

TRABALHOS DE ALUNOS

A escola positiva de direito penal e sua influência no Brasil*.

Renato Alberto T. di Dio

INTRODUÇÃO

SUMÁRIO: 1. *O positivismo na Itália.* 2. *Caracteres gerais do positivismo.*

1. De que outra forma se poderiam reconhecer os méritos do positivismo senão procurando, ao encetar um estudo sôbre a escola positiva de direito penal, estabelecer — ainda que em linhas muito gerais — as condições da realidade social em que tal doutrina surgiu e se desenvolveu?

Com efeito, talvez o mérito precípua do positivismo tenha sido o de pôr em relêvo a realidade histórica e social do fato homem. Foi, aliás, através do historicismo positivista que penetrou no pensamento moderno “a noção mais intrinsecamente histórica dos fatos humanos”¹.

Nos anos que intercorreram entre 1870 e os princípios do nosso século, a Itália teve um desenvolvimento maior do que em qualquer outra fase da sua história como nação. Alcançada a sua unidade política com a tomada de Roma, concentrou-se o povo italiano na obra de organização interna, conhecendo um longo período de paz. Viu-se, assim,

*. Trabalho apresentado na Cadeira de Criminologia do Prof. Basileu Garcia, no curso de doutorado, em 1960.

1. FRANCO LOMBARDI, *Nascita del mondo moderno*, Casa Editrice Arethusa, 1953, Asti, P. II, Cap. 3, p. 157.

tomarem conta do espírito dos cidadãos aquêles otimismo e aquela confiança que não se sabe se foram apenas os princípios teóricos com que o positivismo quis interpretar a história ou se constituíram também as condições psicológicas sem as quais essa filosofia não poderia ter nascido e frutificado.

Se volvermos o olhar ao passado, verificaremos que, enquanto o neohegelianismo, que lhe é posterior, tem por fundo um período de contínua beligerância da Itália — guerra da Líbia (1911-12), intervencionismo e consequente participação na primeira conflagração européia (1915-18), marcha sôbre Roma e instauração do fascismo (1922), guerra da Etiópia (1935-36), participação na guerra civil espanhola (1936-39) e guerra mundial (1940-45) — o positivismo foi a filosofia de uma sociedade nova que vinha de realizar o ambicionado sonho da sua unidade e que, tanto no setor político quanto na esfera do pensamento, se preparava para assumir o seu posto na comunidade européia.

A atmosfera espiritual do povo italiano era propícia, por conseguinte, à aceitação da doutrina positivista, que deve ser considerada como uma atitude otimista, não só porque é um reflexo filosófico do progresso científico, como também porque acredita na inelutabilidade do progresso, tanto é verdade que alguns dos seus representantes afirmam não existir o incognoscível, mas apenas o ainda não conhecido.

2. Na Itália, mais do que em qualquer outro país em que a filosofia comteana floresceu, os seus adeptos adaptaram por assim dizer as suas linhas fundamentais ao seu temperamento, à sua formação e ao seu ambiente, a expensas quase sempre de uma série de arranhões à coerência.

Proliferaram assim positivistas mais ou menos ortodoxos: freqüentes foram os casos em que, em face das consequências que repugnavam ao bom senso — qualidade que os peninsulares possuem em alto grau — o cientista

ou o estudioso preferiu retroceder a tirar ilações lógicas dos princípios adotados.

Não se pode dizer que, no caso, se trata de menor capacidade de rigor lógico. Talvez a diferença consista numa distinção de critério: enquanto outro povos, dir-se-ia o alemão, deduzem fatalmente as consequências de um princípio, criticado e aceito de início, o italiano adota como critério de verdade de uma doutrina a plausibilidade das suas conclusões. Aliás, isso equivale a repetir o que todos sabem: o alemão é mais metafísico e o italiano mais positivo.

Não há dúvida de que os positivistas italianos careceram de penetração e sensibilidade filosófica, como já observava, no começo do século, BENEDETTO CROCE². E esse fato se explica pela circunstância de que, durante o positivismo, mais do que uma filosofia autêntica, havia um diletantismo filosófico, em virtude do qual médicos, advogados, cientistas em geral — mesmo porque não reconheciam um lugar autônomo à indagação especulativa — procuraram apoderar-se de sua tarefa, sem possuir formação e espírito crítico suficientes.

Observa com razão SPIRITO que “essi rimangono sul piano che HEGEL avrebbe chiamato del noto, senza autentici sforzi di elevarsi a quello del conosciuto”³. E permanecer nesse plano significa não elaborar criticamente os conceitos que se empregam, mas deixá-los em seu valor corrente, de tal forma que o discurso filosófico se mantém aproximado e superficial. Não só, mas a insuficiência crítica confunde-se, como é natural, com a insuficiência da consciência histórica de tais conceitos, que acabam muitas vezes sendo curiosamente elementarizados e, por isso mesmo, de certa forma, alterados.

Talvez não seja por mero acaso que o tempo do positivismo tenha sido o da política liberal-democrática. Os

2. BENEDETTO CROCE, *A proposito del positivismo italiano*, Critica, 1905, p. 169-172.

3. UGO SPIRITO, *Il positivismo, Classici della Pedagogia Italiana*, Coedizioni Giuntine Sansoni, Firenze, 1956.

seus princípios são acessíveis ao grande número, porque superficiais. E aquilo que o positivismo possui no fundo de verdadeiro o intui mais do que o justifica. Proclama, frequentemente com razão, o que nem sempre é capaz de alicerçar em mais profundos motivos filosóficos.

Dir-se-ia que o positivismo é a filosofia ao alcance, senão de todos, pelo menos do maior número. E isso na medida em que renuncia à profundidade, ao espírito crítico, à subtileza lógica. Nem se queira objetar que a esta logicidade não aspiravam os seus representantes, como se se tratasse de algo a que não atribuissem valor. Pelo contrário, se nem sempre foram coerentes, é porque pecavam pela falta daquela formação e informação que lhes permitisse sê-lo, não obstante os seus esforços ou a ilusão de que o eram.

Não queremos dizer com isso que a filosofia deva ser necessariamente abstrusa. Mas, pelo menos, que requer um preparo e um esforço igual ao exigido pelo conhecimento científico, que — também êle — não pode ser vulgarizado sem que ao mesmo tempo seja elementarizado e, portanto, deturpado.

Esta ausência de tradição filosófica constituiu um denominador comum de muitos positivistas, os quais, podendo não só os ramos mas também as raízes da árvore filosófica, rejuveneceram a cultura itálica.

a) Limitação aos fatos — eis o primeiro mandamento da doutrina. “O fato é divino e o princípio é humano. Neste o homem, que o fêz, pode enganar-se: aquêle se lhe impõe de forma absoluta e não pode fazer com que não seja, quando é”⁴.

b) A própria adesão e restrição aos fatos implica hostilidade à metafísica, quer porque os seus problemas são insubsistentes ou insolúveis, quer porque as suas explicações são transcendententes e inverificáveis.

4. ROBERTO ARDIGÒ, *Opere Filosofie*, Padova, Draghi, 1901, VIII, p. 67 (L'inconoscibile di Spencer).

c) Por isso, o único método possível será o indutivo. Postergado todo princípio apriorístico, as únicas fontes do conhecimento são a observação e a experiência. As generalizações e as leis devem ser consideradas como meras hipóteses destinadas a ser confirmadas ou desmentidas pelos fatos.

d) Finalmente, explicando deterministicamente a natureza, em que se inclui o homem, não há lugar para a liberdade, que, para a maioria dos positivistas, é uma ilusão. Esta conclusão, transportada ao campo moral e jurídico, constituirá o pilar que deverá sustentar o edifício da escola positiva.

PARTE I

A escola positiva de direito penal.

SUMÁRIO: 1. *Importância da escola positiva.* 2. *A escola clássica.* 3. *A escola positiva.* 4. *Erros e méritos da escola positiva.*

1 Em muitos setôres da cultura e, especialmente, no campo do direito, tornou-se a Itália credora perante o mundo de aplausos entusiásticos. Seria ocioso enumerar os títulos de glória nas artes, na ciência e na especulação. Mas, se nos diversos aspectos da inteligência, vez ou outra, povos vários compartilham de seus méritos, elevando-se ao mesmo nível, uma esfera do saber existe em que a Itália domina soberana: a do Direito Penal.

BECCARIA, ROMAGNOSI, CARRARA, BOVIO, LOMBROSO, GAROFALO, FERRI — eis os astros que constituem o sistema do direito criminal e ao redor dos quais giram muitos satélites, cujo brilho dependeu quase sempre da maneira pela qual souberam refletir a sua luz.

Não é outra, aliás, neste particular a convicção dos próprios italianos, como se depreende das expressivas pa-

lavras com que SPIRITO inicia a sua *Storia del Diritto Penale Italiano*:

“Uma das maiores afirmações da cultura italiana, a partir da metade do século XVIII, verificou-se no campo dos estudos de direito criminal: e os nossos maiores criminalistas — desde os representantes da escola clássica até os modernos sociólogos — sempre tiveram consciência desta primazia italiana e sempre a proclamaram. Nem o valor dos nossos estudos foi ignorado no exterior: atente-se para a revolução levada ao campo dos estudos e ao da legislação européia pelo pequeno livro de CESARE BECCARIA; para todo o desenvolvimento ulterior da escola clássica; e, de modo particular, para o fato de que o principal expoente no exterior da cultura italiana dos últimos cinquenta anos é representado pela nossa escola criminal positiva”⁵.

Se é certo, porém, que a elaboração jurídico-legislativa foi obra original dos italianos, é por igual certo que os princípios filosóficos que a inspiraram foram de origem estrangeira. Assim é que a escola clássica se apoiou em bases essencialmente iluminísticas, da mesma forma pela qual a árvore da escola positiva medrou e floresceu graças à seiva recebida do pensamento positivista franco-inglês. E, em ambos os casos, os pressupostos filosóficos foram aceitos sem críticas ou restrições, a não ser aquelas ditadas, vez por vez, pela resistência que o bom senso opunha às conseqüências lógicas daquêles princípios alienígenas.

Assevera o mesmo autor que a aceitação passiva das concepções em que se fundaram os criminalistas foi a causa não só da menor originalidade dos seus resultados, como também daquela fraqueza constitutiva, evidente a todo aquêles que possua certo preparo filosófico.

Não nos parece. De um lado, os méritos que hoje se reconhecem à escola, mesmo por parte dos que já não

5. UGO SPIRITO, *Storia del Diritto Penale Italiano*, 2a. edizione riveduta e ampliata, Editore Fratelli Bocca, Torino, 1932.

lhes acolhem os pressupostos, sòmente foram possíveis porque os seus defensores acreditavam nos princípios errôneos de que partiam. Se tivessem repensado o positivismo, criticando-o portanto, teriam sido melhores filósofos mas piores juristas e reformadores. De outro lado, a que hoje se nos apresenta como fraqueza constitutiva, para o público de LOMBROSO e de FERRI ergueu-se como fôrça irrefragável, gerando nos espíritos aquela convicção sem a qual não teria sido possível reforma alguma.

O que é certo é que os penalistas italianos, por isso mesmo que eram médicos ou advogados, tinham em mira o ponto de chegada e não o de partida.

Aliás — como observa LOMBARDI⁶ com a sua habitual penetração — se é verdade que o positivismo não forneceu nenhuma figura de pensador, não é menos verdade que rejuveneceu e transformou tanto o aspeto do mundo, pelo menos do ponto de vista do pensamento, que somos o que somos apenas por fôrça d'êle.

2. A Escola Positiva de Direito Criminal foi, como se sabe, uma reação à clássica. Receberam, respectivamente, os nomes de sociológica e jurídica porque tais caracteres exprimem as exigências fundamentais dos dois sistemas.

“O crime não é uma entidade de fato, mas uma entidade jurídica” — essa a fórmula com que CARRARA sintetiza o princípio regulador de tòda a ciência criminal. Para aquêles que, como os positivistas, sòmente admitiam os fatos — ou, pelo menos, afirmavam não ser possível conhecer nada além dos fatos — é fácil imaginar que violenta reação teria que suscitar o lema de CARRARA. E o dístico que lhes deveriam opor seria: “não existe o delicto, mas sòmente o delinqüente”.

Os divinizadores do fato viam na “entidade jurídica” uma abstração. Há quem afirme que a acusação de abs-

6. FRANCO LOMBARDI, *Nascita del Mondo Moderno*, Casa Editrice Arethusa, 1953, Asti. P. II, p. 115.

tração contra a fórmula de CARRARA tenha sido um equívoco, porque, dizendo que o delito é uma entidade jurídica, CARRARA lhe queria dar precisão e concreção, uma vez que “a sua essencialidade deve consistir impreterivelmente na violação de um direito”. Tanto isso é verdade que acrescentava, com exatidão, que “o delito é violação da lei promulgada”. A concreção da fórmula deveria consistir no fato de que, numa época de jusnaturalistas, CARRARA, que também o era, compreendeu o significado do direito positivo e viu o delito e a pena em função dêle. A concreção estaria ainda mais no caráter da pena, que não teria fins retributivos, mas apenas o de defender a lei, de modo que o “princípio fundamental do direito” fôsse a tutela jurídica⁷:

Parece haver neste caso uma confusão do sentido de concreto com o de preciso. É verdade que, reagindo contra o conceito moral da pena, CARRARA deu um passo à frente e “compreendeu que o objetivo do direito penal deve ser imanente ao próprio conceito de direito positivo, no qual deve encontrar a sua razão e os seus limites”.

Mas isso não quer dizer que as concepções do crime como “entidade jurídica” e da pena como “tutela jurídica” não fôsem abstratas no sentido de que consideravam a realidade apenas sob um aspeto — do direito — sem levar em conta todo o condicionamento social e cosmológico em que o ato delituoso foi praticado.

Se se pode discutir quanto à maior ou menor abstração da fórmula da escola clássica, nenhuma dúvida pode haver sobre a concepção abstrata do Direito que por CARRARA é considerado naturalisticamente, em sua verdade e imutabilidade eternas. E foi esta a razão pela qual a teoria clássica procurou formular um direito penal baseado numa racionalidade exterior ou superior à história, extrínseco ao mundo ao qual devia ser aplicado.

7. UGO SPIRITO, *Storia del Diritto Penale Italiano*, op. cit..

Quando CARRARA tenta atenuar a abstração dos seus pressupostos mediante a distinção de que os principios são *absolutos* mas a sua aplicação é relativa, já se entrevê uma evolução, obtida, ainda uma vez, a débito da lógica e a crédito do bom senso.

A maior conquista da escola clássica foi o conceito de pena como tutela jurídica. A escola italiana, depois de ter colhido todos os frutos que os seus pressupostos iluminísticos lhe poderiam ter dado, desde BECCARIA até CARRARA, se mantinha acima da realidade, num plano transcendente, sustentada por preconceitos que só os positivistas teriam o desassombro e a fôrça de destruir.

O iluminismo foi o resultado da confusão, mais do que da fusão, de duas metafísicas que, não obstante confluíssem no pensamento francês do século XVIII, não conseguiram unificar-se: de um lado, o racionalismo cartesiano, que dá lugar a uma moral abstrata e axiomática; de outro, o empirismo inglês, que conduz a uma ética individualista e egoista. No direito, geram respetivamente as teorias naturalistas, que afirmam um direito ideal, racional e divino, e contratualistas que, inspiradas no utilitarismo, procuram reivindicar a liberdade do indivíduo.

Ambas as correntes são anti-históricas, porque quer o direito natural quer o contrato têm carácter estático.

