidoni, Cassone, as desormônias, os transtornos no funcionamento das principais glândulas internas, perturbando a vida emocional e psíquicas dos homens, são fatores precípuos desse fenômeno básico social. É mais uma hipótese que surge entre as várias teorias biológicas sobre a criminalidade. Hunte afirma que o delito resulta de transtornos emocionais, e estes decorrem do funcionamento anormal das glândulas. Ainda, leciona Ponde: “As anomalias hormônicas de per si, não devem considerar-se como suficientes ou necessárias; são apenas condições facultativas da criminalidade que se podem por outras substituir.

### 2.3.6. A Psicanálise

Freud, o fundador desta teoria, já a definia como “um processo de tratamento médico de pessoas afetadas de moléstias nervosas”<sup>23</sup>. Ela proclama dois princípios ou premissas que o notável professor de Viena considera básicos e peculiares à sua teoria: 1- Os processos psíquicos são em si mesmos inconscientes; quanto aos conscientes, não passam de atos isolados, frações da vida psíquica total; 2- Os impulsos sexuais do indivíduo, no sentido restrito ou lato da palavra, representam, como causas determinantes das doenças nervosas e psíquicas, um papel extraordinariamente importante, que até hoje não foi apreciado no seu justo valor; de tal relevância que essas mesmas emoções sexuais tomam uma parte que está longe de ser negligenciável nas criações do espírito humano, nos domínios da cultura, da arte, da vida social.

Sendo assim, com tão altas pretensões, buscando conhecer, pela sua análise psíquica, toda a personalidade moral do homem, e explicar todas as suas tendências e todas as suas atividades, em qualquer das suas manifestações, na vida social, não era possível que o problema da criminalidade ficasse excluído das suas cogitações.

A característica, portanto, da psicanálise esta em desvendar o mundo oculto do psiquismo inconsciente e subconsciente, não por provocações externas de fora para dentro, como o hipnotismo, a sugestão, as substâncias químicas, mas ao contrário, de dentro para fora, pela

---

<sup>23</sup> *Introduction a la psychanalyse*, p. 20-21, *apud*. SODRÉ, p. 364.

significação que se atribui aos próprios dados fornecidos pelo paciente para essa interpretação adivinatória.

Freud remonta à vida do indivíduo, ainda antes de nascer. O “ID” é o núcleo do nosso psiquismo, ele não entra em contato com o ambiente, conserva-se isolado, pertencendo à sua fisiologia os impulsos cegos, imperiosos, pragmáticos. Ao contato com o meio, o ID fabrica o Ego, a parte aparente da personalidade, a que sente e a que age. O Superego completa a nossa personalidade, formada pelo Ego a partir do início da adolescência, à custa do material energético do ID. Esta instância superior é censura íntima, refreadora dos impulsos inconscientes do ID, procurando submetê-los às regras da moral, às normas sociais, aos preconceitos, às tradições, aos costumes, aos preceitos imperativos do meio em que vivemos. É ele, o Superego, quem exerce a função fiscalizadora e coatora, advertindo o Ego, repreendendo-o, castigando. É a censura.

A psicanálise parte do princípio de que todos os indivíduos ao nascerem trazem consigo os instintos da criminalidade. Durante os primeiros anos de sua vida, o indivíduo mantém a sua criminalidade no mais alto grau. Sua verdadeira adaptação social começa entre os quatro e seis anos, mais precisamente quando termina o período de Édipo, acabando na puberdade. É nesse período que o desenvolvimento do criminoso começa a se diferenciar do indivíduo normal, que consegue reprimir, em parte, seus impulsos instintivos, tipicamente criminosos, impedindo assim sua exteriorização e transformando-os num esforço socialmente aceitável.

O futuro criminoso não consegue levar adiante essa adaptação. O criminoso põe em prática as exigências desenfreadas de seus naturais impulsos instintivos, agindo como uma criança o faria por si própria. Neste ponto repetem os psicanalistas as idéias de Lombroso, quando assemelha o delinqüente ao selvagem e à criança, mas não aceitam a idéia de que o criminoso é, pela sua constituição congênita, diverso do homem honesto, orgânica e psiquicamente. Dizem: “O desvio da normalidade depende mais da história da vida da pessoa do que propriamente da sua hereditariedade, o que significa em outras palavras, que o maior número de criminosos poderia, em circunstâncias diversas, transformar-se em indivíduos normais. Na prática, ela preconiza a substituição da penologia pela pedagogia.

### 2.3.7. O Unitarismo

Seu objetivo é o acordo entre as várias correntes que se formaram nos campos da antropologia ou sociologia criminal, buscando fixar princípios e normas que possam ser

geralmente aceitos acerca dos mais importantes problemas da ciência criminal. Silvio Longhi é o maior percursor deste pensamento. Ele visa, também, uma conciliação entre as duas grandes escolas rivais, a Clássica e a Positiva, tendo-se em conta as suas sucessivas evoluções e idéias das escolas intermediárias. Sabarini, em 1927, editou em Roma a Revista Internacional de Doutrina, Legislação e Jurisprudência, sob o nome Escola Penal Unitária. Contudo, por diversos doutrinadores foi tal pretensão alvo de severas críticas, notadamente quanto a tentativa de conciliação, ao argumento de ser prejudicial; e a de fundir e confundir coisas diversas e inconfundíveis, em prejuízo da clareza de posições teóricas e princípios antitéticos .

Dentro da historicidade, diz-se que o classicismo criminal surgiu como reação ao execrável e terrificante sistema do absolutismo penal e, após a vitória dos seus princípios de humanidade e justiça, nenhum criminalista se aventurou a defender e justificar os métodos bárbaros e costumes brutais dos processos e meios repressivos que ele ardorosamente combateram.

Após as investigações científicas da antropologia criminal que revolucionou toda a ciência penal, surgiram novos horizontes na compreensão do fenômeno do crime, e nos meios eficazes de combate a delinqüência. A luta entre as velhas e novas idéias há de ser sempre inevitável na contínua evolução social.

## Conclusão

Pode-se dizer com segurança, que o Direito Penal atual funda-se, unicamente, sob a base da abstração de suas estruturas e sistemas, afastando-se do homem enquanto entidade. Esta premissa, atualmente, ficou atribuída à Criminologia, enquanto ciência afim.

Não obstante a isto, para a plena compreensão das idéias atuais, é fundamental que os postulados ditados pela Escola Clássica, Positiva e suas derivações, sejam revisitados.

## Bibliografia

ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di diritto penale – parte generale*. 2.<sup>a</sup> ed. Milano : Dott. A. Giuffrè Editore, 1952.

ARAGÃO, Antonio Moniz Sodré de. *As três escolas penais*. 5.<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro : Livraria Freitas Bastos S.A., 1952.

BETTIOL, Giuseppe. *Diritto penale- parte generale*. Palermo : G. Priulla Editore Palermo, 1945.

GAROLAFO, Rafaelle. *La criminologie*. Paris : Féliz Alcan, Éditeur, 1890.

LOMBROSO, Cesare. *L' uomo delinquente*. 3.<sup>a</sup> ed. Torino : Fratelli Bocca Librai di S.M., 1884.

LYRA, Roberto. *Novíssimas escolas penais*. Rio de Janeiro : Editor Borsoi, 1956.

MANZINI, Vincenzo. *Tratado de derecho penal*. Trad. de Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires : Ediar Soc. Anón. Editores, vol. 1, 1948.

TARDE, Gabriel. *La philosophie pénale*. 4.<sup>a</sup> ed. Paris : Maloine, Éditeur, 1900.