O iluminismo é, pois, ao mesmo tempo, racionalista, utilitarista e anti-histórico. As consequências dessa filosofia, nos seus reflexos no direito penal, são aquelas pelas quais ora a pena tem por fim a defesa do contrato social em benefício dos direitos de cada um, ora visa realizar uma justiça abstrata e transcendente. E, frequentemente, as duas exigências sobrepõem-se numa solução eclética, que não se denuncia apenas na escola clássica, mas se prolonga ainda nos tempos positivistas, em parte disfarçada, em parte corrigida.

3. a) *Precursores*: CATTANGO e BOVIO.

Salientando não só a necessidade de não abstrair o delicto do mundo em que surge, mas também os liames

estreitos entre o direito e a medicina, CARLO CATTANEO prenuncia a escola positiva. Depois de ter afirmado que os homens se distinguem uns dos outros pela sua natureza, obtemperava, em sua obra *Della riforma penale*, publicada no *Politécnico* em 1841: “Estas variedades dos humanos indivíduos podem ser observadas pelo médico; mas o homem dos metafísicos e, pois, também o homem dos jurisconsultos, os quais soem partir precisamente das asserções gerais da metafísica, reduz-se a cifra única e constante, a invariável abstração”. E’ êle quem liberta o pensamento da filosofia “do sistema”, inaugura uma filosofia do homem e prepara, assim, o terreno em que deverão germinar as novas idéias.

No âmbito estritamente jurídico, Bovio⁸ põe em evidência as dificuldades de conciliar a liberdade absoluta da escola clássica com a necessidade do mundo em que o indivíduo deve atuar esta liberdade.

Afirma que o delito e a pena são entidades heterogêneas, razão pela qual não se pode estabelecer entre êles nem uma proporção matemática, nem uma razão elementar e aproximada, nem *a fortiori* uma progressão.

“Reservo-me a faculdade de perguntar... qual a parte do crime nitidamente imputável ao indivíduo e qual às forças superiores da natureza e da sociedade. Ninguém pode dizer que natureza e sociedade não vêm ao caso, porque a história e a ciência afirmam que intervêm e devem intervir. — Interroguemos um pouco a *história* e a *ciência* acerca desta intervenção, que é uma espécie nova e constante de cumplicidade”⁹.

Encontram-se presentes em Bovio, por exemplo, êstes elementos da escola positiva: testemunho da história e da

8. Indicamos Bovio como precursor, embora a rigor não o seja na ordem temporal ou no sentido de que seja um positivista “stricto sensu”. Poder-se-ia dizer que flanqueou as correntes do positivismo.

9. G. Bovio, *Saggio Critico del Diritto Penale*, Napoli, presso N. Jovene ed., 2a. ed., 1876, p. 47.

ciência, o crime como fato natural, em que interferem a sociedade e a natureza.

Os juristas da escola positiva nada mais farão do que transformar a cumplicidade ora denunciada em ação exclusiva da natureza. E ao sujeito — a quem se atribuía a autoria — conceder-se-á absolvição por falta de participação de sua vontade efetiva.

O problema do delito torna-se o problema do delinquente. Envereda-se, assim, pelo caminho do pensamento moderno. A escola clássica falava de um individuo igual a todos os demais, sem história. A sua liberdade era vista absolutamente, como um direito abstrato do cidadão.

Agora o individuo começa a ter um nome, um corpo, uma família, uma ascendência, uma pátria, uma cultura; em suma, uma história que o situa no tempo e no espaço. Delineia-se, assim, uma reação ao abstratismo e ao anti-historicismo, reação em que muitos viram um caráter comum entre positivismo e idealismo.

No que se refere ao direito penal, já não há um crime a que se comina certa pena. Existe, em cada caso específico, um crime determinado, cometido por este individuo, em circunstâncias particulares, que exigirão uma consideração adequada.

Mas a tendência inicial de situar o ato no individuo e o individuo na sociedade não se detem. Supera os limites da indagação social, transpõe as fronteiras da pesquisa anátomo-fisiológica, ultrapassa o âmbito do exame psíquico e passa a interessar a toda a realidade. O problema social evolui, através de diversos graus, para o cosmológico e, enfim, eleva-se ao plano do absolutismo filosófico.

“A natureza lança toda a sua culpa sobre os seus filhos; o século os seus vícios sobre os contemporâneos; a sociedade os seus delitos sobre os individuos. O individuo paga por todos”¹⁰.

10. G. BOVIO, *op. cit.*, p. 75.

Não obstante a inequívocidade do determinismo contido nas palavras reproduzidas acima, Bovio crê que a pena deveria ser proporcional à responsabilidade do delinqüente. E' verdade que, em seguida, admite que não existe tal proporcionalidade, mas não porque o réu não seja responsável — o que deveria aceitar se fôsse coerente — mas porque o juiz só poderá conhecer a história do dano causado, mas não atingirá jamais o que aconteceu no ânimo do delinqüente. E' utópico, pois, querer estabelecer um sistema de relações entre o delito e a pena.

O mérito de Bovio consiste em ter posto, como base do direito penal, a personalidade do réu na sua individualidade e na sua conexão com todo o mundo social e natural.

Compreendeu que o homem não pode não ser livre e que a sua humanidade reside precisamente na sua liberdade. Compreendeu que a liberdade não quer dizer arbítrio indefinido, mas liberdade entendida historicamente e, por conseguinte, síntese de liberdade e necessidade. Compreendeu que tal síntese significa não considerar o homem fora da realidade do mundo, mas integrado na própria realidade de modo indissolúvel.

Não conseguiu, todavia, talvez porque o pensamento em geral não amadurecera para tal solução, encontrar um conceito de liberdade que não fôsse incompatível com o mundo científico. Elementos heterogêneos como os que se apresentam à sua mente, necessidade e liberdade juxtapõem-se na consciência do homem. Resultado: o homem é responsável em mínima parte, a qual, como parte, acaba confundindo-se com o todo.

Assim é que Bovio declara a falência do direito penal, uma vez reconhecida a impossibilidade de penetrar a alma do réu. O direito penal apresenta-se essencialmente contraditório. E procura, por isso, integrar esta conclusão negativa através da substituição da equação penal pela equação civil.

Estabelecida a contradição, os criminalistas posteriores deveriam procurar resolvê-la, eliminando um dos seus

têrmos. O caminho mais simples era o de considerar o homem uma parte mecânica do mundo e, por conseguinte, submetido às suas próprias leis naturais e fatais. Era, em outras palavras, o caminho que levava a reduzir o sujeito a mera cousa. Foi êste o caminho trilhado pela escola positiva.

b) *Explicação anátomo-fisiológica*: MOLESCHOTT e LOMBROSO.

Sob o influxo das doutrinas materialistas e positivistas em voga, a personalidade do reu passou a ser considerada sob o ponto de vista anátomo-fisiológico.

Embora não tenha sido um jurista, nem se tenha interessado de modo especial pelo direito penal, MOLESCHOTT merece ser lembrado não só pela sua contribuição direta à escola positiva, mas sobretudo pela influência que exerceu sôbre o materialismo de LOMBROSO, o qual lhe traduziu a obra principal, de 1852, *Die Kreislauf des Lebens*, que em italiano se chamou *La circolazione della vita*.

“O pensamento é um movimento da matéria... O cérebro é tão indispensável à elaboração do pensamento como o é o fígado à produção da bilis e os rins à secreção da urina. Todavia, o pensamento não é um fluido nem um líquido, como não o é o calor, nem o som. O pensamento é um movimento, uma transposição da substância do cérebro”¹¹. Também a vontade é “a expressão necessária de uma particular condição do cérebro, causada pelas influências externas”¹².

MOSLECHOTT lança as bases da nova orientação penal quando, admitindo que o crime é um fato independente da vontade, declara que a pena não deve ter o fim de intimidar ou emendar, mas corresponde à exigência da espécie, que, através da pena, provê à própria conserva-

11. G. MOLESCHOTT, *La circolazione della vita*, tradotta dalla 4a. ed. tedesca, Milano, 1869, p. 328-329.

12. G. MOLESCHOTT, *Op. cit.*, p. 339.

ção. É por esta razão que todos os códigos punem os crimes que acarretam danos a terceiros.

Em lugar da responsabilidade moral, responsabilidade social. Em lugar do castigo, a defesa da espécie.

Começamos, assim, a ver que a inserção do homem no mundo se inaugura por força da fisiologia (MOLESCHOTT), se aprofunda com as indagações antropológicas (LOMBROSO) e psicológicas (GAROFALO) para completar-se na sociologia criminal (FERRI).

Como tivemos ocasião de ver, o iluminismo desembocara num humanitarismo e jusnaturalismo abstratos. O positivismo propõe-se restituir o homem à natureza, arrebatando-o à idéia: insere-o na história e no mundo. O positivismo não tem, assim, somente valor negativo, mas é afirmação de concreção e historicismo. Não obstante o seu grosseiro materialismo, MOLESCHOTT põe um problema que não deve ser negligenciado: a unidade do homem e da natureza.

Observando no crâneo do bandido Vilella uma fossa occipital mediana, presente só em alguns quadrumanos, teve LOMBROSO a inspiração de formular a teoria do delinqüente nato. Materialista, acredita que a anomalia moral não podia senão ser consequência da anomalia física.

Em sua obra *L'uomo delinquente in rapporto alla antropologia, alla giurisprudenza e alle discipline carcerarie* (1876), partindo do pressuposto da teoria da evolução, pela qual do animal se passa ao homem e do homem primitivo ao civilizado, LOMBROSO afirma que a anormalidade do tipo antropológico do delinqüente consiste na parada do desenvolvimento físico (e, por conseguinte, psíquico), num estágio pré-humano ou, ainda que humano, primitivo.

A prova disso estaria não só no fato de que os criminosos natos revelam instintos e necessidades animais ou, pelo menos, selvagens, mas também na sua estrutura anatômica.

Assim, por exemplo, os caracteres que se apresentam nos selvagens e homens de côr e, ao mesmo tempo, surgem frequentemente nos delinquentes natos são: “escassez de pelos, pouca capacidade craniana, testa pequena, seios frontais muito desenvolvidos, maior frequência dos ossos wormianos, espécies epactais, sinostoses precoces, espécies frontais, saliência da linha em arco do temporal, simplicidade das suturas, maior espessura dos ossos cranianos, desenvolvimento das mandíbulas e dos malares, prognatismo, obliquidade das órbitas, pele mais escura, cabeleira mais espessa e crespa, orelhas volumosas; acrescentem-se o apêndice lemuriano, as anomalias da orelha, o aumento de volume dos ossos faciais, o diastema dentário, a grande agilidade, obtusidade táctil e dolorífica, bôa acuidade visual, disvulnerabilidade, obtusidade afetiva, precocidade aos prazeres venéreos e ao vinho e paixão exagerada por êles, maior analogia dos dois sexos, menor corrigibilidade na mulher, pouca sensibilidade à dor, completa insensibilidade moral, acídia, ausência de qualquer remorso, impulsividade, excitabilidade físico-psíquica e, sobretudo, imprevidência, que chega a parecer coragem e coragem que se alterna com a covardia, grande vaidade, paixão pelo jôgo, alcool e sucedâneos, paixões tão fugazes quão violentas, fácil superstição, suscetibilidade exagerada do próprio eu e até mesmo conceito relativo da divindade e da moral”¹³.

Êste quadro dos caracteres atávicos do delinquente vinha reforçar as bases fisiológicas da nova criminologia, já lançadas por MOLESCHOTT. O delinquenté é levado ao crime por uma necessidade que deriva do seu organismo, o qual carrega dentro de si a herança da espécie. O crime é um fato natural, como o nascimento, a morte, as concepções.

O exame das modificações introduzidas na sua obra principal, nas suas cinco edições, demonstra que LOMBROSO

13. CESARE LOMBROSO, *L'uomo delinquente*, 5a. edizione, vol. III, p. 503/4.

veio a limitar pouco a pouco o conceito do criminoso-nato, reconhecendo, em grande número de delitos, causas sociais e psíquicas. Fê-lo — como aliás o admite êle próprio — sob a influência de seus discípulos, principalmente de FERRI.

Os sinais morfológicos reduziram-se assim a apenas um dos aspetos do estudo do delinqüente. Ao mesmo tempo, adquiria relêvo a *etiologia do crime*, pela qual a ação humana se teria que apresentar à luz das condições meteorológicas, da orografia, da geologia, das raças, da densidade e da natalidade, da alimentação, do alcoolismo, da instrução, da economia, da religião, do estado civil. Todo o mundo, cujas determinações podem multiplicar-se ao infinito, concorre para a prática do crime.

A originalidade da contribuição lombrosiana reside na sua consideração antropológica. No que se refere às consequências no campo do direito penal, são as mesmas comuns a seus discípulos: GAROFALO e FERRI.

Em síntese, critica a responsabilidade moral e concebe a pena como medida de defesa social. Combate a escola clássica nestes termos: “CARRARA admite: — imputabilidade absoluta desde que haja concurso de intellecto e vontade na prática de uma ação criminosa; mas logo acrescenta: — sempre que esta não seja diminuída pela intervenção de causas físicas, intelectuais e morais —. Ora, nós vimos que não existe crime em que faltem estas causas. Também PESSINA, enquanto declara: — quem quis e executou o ato deve responder perante a justiça e o ato de querer não admite gradações intrínsecas —, ajunta em seguida — que estas gradações são admissíveis sòmente quando haja maior ou menor liberdade de eleição por causa da idade, sexo, ignorância, insanidade mental, exaltação por paixão, êrro de fato —. E são tôdas circunstâncias que se acham sempre presentes em um ou outro dos crimes”¹⁴.

14. CESARE LOMBROSO, *L'uomo delinquente*, 5a. edizione, vol. III, p. 519.

LOMBROSO, porém, não se detém na etiologia do crime. Propugna a sua profilaxia e a sua terapia. Ao conceito de defesa associa o de cura, a qual, embora possa estar compreendida no conceito geral de defesa social, torna possível uma interpretação moral e educativa da pena.

Combate, pois, o sistema da pena única: a cada delinquente convém uma medida diferente, da prisão ao manicômio judiciário, do isolamento à multa, à liberdade vigiada. Coerentemente se insurge contra a extensão das normas penais a todo um território, dizendo que, “para unificar a lei verdadeiramente, e não no papel, seria preciso nivelar os costumes, a natalidade, a precocidade sexual, aliás nivelar mesmo os climas, o solo, as plantações.”¹⁵

Em tudo isso, não obstante o determinismo naturalista implícito, é patente o esforço de considerar o delinquente na sua concreção. LOMBROSO critica aquela igualdade abstrata da lei em defesa de uma igualdade mais autêntica, que deverá nascer do reconhecimento das desigualdades reais.

c) *Explicação naturalístico-psicológica*: GAROFALO.

Convencido de que a antropologia criminal não conseguira demonstrar que certo sinal somático é mais frequente no criminoso do que nas outras pessoas, RAFFAELE GAROFALO volta a sua atenção para a anomalia psíquica, sem afirmar e sem negar que tenha origem física.

O crime é um mal. Porém, como o bem e o mal variam no tempo e no espaço, não é possível determinar e classificar o crime uma vez por todas.

Contudo, visto como não se pode renunciar à ciência e ao direito, é preciso distinguir algo que, mudando menos, seja uma espécie de denominador comum: assim é que todos os sentimentos humanos são redutíveis, pelo menos na fase civilizada da evolução, à piedade e à justiça. A

15. CESARE LOMBROSO, *Troppo presto. Appunti al nuovo progetto di Codice Penale*, Torino, 1888, p. 62.

violação dêstes dois sentimentos constitui o crime social ou natural, que é definido como “uma lesão daquela parte do senso moral que consiste nos sentimentos altruístas fundamentais (piedade e probidade), segundo a medida média em que se encontram nas raças superiores, medida esta necessária à adaptação do individuo à sociedade”¹⁶.

Ao delinqüente antropológico substitui-se o psicológico. “O criminoso-tipo é para nós o que carece totalmente de altruismo”.

Sob o influxo das idéias evolucionistas, atribui-se à pena a finalidade de seleção natural e, ao invés de procurar estabelecer-se proporção entre o delito e a pena, defende-se o critério da *idoneidade* do delinqüente para a vida social, de que resultará mais tarde o conceito básico da periculosidade.

Duas, como vimos, as categorias de crime — violação do sentimento de piedade e de justiça —, cada uma das quais pode ser praticada por dois tipos de delinqüentes — instintivos e fortuitos — aos quais serão aplicadas, conforme o caso, uma de duas penas: 1) eliminação absoluta ou 2) parcial e condicionada.

GAROFALO especifica os crimes a que deve ser cominada a pena de morte e, com isso, se afasta de um dos postulados da escola positiva, que se propusera a substituir a consideração do crime pela do criminoso. Esboça-se, porém, de outro lado, através do elenco dos delitos previstos, o princípio da periculosidade, que será desenvolvido por FERRI e será acolhido em tôdas as legislações dos povos cultos.

A antropologia criminal malograra diante da dificuldade de classificar os delinqüentes através dos caracteres somáticos. Procura-se, pois, estabelecer regras absolutas, recorrendo à psicologia, a qual não as podia fornecer, não só porque se tratava de uma ciência em fase embrionária, mas sobretudo porque os seus resultados não podem pretender exatidão e universalidade.

16. RAFAELE GAROFALO, *Criminologia*, edizione ít., 1.885, p. 30.

E o que aconteceu foi que os princípios de GAROFALO eram absolutos, somente enquanto eram arbitrários, imprecisos e empíricos. E, feitas as contas, a anomalia psíquica era reconhecida mais pelo exame do crime em si mesmo do que pelo estudo atento e minucioso da vida fisiológica e mental do réu.

O dogmatismo com que GAROFALO, pela consideração pura e simples do ato criminoso, se julgava em condições de decidir da vida de um delinqüente, revela superficialidade lógica, a que se acresce a leviandade de justificar a pena de morte com o argumento de que a segregação acarreta à sociedade o dano material de manter um homem inútil por toda a vida... “De um lado, lucro cessante, de outro, dano emergente; eis a reclusão perpétua substituída à morte”¹⁷.

Enfim, como observa SPIRITO, “GAROFALO deu a contribuição da sua abstrata mentalidade de jurista ao abstrato naturalismo da antropologia criminal, depauperando-o também das suas exigências mais vivas e reduzindo-o a quase irreconhecível através dos esquematismos de uma casuística psicológico-jurídica”¹⁸.

O seu mérito está no fato de ter, de um lado, salientado a necessidade de levar em conta a vida psíquica do delinqüente, sem afirmar que se tratasse de uma consequência das condições anátomo-fisiológicas, e, de outro, delineado o conceito da periculosidade, seja através do critério da idoneidade do delinqüente de adaptar-se à vida social, seja considerando a probabilidade de recair em falta.

d) *Explicação sociológica*: FERRI.

Com ENRICO FERRI, o crime já não é pôsto em relação apenas com um dos aspectos da realidade — jurídico, anátomo-fisiológico ou psíquico — mas é visto como uma resultante de todas as forças da vida e do mundo.

17. RAFFAELE GAROFALO, *Criminologia*, edizione it., 1.885, p. 426/27.

18. UGO SPIRITO, *Storia del Diritto Penale Italiano*, op. cit.

Diz o sistematizador da escola positiva que, da mesma forma pela qual na medicina não existem doenças mas doentes, o direito penal não se preocupa com o estudo apriorístico do crime, como entidade jurídica abstrata, mas tem por fim o conhecimento concreto do crime, não como abstração jurídica, mas como ação histórica e como fato natural.

E, enquanto a escola clássica se propunha a finalidade prática de diminuir as penas, embora partisse do princípio de que a pena deve emendar o delinqüente, o programa dos positivistas é o de diminuir os crimes.

Valendo-se dos resultados da estatística e da antropologia, estabelece três ordens de fatôres do delito:

a) Antropológicos, que são inerentes à pessoa e se referem à constituição orgânica (elementos somáticos), à constituição psíquica (anormalidades da inteligência e dos sentimentos) e aos caracteres pessoais (biológicos: raça, idade, sexo; biológico-sociais: estado civil, profissão, domicílio, classe social, instrução e educação).

b) Físicos e cosmo-telúricos: clima, natureza do solo, estações, temperatura, condições meteorológicas, produção agrícola.

c) Sociais: densidade da população, costumes, religião, opinião pública, família, educação industrial, alcoolismo, situação econômica e política, organização da administração pública, da justiça, da polícia e, enfim, as leis civis e penais.

Levando às últimas consequências os princípios informadores da escola positiva, FERRI proclama o mais absoluto determinismo, já desde a sua tese de doutoramento, cujo título é bastante expressivo: *La teorica dell'imputabilità e la negazione del libero arbitrio*.

Porque nega a liberdade, substitui ao princípio da imputabilidade o da responsabilidade social: todo homem é sempre responsável perante a sociedade por qualquer ação por êle cometida.

Quem infringe as leis da natureza, sofre uma inelutável reação ou sanção. Quem se debruça muito de uma janela, por melhor que seja a sua intenção, cai (sanção física). O cansaço é a sanção biológica de todo aquê que venha a abusar do seu organismo. As reações sociais contra quem vai à falência, não obstante a sua bôa fé, seriam um exemplo de sanções sociais.

Ora, as sanções sociais ou naturais são independentes da vontade ou culpabilidade do agente. O mesmo deve acontecer com a pena, que deve ser aplicada sem se indagar da liberdade ou da voluntariedade do individuo.

Dos conceitos de determinismo e de responsabilidade social FERRI extrai o critério para estabelecer as medidas de defesa social, que são: preventivas, reparadoras, repressivas e eliminadoras.

Divide os criminosos em cinco categorias: loucos, natos-incorrigíveis, habituais, ocasionais e passionais.

As penas repressivas — aplicáveis aos delinqüentes ocasionais e habituais — variarão conforme o tempo necessário à cura do delinqüente, razão pela qual a sua duração deve ser indeterminada. O uso de cada uma das medidas obedecerá ao critério da temibilidade.

Partindo da classificação abstrata dos crimes — como a elaborara a escola clássica, cega a tôda consideração individual de tempo e de lugar — chegamos assim, através da variedade das sanções, do agrupamento dos delinqüentes em categorias e da indeterminação na duração da pena, a uma individualização concreta — mais do que do crime — do criminoso.

O próprio FERRI reconhece que classificar os delinqüentes é já despojá-los de sua individualidade, mas, por motivos de ordem prática, não vê como prescindir dêste enquadramento em classes e sub-classes bio-sociológicas.

De outro lado, não se deu conta também do fato de que, admitida como verdadeira a sua teoria da ação e reação natural, o próprio crime encontraria a sua sanção no mecanismo da natureza: e não haveria necessidade de cogitar de penas pré-estabelecidas. A não ser que

quisesse ver nas normas penais simples fatos naturais mecânicos e necessários, caso em que seriam tôdas justificadas porque insuscetíveis de ser avaliadas.

Nos últimos anos de sua laboriosa e fecunda carreira, FERRI já não possuía aquela fé ativa no determinismo que ingênuamente proclamara na idade juvenil. Tanto é verdade que, reconhecendo que os cultores do direito soem tomar conhecimento dos progressos da crítica filosófica com notável atraso, endereçava a UGO SPIRITO, aos 23 de outubro de 1925, uma carta de que extraímos as seguintes palavras:

“Com relação ao seu livro, devo, antes de tudo, exprimir-lhe minha alegria intelectual e moral pela serenidade com que resumiu e fixou as premissas e conclusões dos positivistas, avaliando-as de seu ponto de vista filosófico. Dito isto, acho que as suas observações críticas são (com exceção de algumas afirmações particulares) substancialmente lógicas e apropriadas”.

E, após ter declarado que o idealismo, como sistema filosófico, não chegava a penetrar na sua consciência, acrescenta: “Mas não é humanamente possível que, na minha idade, após meio século de estudos, observações, pesquisas, reflexões, se possa revolver e radicalmente mudar a própria maneira de conceber o universo e o homem. Compreendo, porém, tôda a fôrça sistemática que se acha contida no seu pensamento filosófico. Mas êste se mantém ainda muito alto e solitário para poder desde já concretizar-se num ordenamento juridico-criminal que, como o senhor nota, está sempre em atraso em face da especulação teórica e que, por isso, passará antes (como já começou na Itália e fora dela) através das reformas positivistas, das quais, porém, como o senhor salienta, não está fechada a porta, aliás está aberta a trilha para elevações ulteriores”¹⁹.

19. UGO SPIRITO, *Storia del Diritto Penale Italiano*, Editori Fratelli Bocca, Torino, 1932, edizione riveduta e ampliata, p. 152.

4. Seria muito fácil criticar o positivismo penal, levando em conta, vez por vez, certas afirmações acidentais de cada um de seus representantes. O elenco dos caracteres antropológicos dos criminosos-natos, por exemplo, hoje nos faz sorrir pelo que encerrava de empírico e infundado. O conceito de pena como seleção natural — apresentado por GAROFALO — não pode deixar de entrar em choque, pela sua idéia implícita de finalidade, com o princípio causal. A confiança ilimitada no progresso e a tendência de construir tôdas as ciências tendo por paradigma a física não mais se justificam. Reiterar tais críticas seria tarefa de DON QUIJOTE...

Nunca é demais, porém, repetir que o êrro fundamental está no seu determinismo. Se tudo é determinado — como se queria — não têm sentido o bem e o mal, o verdadeiro e o falso. Se não somos livres, não o somos para distinguir o êrro da verdade, e a convicção dos positivistas é tão ilusória quanto aquela pela qual acreditamos decidir livremente. O positivista não pode, pois, reivindicar a verdade da sua doutrina, porque não é livre de enunciá-la. Estaria, por conseguinte, condenado ao silêncio.

Tudo o que diz o determinista está em contradição com os seus pressupostos especulativos. Desta incoerência original resulta que, quando prescreve deveres sociais, entra novamente em conflito com as premissas: se o delinqüente é um doente, a pena como obrigação social só tem sentido se êste dever se refere a homens livres.

Admitindo-se — como fazia FERRI — que a cada ação corresponde uma sanção natural, não haveria necessidade da intervenção da justiça, a qual, se irrompe no meio do mecanismo naturalista, o faz para proclamar que o homem é livre. Quem quer que se eleve a proferir uma palavra apenas, a que pretenda dar um sentido, terá implicitamente aceito e postulado a liberdade. Aliás, a terá também demonstrado.

Não obstante tais erros, todavia, de muito se fizeram credores para conosco os positivistas. O próprio GENTILE,

que não poupou sarcasmos à escola italiana de antropologia, o reconhece: “Mesmo assim, em tais erros, repito, havia germes de verdades, encerradas em grossas crostas das quais não era possível então libertá-los: havia em todos uma violenta afirmação do princípio da imanência, que não encontrava, pela própria violência com que repe- lia o transcendente, o *ubi consistam* do espírito; e ultra- passava o alvo; mas que, de qualquer modo, era uma verdade, que não devia por certo desvanecer-se, mas ser reconduzida à realidade do espírito e fecundada”²⁰.

E não poucos, com efeito, foram os frutos que amadureceram no terreno do direito penal como desenvolvi- mento daqueles germes de verdade:

a) Negando a liberdade e, portanto, o fundamento da moral, os positivistas despiram a pena da finalidade retributiva e expiatória. E com esta concepção da sanção contribuíram para que fôsse reconhecida sempre mais a autonomia do jurídico em face do moral, por fôrça da qual a finalidade fundamental e filosófica do direito é a preservação das instituições e não a avaliação da intenção.

b) Outro mérito da escola foi o de induzir a que o crime não fôsse julgado em si, na sua pontualidade, mas na sua história, a qual se acha em relação com todo o mundo natural e social. Operou-se, através dessa orienta- ção, uma verdadeira revolução no direito penal, acarrete- ando, como vimos, a mudança dos tradicionais conceitos de responsabilidade e punição.

c) A preocupação com as medidas preventivas cons- titui outro título de honra dos positivistas. Convencidos de que não é o caráter intimidativo da pena que evita ou diminui a criminalidade — e os dados estatísticos são bem significativos a respeito — propõem a adoção de substitu- tivos penais, que deveriam ser como que os antídotos da delinqüência. E todo o esfôrço que hoje se envida no

20. GIOVANNI GENTILE, *Le origini della filosofia contemporanea in Italia, II, I positivisti*, p. 144, Sansoni, Firenze, Nuova edizione riveduta da Vito A. Bellezza, 1957.

sentido de eliminar as condições propícias ao aumento da delinqüência — desde os cuidados com a adolescência até as obras de assistência hospitalar, a instrução obrigatória, os movimentos de caráter educativo — é a herança do positivismo que, árido por assim dizer no campo especulativo, foi fecundo nas conseqüências político-sociais.

d) A uniformidade das penas não podia subsistir diante da variedade bio-psíquico-sociológica dos delinqüentes. E a escola de FERRI prescreveu maior número de sanções com o fim precisamente de adequá-las — mesmo nos casos de idêntica figura de delito — às várias categorias de delinqüentes. Assim, ao lado de penas diversas, foram previstas várias medidas de segurança.

e) Resultou disso tudo uma individualização não só administrativa como também judiciária da pena, através da qual se estabeleceu uma continuidade entre jurisdição penal e execução administrativa das sentenças, de modo que o juiz possa controlar os efeitos das próprias decisões sobre os delinqüentes.

f) É também um corolário dos princípios da escola sociológica o refôrço das conseqüências civis “ex delicto”, entre outras cousas, mediante uma organização mais rendosa do trabalho carcerário.

g) Enfim, a ampliação da esfera do poder discricionário do juiz. Para quem está convencido da necessidade de procurar adaptar a pena, mais do que à gravidade do crime visto na sua fisionomia objetiva, à personalidade de delinqüente, a indeterminação — ainda que relativa — das sanções, é indispensável a uma melhor distribuição de justiça.

Em conclusão, é verdade que o positivismo foi ingênuo. Foi, porém, uma filosofia do bom senso e rica em conseqüências benéficas. Faltou-lhe subtileza e profundidade, mas, em compensação, não se perdeu nos labirintos de especulações abstrusas, que tanto afilaram as armas da agudeza que acabaram — como o idealismo — incapazes

de justificar o indivíduo, o mundo exterior e a própria liberdade.

Quando a crítica se torna fim em si mesma, abalando a confiança no pensamento e, por conseguinte, na própria crítica, é o caso de perguntar se não era preferível a inocência filosófica dos positivistas...

Dir-se-ia que, com as filosofias, sucede mais ou menos o mesmo que com as críticas feitas aos homens. As polêmicas irônicas que se acendem contra uma pessoa no pleno vigor de suas forças atenuam-se frequentemente quando o adversário já morreu ou, pelo menos, se tornou inofensivo. E relevam-se-lhe os pecados — que afinal não eram tão graves — para lembrar que, no fundo, tinha também suas virtudes...

PARTE II

O direito penal e a liberdade.

SUMÁRIO: 1. *Direito e moral.* 2. *A liberdade como exigência.* 3. *Atualidade da liberdade.* 4. *A liberdade humana e a necessidade científica.* 5. *A psicologia, a biologia e a sociologia.* 6. *Os "motivos" da vontade e a liberdade.* 7. *A liberdade histórica.* 8. *A liberdade histórica e o direito penal.*

1. Tem razão FRANCO LOMBARDI²¹ quando afirma que o conteúdo da vida da sociedade e do Estado é "dado, na sua maior parte, por interesses e relações de natureza prática e que prático é o próprio interesse que regula e governa a determinação das leis, de modo que estas não visam tanto a efetiva responsabilidade do indivíduo mas de preferência tendem a salvaguardar determinados institutos". Isso não quer dizer, porém, que não se deva justi-

21. FRANCO LOMBARDI, *La Libertà del Volere e l'Individuo*, Milano, Fratelli Bocca, 1941, p. 548.

ficar o conceito da liberdade como fundamento das ações do homem e como pressuposto a que a determinação do Estado se refere.

O âmbito do direito não coincide com o da moral, nem se pode sustentar que sejam dois círculos concêntricos, porquanto há normas morais que não são sancionadas como lei e preceitos legais que carecem de fundamento ético, próximo ou remoto (sempre que se coloque o indivíduo como centro e fim da moral).

Não obstante isso, a liberdade constitui ainda o núcleo dêsse fenômeno mais próprio do direito que se corporifica na idéia do justo, tanto é verdade que todo ordenamento positivo procura avaliar o grau de responsabilidade do agente e atribuir-lhe uma pena proporcional à sua culpa.

Assim sendo, embora se possa afirmar que o fundamento absoluto do direito não se encontra na moral, o limite da eticidade dos preceitos jurídicos é dado principalmente pela ineficiência dos instrumentos do órgão judiciário, que, para não se expor ao risco de inconvenientes maiores, se abstém, de um lado, de punir certos fatos moralmente reprováveis e, de outro, pune ações que, sob o ponto de vista ético, nem sempre mereceriam castigo.

Ainda quando se aceite uma justificação imanente do Estado e do Direito, pela qual êstes dois conceitos se apresentam como simultâneos e complementares, pode reconhecer-se nos direitos positivos a tendência de fazer colimar, tanto quanto possível, a lei e o que a sociedade respectiva considera como bem.

Conclui-se daí que uma lei penal que queira atender à sua finalidade deve admitir a liberdade dos seres a que dirige os seus ditames e concebê-la de uma forma concreta ou histórica, de tal sorte que tenham sentido as disposições de adequação da pena ao delito, da sanção ao direito ofendido, de agravantes e atenuantes, de prevenção geral e especial.

Que sentido teria, com efeito, uma lei que quer intimidar, se não se admitisse um indivíduo livre, isto é, suscetível de intimidação? E se o ordenamento penal tem também a finalidade de corrigir e readaptar, de reeducar e restituir o indivíduo à sociedade, tudo isso não se pode compreender fora da liberdade. Que valor poderia inerir a uma legislação que não fôsse estabelecida por homens livres para homens livres?

A liberdade é o ponto de partida e de chegada do direito. É o ponto de partida porque, sem a liberdade fundamental do viver, do querer, do pensar, não é concebível valor algum. É ponto de chegada porque o Direito positivo deve tender a respeitar e a fazer respeitar a liberdade.

2. Quem quer que pense ou fale, pressupõe a liberdade. Também os que defendem o determinismo, pretendem implicitamente que as suas palavras tenham um valor, o qual é excluído pelo próprio determinismo, uma vez que o verdadeiro, o bom e o belo só subsistem se o homem não estiver ligado por um nexó causal na sua escolha.

Este argumento irretorquível pelo qual nenhuma teoria poderia aspirar ao título de verdadeira — inclusive a determinista — se tudo o que fazemos fôsse necessário, autoriza-nos a admitir a liberdade como uma exigência do pensamento.

De onde se conclui que a liberdade, mais do que possível, é necessária. Em outros termos, no domínio do humano, a única necessidade é a não-necessidade, ou seja, a liberdade.

3. Não basta afirmar a liberdade como exigência no mundo humano, mas é preciso demonstrar como ela atua. Se nos limitássemos a caracterizá-la negativamente — como a falta de determinação por fatores — o onus da prova passaria para o outro lado: não teria sentido exigir a demonstração de que certo ato não foi o resultado de fatores, porque caberia a quem afirmasse a determinação

do fato o dever lógico de demonstrar a existência das condições necessárias e suficientes. E esta demonstração — como já fez ver BERGSON — seria impossível, porque, admitindo-se para argumentar que as infinitas condições se pudessem renovar, o ato humano seria irrepetível, em vista da sucessão temporal.

Mas o âmbito da liberdade não é o campo residual deixado pelas determinações científicas, como se se tratasse quase de um terreno a que a ciência ainda não chegou mas a que poderá chegar. Os que defendem êste conceito da liberdade como limite — que é um conceito negativo — diriam que, de redução em redução, a sua esfera se restringe até tender a zero. E o fato de chegar a zero ou seria questão de tempo e do estado do conhecimento ou não se atuaria porque as etapas seriam infinitas.

E não nos atemos a um conceito meramente negativo da liberdade porque, mesmo quando se admitisse a hipótese de que é possível conhecer tôdas as condições a que o individuo não pode desobedecer, ainda assim haveria para êle a possibilidade de escôlha da sua ação.

A esfera da liberdade é, pois, uma esfera positiva dentro da qual o sujeito se move, de maneira a justificar, em cada caso, a afirmação de que o individuo, embora tenha agido de um modo, o poderia ter feito de outro, igualmente possível em face de tôdas as condições em que a ação foi, de fato, praticada. Só êste processo de entender a liberdade torna possível o conceito de responsabilidade.

4. A escola positiva de direito penal, convencida da incompatibilidade entre a liberdade humana e a necessidade das leis psicológicas, sociais e físicas, acabou por negar que o homem fôsse livre. De outro lado, o idealismo procurou anular a contradição, através de uma síntese de liberdade e necessidade, que, afinal de contas, fazia surgir uma “liberdade” de uma única Realidade — a do espírito absoluto — que agiria sempre da única forma — ótima e perfeita — que seria possível e que não

poderia depender de outra realidade porque ela própria era a realidade.

Mas existe uma real contradição entre a liberdade humana e a necessidade científica?

Em primeiro lugar, admitindo-se que se possa falar de leis no campo das ciências humanas, é fora de dúvida que não se revestem elas do caráter de exatidão e certeza que possuem (ou parecem possuir) as leis da física.

Para as doutrinas deterministas, os dados estatísticos forneceriam um quadro da uniformidade com que se verificam fenômenos aparentemente abandonados ao arbítrio do indivíduo ou da regularidade com que certas causas ou fatores agem no desenvolvimento dos fatos humanos.

Mas “para que se pudesse tirar de semelhante regularidade das assim chamadas “leis” estatísticas qualquer consequência, seria preciso que a regularidade apresentada pela estatística se pudesse realmente encarar como uma lei, isto é, que tivesse valor não só estatístico mas também nomotético; em outras palavras, que não valesse apenas enquanto a coisa seja olhada de longe e para as grandes massas, mas também para cada um dos indivíduos ou para o indivíduo em particular que se acha compreendido em tal massa. Se a estatística nos disser que, entre mil indivíduos, se cometem tantos crimes de certa natureza ou que tantos são os delinquentes possíveis ou prováveis, nem por isso diz alguma coisa quanto à possibilidade positiva de que eu incorra nesse mesmo crime”²².

Esse argumento já seria suficiente para mostrar que as “leis” da sociologia não são absolutas no sentido de que excluam a liberdade individual. Mas serão absolutas as leis das ciências chamadas exatas, por exemplo, das ciências físicas?

Acaso as leis físicas não são também estatísticas no sentido de que variam conforme a distância da qual os

22. FRANCO LOMBARDI, *La libertà del Volere e l'Individuo*, op. cit., p. 510.

seus fenômenos são observados? A previsibilidade dos fenômenos físicos macroscópicos não será devida ao fato de que são observados “de longe”? Não será também por êsse motivo que, vistas de perto, as partículas atômicas não apresentam a mesma regularidade?

Um objeto manipulável, acessível aos nossos olhos desarmados, embora possa ser considerado uma unidade, pelo seu significado prático, no fundo é um imenso conjunto de partículas, que se comportam de maneira uniforme porque observadas à distância. Esta regularidade do objeto, considerado no seu conjunto e visto de longe, não parece desaparecer quando já não se olha para a massa e, de mais perto, se presta atenção às partículas?

É por isso que a estatística se torna tanto mais exata quanto mais se ampliam os limites do quadro sôbre o qual recaem as suas observações. De qualquer forma, tôdas as ciências parecerão fixar leis “causais” ou “estatísticas” conforme a distância de que os fenômenos que constituem o seu objeto sejam observados. E a causalidade não será então senão o princípio decorrente da observação à distância, quer se trate de partículas atômicas, de homens ou de planetas.

A verdade é que a ciência tende a perder aquela feição determinista que a caracterizava no século passado, porquanto as suas “leis” não se revestem da necessidade absoluta e geral que se lhes atribuía. E a conciliação, ou melhor, o superamento da contradição entre a liberdade espiritual e a necessidade natural se entrevê mais próximo e viável.

Mas, para que a liberdade se possa justificar no campo filosófico, não é indispensável negar a generalidade, a exatidão e a necessidade a que aspiram as leis físicas. Bastará esclarecer que as “leis” psicológicas e sociológicas — senão também as biológicas — não têm caráter absoluto, mas estatístico.

5. Se se pudesse demonstrar que o indivíduo “racionaliza” os verdadeiros motivos inconscientes, os quais, por

sua vez, agem sempre no mesmo sentido, em obediência a forças instintivas, ter-se-ia estabelecido um determinismo psíquico que não deixaria margem a liberdade alguma.

A conseqüência seria a mesma se houvesse um nexó necessário entre a constituição orgânica e a conduta humana ou entre o ambiente e a personalidade.

Trata-se, porém, nestes casos, de tentativas de explicação da vida humana meramente hipotéticas e indemonstráveis, que têm razão quando procuram inserir o homem nas suas condições genéticas, psíquicas e sociais, mas que erram quando se esquecem do caráter estatístico de seus resultados e, por conseguinte, aproximado, razão pela qual jamais poderão elevar-se a um plano de universalidade e de necessidade.

É de se frisar, de outro lado, que as estatísticas sòmente conseguem espelhar uma regularidade a expensas da abstração, traíndo assim aquêlê mesmo ideal de concreção perseguido pela escola positiva quando se interessa mais pelo criminoso do que pelo crime. Quando se afirma que, à medida que aumenta o desemprego, aumenta também a criminalidade, não se volta à consideração do crime em si, destacado do ambiente material, social e psicológico em que foi cometido? O delinqüente não se torna um anônimo? Não se colocam no mesmo plano todos os delinqüentes, fazendo *tabula rasa* de sua história, de sua consciência, de sua hereditariedade e de sua educação?

Parece indiscutível que a generalidade se obtém mediante a abstração. E, quando esta abstração se opera no campo do homem — considerado como sujeito — qualquer conhecimento que não seja concreto perde a sua validade absoluta.

Pretender-se-á com isso dizer que a psicologia não tem valor? Quer-se, ao contrário, sublinhar que a consideração bio-psico-sociológica, embora indispensável, não é absoluta. Assim, para julgar certo criminoso — e não certo crime — o tipo bio-psicológico do indivíduo e a

indagação sobre o seu ambiente e a sua história podem e devem fornecer os elementos sem os quais não se estaria em condições de saber até que ponto soube ser livre, isto é, em que medida se esforçou por não cometê-lo e como não conseguiu sobrepujar as circunstâncias.

Serão os subsídios da psicologia, da sociologia e da biologia que auxiliarão o juiz na avaliação das agravantes e das atenuantes, as quais se justificam — não no sentido em que tradicionalmente eram entendidas, isto é, como uma espécie de mutilação da liberdade — mas através da aceitação de uma liberdade concreta, indivisível, plena mas inerente à realidade, uma liberdade que não desobedece às leis da física porque as domina. Não que haja uma liberdade, por assim dizer, normal, que se apresente como infinita, abstrata e absoluta, de um lado, e que os incapazes e os assim chamados irresponsáveis tenham uma liberdade em doses mais ou menos homeopáticas. A liberdade é sempre inteira. Atua, é verdade, nas condições históricas, mas não obedece a elas como uma resultante de forças, porque, em cada caso concreto, o sujeito é autor de um esforço mais ou menos intenso pelo qual ao mesmo tempo cria e escolhe o motivo da sua escôlha.

Se BACON tinha razão quando afirmava que *natura nisi parendo vincitur*, é porque precisamente a liberdade aceita as leis físicas, mas não se limita a uma obediência estéril; em outros termos, o sujeito cria em cada momento a sua vida, dir-se-ia quase com a matéria prima que lhe fornece a natureza.

6. Para que se possa compreender a liberdade atual do sujeito é mister, ademais, esclarecer que os motivos da ação não pré-existem ao ato, mas são criados enquanto o indivíduo age.

O sujeito não dispõe de uma série de razões para agir como se se achasse diante de um fichário ou de um catálogo, de forma a poder escolher entre muitos motivos, prontos e configurados.

No próprio momento em que se decide nasce o “motivo” da decisão. É falsa a explicação que apresenta o

sujeito como um ser dotado de um pensamento anterior ao querer, isto é, de um pensamento cuja função consistiria em iluminar os motivos pre-existentes, por um dos quais acabaria por optar.

E não é outro o defeito das doutrinas do livre arbítrio e das opostas doutrinas deterministas: seu êrro consistia precisamente em conceber um “pensamento”, fora do tempo, “do qual o sujeito deveria depender para o seu agir desde que não se queira admitir que tenha agido arbitrariamente ou contra a razão”²³. Com efeito, uma vez fixadas tais premissas, não se conseguia fugir ao dilema do determinismo: ou a vontade segue o pensamento e resulta determinada; ou age contra ou sem qualquer motivo. Mas agir contra a razão já é um agir determinado. E, enfim, decidir-se sem razão é impossível, porque, se se decide, é porque uma razão houve e, se o sujeito não se decidisse, estaria destinado à mesma sorte do asno de BURIDAN.

A antinomia nada mais é do que o resultado de um “pensamento” posto antes do “querer”, que ARISTÓTELES comparava a um coxo vidente e a um cego capaz de andar.

Em suma, a fôrça do motivo não é coisa que o motivo possua por si, antes ou independentemente do sujeito; pelo contrário, é o sujeito que, com a sua opção, lhe dá o valor e o título de motivo.

A liberdade consiste neste decidir-se do sujeito por um ou outro motivo. Não se opera uma escôlha entre os vários motivos, pressupostos ao pensamento, porque, se houvesse motivos anteriores à escôlha, esta seria por êles determinada. Os motivos resultam, pois, do decidir-se do sujeito.

7. O sujeito cria a sua decisão, que é uma entre as muitas e indefinidas que poderia ter criado. Seria im-

23. FRANCO LOMBARDI, *Il concetto della libertà*, Instituto di Filosofia della Università, Asti e Roma, 1a. ed., 1955, p. 42.

próprio dizer desta decisão que é uma escôlha, porque haveria a pressuposição implícita de quem escolhe e de quem é escolhido. Assim como nos parece inexato dizer que a decisão é uma entre as infinitas possíveis decisões, porque, neste caso, se confundiria a liberdade com a onipotência.

A liberdade melhor se pode definir como criação, que não se deve entender como criação do nada, mas como o modo pessoal do sujeito de viver e pensar e querer.

Um dos momentos mais felizes do pensamento de LOMBARDI é aquêle em que procura justificar a atuação da liberdade através do processo pelo qual se pronuncia cada uma das palavras do discurso.

“É bom critério, para entender o sentido das proposições filosóficas — diz o pensador — recorrer à realidade de nós mesmos enquanto falamos. Se por exemplo, eu falo, ou, como bem se diz em italiano: estou falando (inglês: I am speaking), eu devo em cada instante resolver o problema daquela palavra que estou para pronunciar e que, por assim dizer, não conheço antes de pronunciar-la mas que encontro enquanto a invento, enquanto ilumino diante de mim um mundo que surge ou que surge pelo meu próprio ato de iluminá-lo”²⁴.

O pensamento é o esforço com que se vem tecendo o próprio discurso; é, dir-se-ia, o passo mental pelo qual um pé pousa no que se está por acabar de pronunciar e outro no que se começa a dizer.

“É preciso não considerar o nosso pensamento quase como um jôgo de cubos, como um suceder-se de palavras separadas e por si já completas: escôlho uma palavra, tomo de outra e ponho-as juntas. Não, não podemos escolher as palavras, pela simples razão de que as palavras existem enquanto as pensamos. Não podemos, pois, representar-nos a cousa como se um indivíduo entrasse num quarto com uma luzinha acesa, procurasse as palavras e as pusesse juntas: devemos buscar as palavras e

24. FRANCO LOMBARDI, *op. cit.*, p. 81/82.

sòmente as encontramos depois de as ter pensado. Dêste esforço para pensá-las nada e ninguém nos pode livrar. Não podemos antes procurar e depois pensar”²⁵.

O pensamento consiste, portanto, numa ponte que não é lançada entre dois têrmos como se êstes pré-existissem, mas os têrmos são postos ou criados, ao mesmo tempo, com a sua relação, quase como um feixe de luz que avança nas trevas. Mais do que uma ponte ou um feixe de luz, que dariam uma idéia de linearidade — sugerida talvez pela escrita ou pela sucessão temporal das palavras — o pensamento pode ser havido por uma esfera que se expande e que, à medida que se engrandece, se mantém sempre como núcleo central de que se irradia a experiência.

E a liberdade é “o que nós mesmos somos ou nos tornamos, já enquanto mal nos aprestamos a agir ou move-mos apenas um passo e devemos, a cada passo, dominar-nos, se é verdade que o próprio caminhar é um contínuo cair. O que nós somos, ou nos tornamos, já enquanto formulamos uma só palavra, enquanto arriscamos, cada vez, não pronunciar a palavra perspícua que cada uma das situações particulares exigia”²⁶.

A liberdade, por conseguinte, é a atividade do sujeito entendida como crise, isto é, ao mesmo tempo como sentença e como decisão. Liberdade que não é independência, mas é a centralidade do sujeito no seu mundo; liberdade que é histórica no sentido de que o individuo não sai de si mesmo para chocar-se contra o mundo material, mas atua dominando as leis da matéria para a criação da sua vida.

8. À luz do conceito histórico da liberdade, podem-se justificar as disposições legais relativas à adequação da pena ao delinqüente, através do reconhecimento de circunstâncias agravantes e atenuantes. E isso não era pos-

25. FRANCO LOMBARDI, *op. cit.*, p. 60.

26. FRANCO LOMBARDI, *op. cit.*, p. 184.

sível em face do conceito de liberdade apresentado pela escola clássica.

Com efeito, o conceito que expusemos da liberdade — como é formulado nas obras de LOMBARDI — não só permite preservar a responsabilidade do indivíduo, mas nos confere também o direito de avaliar como e porque a sua ação foi uma e não outra.

O defeito da escola clássica residia em admitir uma liberdade absoluta ou irrelata do indivíduo abstrato. Em certos casos, porém, diante dos sujeitos passivos de direito penal, reconhecia-se que, conforme as circunstâncias, sua liberdade podia ser limitada.

Um erro arrastava a outro. O primeiro era o de partir do pressuposto de uma liberdade absoluta igual para todos, sempre e em todo lugar. O espírito era considerado na posição abstrata de uma realidade imaterial absolutamente independente das circunstâncias temporais e locais.

Diante do caso concreto, porém, o defensor do livre arbítrio se via forçado a admitir exceções: assim, a embriaguez, a ameaça, o estado de necessidade, a minoridade, etc. Por isso, enquanto à generalidade dos homens, vista em abstrato, se reconhecia uma liberdade inteira, a certas pessoas, em determinadas condições, se concedia que não haviam podido fazer uso de toda a sua liberdade. E eram julgadas na medida em que haviam sido mais ou menos livres.

O absurdo era duplo: teoricamente, partia-se de um conceito absoluto da liberdade para ministrá-lo, por assim dizer, em doses; praticamente, não se compreendia como e porque a dosagem tinha que ser feita apenas em alguns casos enumerados pelo código.

E, diante de tal concepção, tinham razão os positivistas do direito penal quando perguntavam por que não reconhecer a limitação da liberdade em todos os casos e afinal porque não admitir, uma vez por todas, em lugar da diminuição, a anulação da liberdade.

O problema era, assim, mal colocado, porque um conceito total como o da liberdade não se pode entender em termos quantitativos. Se há idéias insuscetíveis de divisão e irreduzíveis à medida, a liberdade o é por excelência.

É lícito tirar destas considerações a conclusão de que devem ser abolidas de todos os Códigos as circunstâncias atenuantes e agravantes?

Pelo contrário. O que se quer frisar é que eu sou sempre inteiramente livre, como centro e sujeito da minha experiência, que compreendo e re-compreendo em cada uma das minhas ações. Se em relação a uma só parte dos meus atos eu não fôsse livre, em relação a tais atos eu não seria sujeito.

Em síntese, a liberdade é sempre inteira e, se a pena tivesse que ser adequada ao grau de liberdade, seria sempre a mesma. Em outros termos, pode-se dizer que a liberdade é absoluta, mas não no sentido de que o indivíduo seja absolutamente livre, isto é, que pode querer e fazer tudo — caso em que a liberdade seria onipotência. É absoluta porque possui a universalidade própria de todo conceito filosófico, embora encerre a possibilidade de múltiplas atuações.

As mesmas considerações podem aplicar-se ao conceito da vida. Seria absurdo afirmar que, em certas circunstâncias de doença, velhice, fraqueza, um indivíduo não é inteiramente vivo porque de vida possui apenas metade ou um terço. Isso não impede que se possa, de maneira diferente, avaliar a exuberância dos jovens no pleno vigor da existência, a fragilidade das crianças que ainda não se alçaram ao ápice do desenvolvimento orgânico ou a ancianidade dos que descem a curva vital.

Poder-se-ia, sim, dizer que um é mais vivo do que outro, mas de maneira imprópria, como se diz que existem pessoas que, pelo seu esforço, não sucumbem às dificuldades e, porque as superam, se tornam “mais livres”.

Todos os homens, porém, desde a concepção até a morte, são inteiramente vivos, tanto é verdade que não há órgão que não participe da sinergia orgânica. E, da mesma forma, somos todos livres inteiramente, dessa liberdade histórica que nos permite levar em conta as circunstâncias em que o indivíduo agiu, de sorte a poder dizer se era lícito esperar dêle uma ação diferente da que foi praticada.

São possíveis dois discursos, duas abordagens do conceito da liberdade: uma, de ordem filosófica, pela qual não podemos deixar de admitir que todos somos livres; outra, científica, que nos permite examinar a qualidade desta liberdade do indivíduo, caso em que os subsídios da biologia, da psicologia e da sociologia são necessários ao conhecimento do sujeito.

O fato, por exemplo, de que o réu pertença a um dos três tipos de KRETSCHMER (“pícnicos”, “atléticos” ou “leptosômicos”) pode ser útil, sob o ponto de vista bio-psíquico, para melhor interpretar o esforço mais ou menos intenso que terá envidado para agir desta de preferência àquela maneira. De outro lado, sem a sua história, a sua educação, o seu meio social, não seria possível avaliar o seu ato. Mas todos êstes aspectos reunidos, embora importantes, não se substituem à liberdade do indivíduo, não obstante constituam o único critério para saber de que forma o réu se impôs às circunstâncias ou se deixou arrastar pelas fôrças exteriores. É a consideração positiva, científica, histórica que nos dá o índice que nos habilita a julgar se o indivíduo poderia e, por isso mesmo, deveria ter agido de outra maneira.

A correção ao conceito irrelato da liberdade, pressuposto da escola clássica, não deve ser feita extrinsecamente, como procederia quem, partindo de uma consideração abstrata da humanidade, afirmasse que todos os homens têm a mesma altura. E, quando se apercebesse do êrro inicial, procurasse obter a igualdade cortando a cabeça dos mais altos ou, sem derramamento de sangue, dando muletas aos mais baixos.

Da mesma forma que a estatura pode variar sem que com isso seja afetada a humanidade do indivíduo, cada um poderá fazer uso mais ou menos digno e efetivo das oportunidades de bem agir. Ninguém, porém, pode abdicar da sua liberdade, porque, ainda quando dela quisesse desfazer-se, a estaria implicitamente afirmando.

PARTE III

CAPÍTULO I

A escola positiva e o direito brasileiro.

SUMÁRIO: *1. Introdução. 2. Primeiros adeptos. 3. Reflexos nos autores contemporâneos.*

1. Seja porque se trata de doutrina filosófica acessível que não exige, portanto, maior maturidade e tradição especulativa, seja porque a França exerceu até pouco tempo — mais do que outros países — influência marcante na cultura brasileira, o fato é que o positivismo encontrou no Brasil adeptos tão entusiastas como talvez não tenham aparecido no próprio país de origem.

E se isso é verdade no que tange ao sistema filosófico, não deixa de ter cabimento quando se queiram apontar as ações e repercussões que a Escola Positiva de Direito Penal teve no panorama da criminologia pátria.

É difícil declinar, no campo do direito penal, além de alguns nomes sobejamente conhecidos, outros estudiosos que tenham sido positivistas ortodoxos. Mas tal dificuldade — cremos — é mais imputável à impressão que se tem de que as peculiaridades de cada autor induzem a subtrai-lo a qualquer enquadramento em esquemas ou escolas, do que ao conteúdo principal de suas idéias, que, como procuraremos demonstrar, em sua essência, denotam o bafejo da escola positiva.

Poder-se-á, pois, objetar que alguns dos autores que iremos apontar não foram estritamente positivistas, mas não se poderá negar que todos seguiram e aceitaram os postulados defendidos por FERRI e seus companheiros. As classificações só são possíveis — é óbvio — à custa de abstração e serão aceitáveis, por isso mesmo, não à medida que deixem de abstrair, mas desde que o critério usado seja coerente e fundamentado. Assim, estabelecidos que foram os denominadores comuns do positivismo, veremos que muitos criminalistas, quer o confessem quer não, traem a influência da escola penal bio-sociológica.

Num artigo intitulado *A cultura jurídica italiana no Brasil*, MIGUEL REALE assevera: “Foi, sem dúvida, primeiro no campo do direito penal, com grande alarde, embora nem sempre com o correspondente rigor crítico, que irromperam, pelos quadrantes do nosso direito, as novas idéias pregadas na Itália por homens como LOMBROSO, FERRI e GAROFALO, que punham em suas lições um aliciante e apaixonado tom de apostolado. Num ambiente imbuído de ideologia científico-positiva, com forte tendência para as novidades culturais, as teorias da chamada escola positiva, em vigorosa polêmica com a escola clássica, e aberta para os problemas antrope-sociológicos, seduziram os espíritos mais combativos, tornando-se quase uma palavra de ordem para as novas gerações”²⁷.

2. Foi JOÃO VIEIRA DE ARAUJO, lente da Faculdade de Direito de Recife, como bem observa EVARISTO DE MORAIS²⁸, o primeiro a mostrar-se informado das teorias criminológicas de LOMBROSO, FERRI e GAROFALO, inculcando-as, em 1889, no seu *Comentário Filosófico-Científico do Código Criminal*. Veio assim a ser convidado a colaborar

27. MIGUEL REALE, *A cultura jurídica italiana no Brasil*, in Revista Brasileira de Filosofia, vol. IX, Fasc. I, São Paulo, 1959.

28. EVARISTO DE MORAIS, *Primeiros adeptos e simpatizantes no Brasil da chamada Escola Penal Positiva*, in Revista Forense, Fasc. 435, 1939, Rio de Janeiro.

na revista *La scuola positiva nella giurisprudenza civile e penale e nella vita sociale*, quando se ultimavam, em abril de 1891, os preparativos de seu lançamento.

“Aceito o encargo, patenteou-se, imediatamente, a consideração da revista, que, no seu segundo número, se referiu encomiásticamente ao discurso que êle proferira como constituinte, no Congresso Nacional, em janeiro daquêle ano”²⁹. E outro não foi o objetivo de sua primeira colaboração senão o de comprovar a acolhida que merecera entre nós a escola por êle denominada positivonaturalística.

Mercê do entusiasmo com que propugnava suas idéias, JOÃO VIEIRA conseguira atrair, para a escola positiva, a atenção dos seus colegas de magistério acadêmico do Recife, grangeando-lhe as simpatias de ADELINO FILHO e MARTINS JÚNIOR.

Pouco depois, na Bahia, sob o influxo dos trabalhos de NINA RODRIGUES em medicina legal e ciências correlatas, interessam-se pela Antropologia Criminal AFRÂNIO PEIXOTO, com a tese *Epilepsia e Crime* e MANOEL CALMON, com a monografia *Degenerados Criminosos*, demonstrando ambos, senão adesão à escola lombrosiana, pelo menos a afinidade que não podem deixar de ter os que se empenham no estudo da correspondência entre a constituição psico-somática do homem e a delinqüência.

Em São Paulo, sem falar das figuras que, no vasto campo do direito, esposaram idéias positivistas, entre os quais se salientam ALBERTO SALLES, PAULO EGIDIO e JOÃO PEREIRA MONTEIRO, na esfera mais restrita do direito penal e da criminologia bastaria atentar para o título da obra de CÂNDIDO MOTTA — *Classificação de Criminosos* — para incluir no rol dos adeptos do positivismo o seu autor, que fêz jus aos encômios do próprio LOMBROSO.

Apesar de se afastar da linha dos positivistas ortodoxos, como aliás obtempera com justeza o citado MIGUEL

29. EVARISTO DE MORAIS, Idem, ibidem.

REALE³⁰, é inegável a assimilação, por parte de PEDRO LESSA, professor de filosofia do direito em São Paulo, de postulados e corolários da escola de FERRI. Assim é que, em *O determinismo psíquico e a imputabilidade e a responsabilidade criminais*³¹, além de aceitar o determinismo, atribui à pena as seguintes finalidades: a) intimidar, servir de exemplo, atuar no espírito dos homens para que não pratiquem delitos; b) corrigir o delinqüente, quando possível; c) impossibilitar-lhe, temporária ou perpetuamente, a prática de novos crimes.

Coloca-se, pois, em posição contrária aos que vêm na pena uma função punitiva ou retributiva e considera a sanção criminal um meio de reabilitação do delinqüente ou, quando esta não fôr possível, de segregação, que lhe impeça reincidir.

Talvez pela singularidade do nome com que batizou o seu trabalho — *Do Genioide Alítrico* — como chega a conjecturar EVARISTO DE MORAIS —, permaneceu ignorado entre os prosélitos da escola o dr. JOÃO MARCOLINO FRAGOSO, não obstante tenha sido um dos seus mais fervorosos e fiéis propagandistas. Fazendo alarde de invulgar erudição e de grande probidade científica, a sua alentada tese inaugural, apoiada em exaustiva bibliografia, aprofundase na refutação das objeções que se erguiam na época contra a doutrina lombrosiana.

Decidido defensor da escola positiva é também FRANCISCO JOSÉ VIVEIROS DE CASTRO, promotor público, juiz e professor, que, em 1894, publica *A Nova Escola Penal*, em que enfeixou uma série de artigos elaborados para *O País*.

Não obstante a sua superficialidade — aliás explicável pela natureza jornalística dos escritos — insinuava, no

30. MIGUEL REALE, *Pedro Lessa e a Filosofia Positiva em São Paulo*, in *Revista Brasileira de Filosofia*, vol. IX, Fasc. IV, 1959, n.º 36, S. Paulo.

31. PEDRO LESSA, *O determinismo psíquico e a imputabilidade e a responsabilidade criminais*, Tip. Duprat & Cia., S. Paulo, 1905.

prefácio, VIVEIROS DE CASTRO que magistrados, professôres e advogados não eram capazes de entender LOMBROSO, FERRI, LACASSAGNE. Além de afirmar que seu livro era uma vulgarização das idéias e dos princípios da nova escola penal, obra de propaganda e de combate, proclamava enfaticamente: “A Itália, que já teve a honra de ser a pátria de BECCARIA, teve, de novo, a glória de ser a pátria de CESAR LOMBROSO. Uma nova escola se apresentou, formulando outros princípios, outras idéias, propagando-se como um rastilho de pólvora, conquistando as adesões dos espíritos mais eminentes”.

Merece ser incorporado às fileiras combativas dos representantes brasileiros da escola positiva o penalista ESMERALDINO BANDEIRA, cujas palavras, em matéria de política criminal, afastam qualquer equivocidade: “A cada delinqüente, certa pena, como a cada enfêrmo, certo remédio, embora êste e aquêle sofram ou façam sofrer a humanidade de um mal comum em sua classificação nosológica e em sua espécie legal. Impugnar a necessidade de adaptação do remédio e da pena à pessoa do criminoso e do doente, equivale a desconhecer o fato universal da individuação dos seres”³².

Outro jurista que tomou posição abertamente a favor da escola positiva foi ANTONIO MONIZ SODRÉ DE ARAGÃO, catedrático de direito criminal na Faculdade de Direito da Bahia. Sua obra *As três Escolas Penais*, transunto de suas lições, foi publicada em princípios dêste século, quando mais fortes sopravam os ventos da corrente italiana, quase que a alimentar as chamas do proselitismo que ganhava corpo em todos os países.

Várias passagens do capítulo final de sua tese evidenciam a adesão do espírito do autor aos postulados do grupo de FERRI, como se poderá constatar pela transcrição que se faz a seguir:

32. ESMERALDINO BANDEIRA, *Estudos de Política Criminal*, Rio, 1912, p. 11.

“Lançando um olhar de conjunto sôbre o caminho percorrido, vemos que a escola antropológica desfraldou, no campo da criminologia, uma bandeira revolucionária, iconoclasta mas regeneradora, porquanto ela contém um programa altamente reformador que constitui a glória dêsses ínclitos lutadores, paladinos das novas idéias, que, incendiados pelo calor da verdade, se atiraram à liça com denodado esforço e prodigioso valor, rasgando largos horizontes e abrindo novos caminhos completamente desconhecidos ao classicismo penal”³³.

E mais adiante: “A escola antropológica nega o livre arbítrio, considerando-o uma ilusão subjetiva, desmentida pela físió-psicologia positiva, e, coerente e lógica, não admite a responsabilidade moral dos indivíduos: neles apenas vê a responsabilidade social, que constitui o verdadeiro fundamento da responsabilidade penal dos malfeitores. O homem, pois, é penalmente responsável porque tem a responsabilidade social e tem a responsabilidade social porque vive em sociedade”³⁴.

Prosseguindo afirma que a escola positiva proclama a “verdade evidente de que os crimes, como tôdas as outras ações humanas, resultam inelutavelmente de uma tríplice ordem de fatores: — antropológicos, físicos e sociais”³⁵.

Depois de cotejar os princípios da escola antropológica e da escola crítica, vaticina com o otimismo e a ingenuidade própria da maioria dos positivistas: “Tudo, pois, nos leva a crer que muito breve, não obstante a eficaz resistência do misoneísmo natural do espírito humano, a escola antropológica, aceita afinal pela unanimidade dos sábios criminalistas, terá conquistado definitivamente a palma da vitória nesta luta continua de todos os dias em prol da verdade”.

33. MONIZ SODRÉ, *As três escolas penais*, Saraiva & Cia, 3a. Ed., S. P., 1928, p. 333.

34. Idem, *ibidem*, p. 335.

35. Idem, *ibidem*, p. 336.

3. Apontaremos alguns nomes da criminologia atual que, pela sua orientação, traem ascendência positivista. Assentada a premissa de que o adjetivo não tem para nós qualquer vislumbre pejorativo — pois no decurso dêste trabalho se salientaram os indiscutíveis méritos da escola — e feita a ressalva de que não se pretendem representantes puros — como talvez se pudessem encontrar nos alvares do movimento —, parece-nos imperiosa a citação de alguns autores, ainda que se corra, como é inevitável, o risco de incluir êste que — vendo-se indicado — negue quem sabe o “crime” de positivismo, e de omitir aquêle que — percebendo-se esquecido — reivindique o mérito de ser arrolado.

ROBERTO LYRA, por exemplo, apesar de se ter proclamado “o primeiro a organizar e situar uma escola socialista de direito penal (II Conferência Inter-Americana de Advogados, Rio de Janeiro, 1943)”³⁶, não pode deixar de ser lembrado como um dos juristas que assimilou e desenvolveu os germes do positivismo penal.

Não seria preciso mais do que reproduzir os postulados de sua escola — “responsabilidade social própria dita, com base na *periculosidade; sanções*, em regra não penais, efetivamente destinadas à *defesa*, não só da sociedade, como da civilização” — para aquilatar-se, sem resquício de dúvida, da linhagem de suas idéias. Acrescenta o autor que só o socialismo poderá extinguir ou transformar a criminalidade — a qual resulta de causas econômicas ou a estas ligadas. Mas, mesmo com tal adendo, não se desvia da linha positiva, antes se mantém no mesmo rumo.

Aliás, são do próprio ROBERTO LYRA estas palavras: “É à escola positiva que pertence o presente e, ainda mais, o futuro. Em *Novas Escolas Penais*, dissemos, há vinte anos, que a escola positiva foi um fenômeno de precoci-

36. ROBERTO LYRA, *Novíssimas Escolas penais*, Editor Borsoi, Rio de Janeiro, 1956, p. 10.

dade, antecipando-se à sociologia aplicada — o socialismo (Rio, 1936, pág. 97)”³⁷.

Como se vê, a paternidade da chamada escola socialista dispensa processo de investigação. Não só a filiação é legítima, como também está provada por certidão de nascimento, revestida de tôdas as formalidades, inclusive as declarações do próprio pai..

Pela importância que atribui ao conceito de periculosidade, pela necessidade que preconiza de aplicação das medidas de segurança sem delito, pelo papel preponderante que empresta à prevenção e, enfim, por encarecer a conveniência de imprimir ao tratamento penal uma função educativa, despida dos preconceitos de castigo e represália contra os criminosos e adequada a cada delinqüente, não se pode silenciar o nome de NOÉ AZEVEDO entre os cultores do direito penal mais sensíveis às reivindicações da escola positiva.

Em sua preleção de encerramento do ano letivo de 1950, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, lamenta, com efeito, o insigne mestre que a passagem do classicismo ao positivismo já tenha consumido três quartos de século³⁸.

Já em 1927, em seu estudo sôbre *A Socialização do Direito Penal* mostrara que “as reformas penais até então propostas eram orientadas pelo pensamento da escola positiva, de pôr em primeira plana o delinqüente e em segunda o delito. O tratamento penal não devia consistir na dosagem de um mal a ser infligido ao delinqüente, proporcional ao que êle causara. O seu objetivo principal tinha de ser o da reeducação do criminoso e sua consêquente reintegração no ambiente social”³⁹.

Uma das inúmeras conseqüências práticas do influxo das idéias positivistas, no setor criminológico, em nossa

37. ROBERTO LYRA, Idem, *ibidem*, p. 56.

38. NOÉ AZEVEDO, *Política Criminal sem Preocupações Metafísicas*, in *Revista dos Tribunais*, vol. 190, p. 3, São Paulo, Março de 1951.

39. NOÉ AZEVEDO, Idem, *ibidem*, p. 4.

terra, foi a criação por LEONÍDIO RIBEIRO, em 1932, no Instituto de Identificação da Polícia Civil do Distrito Federal, de um Laboratório de antropologia criminal destinado a realizar pesquisas sôbre as causas da delinqüência no meio brasileiro. Seu trabalho sôbre a biotipologia dos negros criminosos foi laureado em concurso internacional, com o prêmio LOMBROSO de 1933, na Itália. A Comissão, composta de MARIO CARRARA, GINA LOMBROSO e RUGGERO ROMANESE, assim se manifestou a respeito: “esta obra reúne ao interêsse e ao valor doutrinário o merecimento de uma fecunda e imediata realização prática que não se limita ao presente porque se projeta no futuro. Ela rasga para a antropologia criminal, no Brasil, um futuro e permite um desenvolvimento fecundo em novas observações e aquisições”.

Para se julgar da fidelidade e do entusiasmo dêste adepto da escola criminal italiana basta transcrever suas palavras, que valem por uma profissão de fé: “A escola positiva se afirma, na legislação moderna, através do critério central da periculosidade do réu, pondo em vigor uma justiça eficaz e prática, humana e justa, permitindo a defesa da sociedade por meio de medidas de segurança que exigem o conhecimento da personalidade integral do criminoso”.

Defende LEONÍDIO RIBEIRO a colaboração e entrosamento da medicina e do direito, o papel indispensável de psiquiatras e antropologistas na aplicação e execução da pena e a formação especializada dos juizes criminais. Propugna ainda a instalação de Institutos de Antropologia Criminal nas penitenciárias, de maneira a tornar possível a organização de fichas biográficas.

Finalmente, não se podem encerrar estas linhas sôbre a influência da escola positiva no pensamento brasileiro sem mencionar os estudos e pesquisas antropológicas que, seguindo uma trilha aberta por LOMBROSO, foram e continuam sendo realizados por médicos, psicólogos e psiquiatras. Abstração feita de qualquer sectarismo, é preciso salientar que tais estudiosos sòmente tiveram possibilidade

de se interessar pelo problema criminal, graças à poderosa *vis attractiva* que, como conseqüência da orientação psico-somática da escola positiva, o direito penal veio a exercer em relação às ciências psico-biológicas. Alguns dos muitos exemplos que se poderiam citar podem ser encontrados nos escritos *Hereditariedade e Crime* e *A Genética e a Herança Criminal* de ALMEIDA JUNIOR, *Biotipologia* de W. BERARDINELLI, *Manual de Criminologia* de HILÁRIO VEIGA DE CARVALHO.

CAPÍTULO II

A “exposição de motivos” do código penal.

SUMÁRIO: 1. *Introdução.* 2. *A responsabilidade penal.*
3. *A aplicação da pena.* 4. *As medidas de segurança.* 5.
Conclusão.

1. Não é novidade que a lei brasileira se tenha inspirado, pelo menos em parte, nos princípios da escola positiva. Trata-se antes de especificar em que medida os corolários positivos se acham presentes no código: em outros termos, se a influência da escola de FERRI foi tão decisiva que imprimiu nova orientação ao direito penal ou se, pelo contrário, se limitou à adoção extrínseca de certos institutos, como o das medidas de segurança.

A exposição de motivos do projeto que, em 1940, foi convertido em lei — como, de resto, todos os relatórios do mesmo gênero — não pode ser interpretada ao pé da letra, porque sucede freqüentemente que as concessões tenham sido mais numerosas e profundas do que se aperceberam os próprios autores.

É de se notar, desde o início, que o ministro FRANCISCO CAMPOS, ao apresentar o projeto à sanção presidencial, se vangloria do que, no fundo, é o mais grave defeito do diploma legal: isto é, do fato de que, no código, os

postulados clássicos fazem causa comum com os princípios da escola positiva.

Com efeito, o conúbio do determinismo e do livre arbítrio não poderia senão conduzir à soma de erros das duas correntes. De outro lado, a pretensão de manter-se “indiferente à interminável e insolúvel discussão metafísica” entre as duas posições filosóficas, ao mesmo tempo que aceita o postulado da responsabilidade moral, nos faz lembrar o episódio de SCIPIÃO NASICA que respondeu a ÊNIO, que o procurava, que não estava em casa.

Procuraremos, primeiramente, examinar até que ponto a interpretação dada pelo ministro corresponde ao verdadeiro conteúdo da lei.

2. Afirma-se, na exposição de motivos que precede o projeto: “A responsabilidade penal continua a ter por fundamento a responsabilidade moral, que pressupõe no autor do crime, contemporaneamente à ação ou omissão, a capacidade de entendimento e a liberdade de vontade”.

Dizer que a responsabilidade moral é base da penal deveria querer dizer que a lei brasileira adotou o princípio regulador pelo qual, toda vez que um individuo venha a ser considerado legalmente responsável, isto sucede apenas enquanto o individuo o é também moralmente, isto é, enquanto sabia que estava agindo mal, previu o resultado, que podia evitar e, por isso, deve ser punido.

Ora, quando o art. 16 estabelece que “a ignorância ou a errada compreensão da lei não eximem de pena”, estamos diante de uma norma que faz responsável (legalmente) também o que não o é ou pode não sê-lo (moralmente).

De outro lado, se o critério da retribuição é inseparável da responsabilidade moral, como se explicam a prescrição (art. 109), a impunibilidade do crime impossível (art. 14), a aplicação da lei posterior quando comina pena mais suave e a inexistência de sanção ao delito que a lei ulterior deixa de considerar como tal (art. 2.º)? Se

o fundamento é ético, porque são considerados casos de impunibilidade o ajuste, a determinação ou instigação e o auxílio, se o crime não chega, pelo menos, a ser tentado (art. 27)?

Poder-se-ia redarguir que, embora todos os casos de punição de crimes tenham ou possam ter um fundamento moral, há ações imorais que se subtraem à consideração jurídica. Esta resposta, porém, que poderia satisfazer para a maioria dos casos — porquanto à preservação dos institutos sociais que o direito tem o fim de defender é útil, quase sempre, a obediência aos preceitos da moral — não teria valor no caso do artigo 16, isto é, quando o agente ignora que o seu ato seja um crime.

Mas é o próprio ministro quem se encarrega de afirmar que nem sempre a lei coincide com a moral. Com efeito, comentando o “sursis” e o livramento condicional, apercebe-se de que, enquanto o “sursis” é concedido aos condenados ao máximo de dois anos, não poderão beneficiar-se da liberdade condicional aquêles a quem tenham sido impostos menos de três anos. Por conseguinte, quem receber uma pena de dois anos e um dia deverá cumprir no cárcere mais do que quem, condenado a três anos, obtiver a liberdade condicional depois de um ano e meio.

Desculpa-se o ministro: “mas é de advertir que o direito penal tem de atender a critérios utilitários ou de política criminal, que nem sempre coincidem com os de uma justiça ideal”.

O princípio da responsabilidade legal ou material, pois, que fôra expulso pela porta, é readmitido pela janela, aliás, por mais de uma janela. A lei penal não pretende fazer justiça no sentido moral ou religioso, mas fixa a responsabilidade pelo próprio fato de que o indivíduo tenha sido o autor do crime, ainda que acreditasse praticar uma ação não delituosa e, de outro lado, deixa impune aquêles que, querendo praticar o ato e ciente de seu caráter ilegal, não o consegue por ineficácia absoluta de meio ou por absoluta impropriedade do objeto (crime impossível). E, neste último caso, não se aplica sequer

a medida de segurança, a não ser que se verifique a periculosidade do agente.

E é de se notar que, entre os critérios que o código adota para presumir a periculosidade (art. 78), há casos em que a responsabilidade do agente é excluída (como acontece com os irresponsáveis) ou diminuída (como sucede com os habituais e os de responsabilidade atenuada).

3. Na individuação da pena é patente a marca positivista. “O juiz, ao fixar a pena, não deve ter em conta somente o fato criminoso, nas suas circunstâncias objetivas e conseqüências, mas também o delinqüente, a sua personalidade, seus antecedentes, a intensidade do dolo ou grau da culpa e os motivos determinantes (art. 42). O réu terá de ser apreciado através de todos os fatores, endógenos e exógenos, de sua individualidade moral e da maior ou menor intensidade da sua *mens rea* ou da sua maior ou menor desatenção à disciplina social. Ao juiz incumbirá investigar, tanto quanto possível, os elementos que possam contribuir para o exato conhecimento do caráter ou índole do réu — o que importa dizer que serão pesquisados o seu *curriculum vitae*, as suas condições de vida individual, familiar e social, a sua conduta contemporânea ou subsequente ao crime, a sua maior ou menor periculosidade (probabilidade de vir ou tornar o agente a praticar ato previsto no crime)”.

Neste período da exposição de motivos encontram-se os princípios fundamentais da escola positiva: individuação da pena, consideração do delinqüente na sua história, exame da periculosidade como critério de imposição de medida de segurança e da pena.

Se não bastassem tôdas estas explícitas afirmações, poderia negar orientação positivista quem julga o delinqüente examinando os seus *fatôres*? Haverá termo de paternidade menos discutida?

O juiz não só dispõe de autonomia ao atribuir ao réu uma pena entre o máximo e o mínimo previstos pela lei,

como também pode escolher entre sanções alternativas aquela que, a seu critério, melhor corresponda ao caso concreto.

4. As medidas de segurança são aplicáveis “post delictum” e pressupõem sempre a periculosidade do agente. Não dependem do fato delituoso apenas no caso de crime impossível ou na hipótese de instigação, ajuste e auxílio que não tenham por consequência sequer o crime tentado.

A sua duração é indeterminada, isto é, enquanto perdurar “o estado perigoso”. Têm, porém, um mínimo, proporcional à gravidade do crime.

Se fôsse verdade que a medida de segurança é de natureza completamente diversa da pena, não deveria ter uma duração mínima, nem mesmo em tese. Isso porque, se o seu critério é a periculosidade, cessada esta, deveria cessar a medida.

É certo que o código penal, no seu art. 81, n.º III, admite a revogação da medida “em qualquer tempo, desde que o determine a Superior Instância”. E, nesse particular, foi tanto mais feliz do que o diploma legal italiano, quanto mais se aproximou do espírito da escola positiva. Mas, mesmo assim, não pode subtrair-se à pecha de incongruente o legislador que, após estabelecer um mínimo, abre a possibilidade para a revogação em qualquer época. Tal ilogicidade bem como a proporção estabelecida em princípio pelo código entre a duração mínima da medida aplicável aos irresponsáveis e o mínimo da pena prevista para o mesmo crime cometido por um responsável (art. 91) são um injustificável resíduo da mentalidade clássica. Com efeito, se o agente é irresponsável, não se pode recorrer, no que lhe diz respeito, ao critério da gravidade ou da retribuição. Se possui alguma responsabilidade, pelo que a duração do seu internamento no manicômio não depende da sua periculosidade, mas da ação efetivamente praticada, então a medida de segurança não se distingue fundamentalmente da pena. E, ainda uma vez, não tem razão o autor da “exposição de

motivos” quando afirma que “as medidas de segurança não têm caráter repressivo, não são pena. Diferem desta, quer do ponto de vista teórico e prático, quer do ponto de vista de suas causas e de seus fins.. ”

O código brasileiro segue o modêlo italianô quando faz preceder de disposições gerais a divisão e a enumeração das diversas medidas de segurança, as quais se subdividem em: 1) patrimoniais e 2) pessoais.

As patrimoniais são: “interdição de estabelecimento ou de sede de sociedade ou de associação” e o “confisco”.

As pessoais bifurcam-se em *detentivas*: internação em manicômio judiciário, internação em casa de custódia e tratamento, internação em colônia agrícola ou instituto de trabalho, de reeducação ou de ensino profissional; e *não detentivas*: liberdade vigiada, proibição de frequentar determinados lugares, exílio local.

5. Mais do que “causa comum” no sistema do código, os postulados positivos e os princípios clássicos fazem confusão. O que não impede afirmar que da escola clássica foram conservados muitas vêzes os termos e raramente o espírito. Com efeito, a fisionomia da lei penal brasileira é predominantemente positivista. Não bastassem a aceitação implícita do princípio da responsabilidade legal ou material, a adoção do critério da periculosidade quer na aplicação das medidas de segurança, quer na fixação da pena, a concessão de um poder discricionário ao juiz, o discurso dos fatores no esforço para conhecer o delinquente na sua história, outros corolários da escola positiva se acham presentes no código:

1) A irresponsabilidade dos menores de dezoito anos, sujeitos às normas de uma legislação especial (art. 23), constitui um reconhecimento de que a mudança das condições morais e materiais pode restituir à sociedade elementos que, pela sua pouca idade, justificam, em regra, maior esperança de reabilitação.

2) A abolição do isolamento celular diurno (art. 20) atende ao critério positivista de que a pena não deve retri-

buir, impondo a segregação como castigo, mas visa recuperar para o convívio dos semelhantes.

3) A lei prevê a remuneração do trabalho carcerário, que pode ser escolhido pelos condenados à pena de detenção, conforme a sua aptidão e a sua ocupação anterior (art. 29 § 1.º e art. 31). O aproveitamento do delinqüente nas suas funções normais torna menos odiosa sua prisão e mais provável sua volta ao seio da família e da sociedade.

4) A abolição prática das penas de breve duração, através do instituto do *sursis* (art. 57), revela a preocupação de não afastar do grupo social pessoas de pouca ou nula periculosidade que, por isso mesmo, dificilmente voltarão a transgredir a lei.

5) Maior variedade das sanções. *Penas principais*: 1) Reclusão; 2) Detenção; 3) Multa. *Penas acessórias*: 4) perda de função pública, eletiva ou de nomeação; 5) interdições de direitos; 6) publicação da sentença. *Medidas de segurança*: 7) manicômio judiciário; 8) casa de custódia ou de tratamento; 9) colônia agrícola ou instituto de trabalho, de reeducação ou de ensino profissional; 10) liberdade vigiada; 11) proibição de frequentar determinados lugares; 12) exílio local. A diferenciação das sanções atende ao esforço da escola positiva de ajustar as medidas de defesa social ao delinqüente.

6) Inexecução da pena de multa em caso de insolvibilidade absoluta do condenado. Mais uma vez a implícita aceitação de que o castigo não é um fim que mereça ser perseguido em si mesmo, tanto que, em certos casos, pode ser inútil e até prejudicial.

7) A concessão de “*sursis*” mesmo a quem tenha sido condenado à pena de reclusão não superior a dois anos, desde que sua idade seja inferior a 21 ou superior a 70 anos, reflete a orientação positivista de levar em conta as peculiaridades do infrator, visando — no caso dos menores — principalmente a sua recuperação e — na hipótese dos anciãos — a sua menor periculosidade.

CAPÍTULO III

O código brasileiro e o projeto Ferri.

SUMÁRIO: 1. *Introdução.* 2. *Responsabilidade.* 3. *O delito e o delinqüente.* 4. *As sanções.* 5. *Conclusão do capítulo e do ensaio.*

1. Muitos são os pontos de contacto entre o diploma penal do Brasil e o projeto elaborado pelo sistematizador da escola positiva.

Assim, começando pela distribuição da matéria tratada, pode-se observar que FERRI, depois dos preceitos relativos à aplicação da lei no espaço e no tempo, afirma que a parte geral (Livro I) deve seguir um critério lógico, correspondente à ordem natural dos fatos, razão pela qual antes devem ser estabelecidas as normas concernentes ao *delito* (Título I), depois as referentes ao *delinqüente* (Título II) e, afinal, as disposições alusivas às *sanções* (Título III).

O esquema do código brasileiro é o mesmo: A parte geral possui um primeiro título que compreende “a aplicação da lei penal”. O segundo título trata do crime e o terceiro da responsabilidade, parte que, em certo sentido, corresponde à do delinqüente do projeto FERRI, se se levar em conta que a lei brasileira não apresenta uma classificação metódica dos delinqüentes, não obstante pressuponha várias categorias.

Finalmente, do título quinto ao título oitavo, situa-se, respectivamente, a matéria relativa às *penas, medidas de segurança, ação penal e extinção da punibilidade*. Tudo isso obviamente se contém no capítulo das *sanções*.

Como dissemos, esta ordem foi seguida por FERRI para que o processo legal obedecesse à sucessão natural dos fatos: cometido um *crime* previsto pela lei, deve-se procurar conhecer o *delinqüente* para que lhe seja apli-

cada a *sanção* adequada. E é louvável que o legislador brasileiro tenha seguido o mesmo critério.

FERRI propunha substituir condenado a punido. A lei brasileira, adotando o termo agente, foi duas vezes feliz: de um lado, porque elimina qualquer conotação ético-religiosa do indivíduo que infringe a norma jurídica; de outro, porque todos os transgressores — mesmo os chamados irresponsáveis — são agentes, isto é, são sujeitos dos seus atos e, pois, não são agidos.

Não nos resta, agora, senão estabelecer um confronto entre o diploma legal brasileiro e o *código-tipo* da escola sociológica, isto é, o projeto FERRI, o qual atuou a inteira doutrina positiva, quer no que encerrava de verdadeiro e coerente, quer na contradição implícita a que não consegue subtrair-se todo determinismo. Os princípios fundamentais do positivismo penal podem ser resumidos em três conceitos: a) responsabilidade legal ou material, por força da qual o indivíduo é feito responsável; b) crime como fato natural; c) sanção como defesa social.

2. Devem distinguir-se três conceitos da responsabilidade para que resulte clara qualquer consideração sobre o problema penal. Com efeito, o uso inadequado dos termos torna inconcebível o que possui também o seu sentido, desde que sejam feitos os devidos esclarecimentos.

a) O primeiro e autêntico conceito da responsabilidade é o moral, fundado na liberdade positiva ou efetual do sujeito. Em outros termos, para julgar moralmente responsável um indivíduo, não basta admitir a existência daquela liberdade fundamental pela qual todos os homens são livres, pelo fato de serem homens; nem é suficiente reconhecer que o sujeito teve aquela liberdade psicológica pela qual pôde prever a consequência da sua ação e sabia o que fazia enquanto estava agindo; mas é necessária aquela liberdade histórica que nos explicará que foi livre não só porque previu o resultado e teve consciência dos seus atos, mas também porque não sofreu nenhuma coação

ou ameaça, não se encontrava em estado de necessidade ou de legítima defesa.

b) Pela *responsabilidade legal* “somos feitos” responsáveis pelo próprio fato de termos sido os autores de um crime. Neste caso, a lei procura induzir a vontade em certa direção, supondo o seu efeito automático de intimidar. Ao contrário do que acreditavam os positivistas, a responsabilidade legal só pode ser admitida como princípio regulador do direito penal sob a condição de que se aceite que os homens são livres. Para quem queira valer-se dêste aspecto da responsabilidade, o escopo do direito não seria o de punir conforme a culpa, mas o de defender a sociedade também contra os que, sendo mais perigosos, tenham menos culpa. A responsabilidade legal pressupõe uma vontade consciente, mas não procura indagar a culpa moral e sim a periculosidade social.

c) A *responsabilidade material* recai sôbre o indivíduo, não por ter sido autor de um crime, mas pelo fato de encontrar-se na situação daqueles aos quais caberá certa sanção, desde que se verifiquem determinadas circunstâncias. Desta responsabilidade são exemplos o ressarcimento por parte do preponente dos danos causados pelo preposto e a indenização por acidente do trabalho, em que se prescinde da indagação da culpa efetiva da vítima. A responsabilidade legal e material não são concebíveis fora do campo jurídico e se distinguem conforme a finalidade da sanção: se é a de intimidar, temos a primeira; se não se leva em conta a previsibilidade, a segunda.

A escola positiva aceita a responsabilidade material, isto é, não atribui tanto à pena uma finalidade intimidativa quanto a de defesa social. São, com efeito, expressivas as palavras de FERRI a respeito:

“Esclusa invece dal “ministero punitivo” esercitato dallo Stato qualsiasi pretesa di misurare e castigare la colpa o responsabilità morale del delinquente (che può spettare all'autorità religiosa per i credenti o può interessare le dottrine filosofiche od il sentimento comune);

e riconosciuto nello Stato il solo diritto proveniente dalla necessità dell'esistenza sociale, di provvedere alla difesa dei cittadini onesti contro i delinquenti, ne viene necessariamente la conseguenza che dalla imputabilità materiale deriva indissolubilmente la imputabilità legale”⁴⁰.

É verdade que FERRI não exclui inteiramente a possibilidade de intimidar da sanção, mas lhe empresta um valor negligenciável e, neste particular, se aproxima da coerência, porque, em face do determinismo, não pode subsistir a intimidação.

O primeiro conceito de responsabilidade moral é o único conceito que se pode e deve considerar como filosófico ou absoluto, porque é precisamente o único conceito possível a que se possa recorrer na tentativa — jamais, de resto, plenamente atingível — de avaliar moralmente e também juridicamente (desde que seja o critério adotado pela lei positiva) a conduta do homem.

Os outros dois conceitos pertencem à esfera jurídica e, por isso, são de âmbito mais restrito. São conceitos autênticos de uma específica responsabilidade legal ou material, mas seriam insustentáveis quando se tivesse a pretensão de encarar cada um deles como o conceito fundamental da responsabilidade.

Embora os conceitos de responsabilidade legal e material tenham surgido como sucedâneos da responsabilidade autêntica — que as doutrinas deterministas não sabiam justificar —, o fato é que também estas acepções particulares da responsabilidade pressupõem sempre a liberdade. Ainda quando se diz que a responsabilidade legal se dirige à vontade no sentido de intimidar, ao passo que a material prescinde de qualquer consideração da vontade do agente, no fundo sabemos — e nunca será demais repeti-lo — que nenhuma doutrina ou afirmação ou palavra poderia possuir um valor sem pressupor a liberdade.

40. ENRICO FERRI, *Progetto preliminare di Codice Penale Italiano*: delliti (libro I), Milano, Vallardi, 1921, p. 3-14.

O positivismo aceitou o princípio da responsabilidade material, embora a chamasse legal ou social. Não se procura saber se o agente previu o resultado, se os seus motivos foram conscientes ou inconscientes. Quem comete o crime é responsável, excluídos os casos de justificação do fato.

Se se afirma, por exemplo, que uma legislação deve inspirar-se nos princípios da responsabilidade moral, é possível que se queira dizer que — se bem que a finalidade do direito seja a de preservar a ordem constituída — a lei deve procurar punir sòmente quando o sujeito seja também passível da condenação moral. Mas ver-se-á, neste caso, que quase todos — senão todos — os ordenamentos jurídicos não atuam de fato tal princípio e, por conseguinte, nos deveremos convencer de que se pode tratar de um ideal, mas não de um fundamento absoluto do direito penal.

É válida, de outro lado, a assertiva de que o pressuposto de certo código é a responsabilidade legal porque tem por fim intimidar e, pois, prevenir a prática de crimes.

Terá, enfim, razão quem declarar que, em certos casos, se obedece ao critério da responsabilidade material — mercê da qual a lei não cuida do valor moral nem da previsibilidade da ação — mas fixa uma sanção para quem se encontrar numa situação definida pelo código. Mas, quer neste quer no caso anterior, os dois critérios jurídicos da responsabilidade não excluem que, fora da consideração do direito, se possa e se deva procurar uma avaliação moral das ações humanas.

Ora, o ministro FRANCISCO CAMPOS diz que o código penal aceita o princípio da responsabilidade moral, porque vê no direito penal uma disciplina de caráter ético. Mas sabemos que o fundamento absoluto do direito não pode ser a eticidade, a qual, de outro lado, poderá erigir-se em princípio regulador da lei. Mas nem é êste o caso do diploma penal brasileiro, que não poderia, em nome de tal princípio, ter adotado as medidas de segurança.

O próprio FERRI lembra que, em 1879, o ministro MANCINI afirmava não ter “commesso alcun reato colui il quale non comprese quello che fece, che non ebbe coscienza dei suoi atti, che perciò fu dichiarato innocente in faccia alla legge e irresponsabile. Non vi ha dunque motivo giuridico perchè egli decada dall’esercizio del godimento di quella libertà, che non si nega a tutti gli altri infelici, travagliati dalla stessa sua malattia”⁴¹.

E também ALIMENA repetia as mesmas idéias, dizendo que “i manicomi giudiziari sono, come concetto, illegittimi e praticamente assurdi”⁴².

Se o código, pois, se ocupa dos irresponsáveis (art. 22) e o juiz — não o médico — lhes aplica uma medida de segurança, não se pode negar que o irresponsável é um sujeito passivo de direito e que as medidas de segurança e as penas se incluem nas espécies de que é conceito genérico a sanção.

Devemos, assim, concluir que o código brasileiro, colocando no âmbito das suas sanções os irresponsáveis e os agentes de responsabilidade restrita e negando a exclusão da pena nos casos de ignorância ou errada compreensão da lei, se baseia, efetivamente, no critério da responsabilidade material.

3. Para a escola positiva o interêsse não deve recair no crime, mas no criminoso. E, por isso, com o fim de tornar mais fácil a individuação da pena, FERRI classifica os sujeitos do direito penal em: loucos, natos-incorrigíveis, habituais, ocasionais e passionais.

Também a lei brasileira, implicitamente, os classifica: a) de um ponto de vista que se poderia dizer da habitualidade, são previstas três categorias: primários, reincidentes (art. 78, IV) e membros de associações de delinqüentes (art. 78, V); b) segundo o critério da responsabilidade,

41. ENRICO FERRI, *Principii di Diritto Criminale*, Torino, Ed. Torinese, p. 678.

42. BERNARDINO ALIMENA, *Principii di Diritto Penale*, Napoli, Vol. I, 1910, p. 489.

podem considerar-se três grupos: normais, irresponsáveis e de responsabilidade restrita (art. 22).

É possível estabelecer uma correspondência entre as categorias de FERRI e as do código brasileiro: os primários e os normais poderiam ser incluídos no grupo dos ocasionais e passionais; os reincidentes e os membros de associações de delinqüentes enquadram-se praticamente nos habituais; os irresponsáveis e de responsabilidade restrita compreendem, conforme o caso, os loucos e os natos-incorrigíveis.

É preciso lembrar que, para a escola positiva, a classificação dos delinqüentes não é uma imposição de ordem teórica, mas prática. O que importa é a finalidade: individuar a sanção aplicável.

E a este princípio fundamental obedece a lei brasileira, quer concedendo maior arbítrio ao juiz, quer fixando estas categorias implícitas, quer, enfim, prevendo circunstâncias atenuantes e agravantes.

A concepção positiva do crime pode resumir-se nas seguintes palavras de FERRI: “Com a teoria objetiva materializa-se a justiça penal, dando valor tirânico aos resultados materiais e exteriores da ação humana e beneficiando assim também os delinqüentes mais perigosos à custa das accidentalidades que lhes foram favoráveis (delito falho): com a teoria subjetiva espiritualiza-se unilateralmente a justiça penal, dando valor tirânico à mera intenção, separando-a da sua atividade exterior e da sua personalidade.

Considerando, ao contrário, o crime como “um fato natural e social” e, para a defesa social, como sintoma da periculosidade do delinqüente, é lógico que a tentativa do delito é já uma perfeita manifestação concreta da personalidade anti-social do seu autor. Mas a consumação jurídica e a realização material têm um valor complementar para precisar a periculosidade do deliçüente”⁴³.

43. ENRICO FERRI, *Principii di Diritto Criminale*, Torino, Ed. Torinese, 1928, p. 636/7.

O critério da periculosidade foi adotado pelo código brasileiro, expressamente, na aplicação das medidas de segurança seja aos que a lei (art. 78) presume temíveis — irresponsáveis, de responsabilidade restrita, ébrios habituais, reincidentes e membros de organizações de malfeitores — seja aos que o juiz, pelo exame da sua personalidade e antecedentes bem como dos motivos e das circunstâncias do crime, julgar perigosos (art. 77).

Mas a temibilidade é também o critério da aplicação da pena. Com efeito, o art. 42 estabelece que o juiz escolherá a pena e lhe fixará a quantidade, dentro dos limites previstos, atendendo aos antecedentes e à personalidade do agente, à intensidade do dolo ou grau da culpa, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime.

Acham-se presentes neste preceito todos os elementos contidos no art. 20 do projeto FERRI em que se define o critério positivista da aplicação das sanções: “Nos limites assinalados pela lei, a sanção aplica-se ao delinquente conforme a sua periculosidade. O grau de periculosidade determina-se conforme a gravidade e modalidade do fato delituoso, os motivos determinantes e a personalidade do agente”. Entre os dispositivos acima transcritos há coincidência não só de conteúdo mas até mesmo de expressões verbais.

E, se levarmos em conta que também as circunstâncias agravantes e atenuantes, genéricas e específicas, se referem de preferência aos motivos e às condições em que se encontrava o agente, isto é, à sua periculosidade, deveremos reconhecer que, ainda uma vez, o código penal do Brasil revela orientação positivista.

4. Para a escola positiva o escopo das sanções é a defesa social. O projeto FERRI applicava sanções (penas e medidas de segurança) a todos os que eram legalmente responsáveis.

O código brasileiro distingue, é verdade, o grupo dos normais e de responsabilidade restrita e o dos irrespon-

sáveis: ao primeiro são cominadas penas e medidas de segurança; ao segundo, tão só medidas de segurança.

Mas, distinguindo assim os agentes em responsáveis, semi-responsáveis e irresponsáveis, afastava-se apenas formalmente do que dizia FERRI: “E poichè per ogni fatto umano dalla esteriore immaterialità dell’atto bisogna risalire alla condizione psicologica che lo ha determinato, così per quanto riguarda l’elemento soggettivo, gli autori dei fatti delittuosi si distinguono in delinquenti a condizioni psichiche comuni, in delinquenti infermi di mente e in delinquenti a sviluppo psichico normalmente immaturo”⁴⁴.

Ademais, o critério positivista da indeterminação das sanções foi acolhido para as medidas de segurança — que não têm prazo máximo nem, a rigor, mínimo — assim como para a escolha e fixação quantitativa das penas, as quais, embora devam conter-se nos limites legais, têm grande flexibilidade.

Acreditamos, enfim, que, no código, a distinção entre pena e medida de segurança é meramente extrínseca: podem ambos os conceitos ser compreendidos no gênero da sanção, são ambas aplicadas pelo juiz, são uma e outra impostas coercitivamente; ademais, como a pena, a medida de segurança pode ser detentiva e pode recair em “delinquentes de condições psíquicas comuns” ou responsáveis.

SPIRITO observa com razão que seria justificada a distinção entre pena e medida de segurança se estas fôsem aplicáveis apenas aos não imputáveis moralmente. No fundo da distinção, está a dupla exigência de uma pena, entendida no sentido clássico de retribuição moral e jurídica, e, de outro lado, de uma sanção, entendida no sentido positivista de defesa social, despreocupada de qualquer avaliação moral e de toda consideração de caráter genuinamente jurídico.

44. ENRICO FERRI, *Principii di Diritto Criminale*, Ed. Torinese, Torino, 1928, p. 680.

E esta dupla exigência não conduz a uma incompatibilidade por força da qual só se poderia satisfazer àquela tendência da justiça de retribuir e avaliar também moralmente o ato, se se renunciasse ao critério da defesa social. Pelo contrário, se se reconhece ao Estado o direito de promulgar a sua lei — que tem por objetivo fundamental a preservação das suas instituições —, ver-se-á que os preceitos positivos poderão ser em boa parte morais, sem que se exclua a possibilidade de normas que, inspiradas na defesa social, não tenham conteúdo ético e à norma se possam opor.

A coexistência, pois, de penas e medidas de segurança pode justificar-se, embora os juristas que as juntaram não tivessem ainda consciência dos princípios teóricos ou filosóficos capazes de dar consistência ao seu senso comum. Mas, sob êste aspecto, pode-se dizer que a função da reflexão filosófica é precisamente a de justificar o *bom senso* dos que têm razão sem saber porque.

Não é necessário, pois, que se reduzam as penas às medidas de segurança — como propunha SPIRITO — nem que as medidas sejam absorvidas pelo conceito de pena. Podem subsistir as duas ordens de preceitos porque não são incompatíveis, aliás podem coexistir sob o conceito mais amplo de sanção — que atua no campo específico do direito — o qual pode coincidir mas não é necessário que sempre coincida com o moral.

Em outros termos, o fundamento último do direito repousa no Estado. Mas isso não implica que o critério e fim do direito positivo tenha que se inspirar no interesse do Estado. Quando se diz que o fundamento absoluto do direito reside no Estado, o que se quer dar é o princípio filosófico ou puro de todo direito, no sentido de que valha para qualquer ordenamento positivo, independentemente das determinações empíricas. Evita-se, com isso, que interesses e critérios específicos de uma época e de uma sociedade — e, por conseguinte, transeuntes e não necessários — se elevem à posição de princípios absolutos. Mas êste reconhecimento do fundamento de

todo e qualquer Estado não nos impede a nós — homens da nossa época e do Estado em que vivemos — de julgar qual tenha que ser a finalidade do nosso direito positivo.

E é por isso que nos sentimos autorizados a dizer que, mais do que uma redução das penas (como castigo) às medidas de segurança (como garantia social), ou mesmo destas àquelas, se pode e deve elevar a ação do direito penal ao conceito de sanção, que melhor poderá desempenhar a sua função de preservar as instituições, se tiver por fim a educação, a emenda, a readaptação do indivíduo à sociedade, para o bem de todos.

5. Pode-se dizer, portanto, que o código se inspira nos princípios da escola positiva, quer no que se refere ao conceito da responsabilidade, quer no que concerne ao maior interêsse pelo delinqüente, quer ainda pelo amplo poder concedido ao juiz de individualizar as sanções, quer enfim pela importância que no seu sistema assume o critério da periculosidade. É verdade que não parte de um determinismo filosófico, que, de resto, já não encontrará adeptos nem mesmo entre os próprios positivistas capazes de alçar-se a um mais alto plano crítico.

Não se subtrai o código a um ecletismo. Mas o seu compromisso é mais formal do que real. Do ponto de vista da linguagem, ao lado de têrmos característicos de um positivismo avançado e consciente, conserva expressões que lembram o abstratismo da escola clássica.

O conteúdo, porém, é predominantemente positivista. Que importa se os agentes são chamados loucos ou irresponsáveis se, num caso como noutro, lhes é aplicada a mesma sanção? Qual é a diferença substancial entre pena e medidas de segurança se são previstas pelo mesmo código, atribuídas pelo mesmo juiz e inspiradas no mesmo critério?

Dir-se-ia mesmo que o legislador brasileiro, impressionado pelo progresso da mecânica, se tivesse apressado a dotar-se de um possante carro último tipo, com todos

os melhoramentos da técnica moderna. Mas, por amor à tradição, preferisse chamá-la carroça motorizada.

Todavia, o inconveniente maior não foi êste, mas o fato de que o Brasil não dispunha de estradas adequadas e de suficiente combustível para fazer com que a máquina se movesse. E talvez bem poucos a soubessem dirigir. Mas esta já é outra história...

Bibliografia

- ARDIGÒ, ROBERTO; *Opere filosofiche*, Padova, Draghi, 1901.
- AZEVEDO, NOÉ; Política criminal sem preocupações metafísicas, in *Revista dos Tribunais*, vol. 190/3, março de 1951, São Paulo.
- BANDEIRA, ESMERALDINO; *Estudos de política criminal*, Rio, 1912.
- BETTIOL, GIUSEPPE; *Diritto penale (Parte generale)*, II, Ed. aggiornata, G. Priulla Editore, Palermo, 1950.
- BOVIO, GIOVANNI; *Saggio critico del diritto penale*, Napoli, N. Jovene Ed., 2a. ed., 1876.
- COSTA, FAUSTO; *Delitto e pena nella storia del pensiero umano*, Torino Fratelli Bocca Editori, 1928.
- FERRI, ENRICO; *Principii di diritto criminale*, Ed. Torinese, Torino, 1928.
- GARCIA, BASILEU; *Instituições de Direito Penal*, vol. I, 3a. edição, Max Limonad, São Paulo, 1956.
- GAROFALO, RAFFAELE; *Criminologia*, ed. it., 1885.
- GENTILE, GIOVANNI; *Le origini della filosofia contemporanea in Italia*, II, *I positivisti*, Sansoni, Firenze, 1957.
- GRISPIGNI, FILIPPO; *Diritto penale italiano*, Nuova ristampa della 2a. ed. con appendici, Milano, A. Giuffrè Ed., 1952.
- LESSA, PEDRO; *O determinismo psíquico e a imputabilidade e a responsabilidade criminaís*, Duprat & Cia, São Paulo, 1905.
- LOMBARDI, FRANCO; *Il concetto della libertà*, Asti e Roma, Istituto di Filosofia della Università, 1a. ed., 1955.
- LOMBARDI, FRANCO; *La nascita del mondo moderno*, Asti e Roma, Istituto di Filosofia della Università, 1953.
- LOMBARDI, FRANCO; *La Libertà del volere e l'individuo*, Milano, Fratelli Bocca, 1941.
- LOMBARDI, FRANCO; *Ricostruzione filosofica*, Asti e Roma, Istituto di Filosofia della Università, 1956.

- LOMBROSO, CESARE; *L'uomo delinquente*, 3a. edizione, vol. III, 1884.
- LYRA, ROBERTO; *Novas escolas penais*, Est. Graf. Canton & Reile, Rio, 1936.
- LYRA, ROBERTO; *Novíssimas escolas penais*, Ed. Borsoi, Rio, 1956.
- MOLESCHOTT, G.; *La circolazione della vita*, trad. della 4a. ed. tedesca, Milano, 1869.
- MONIZ SODRÉ DE ARAGÃO, A.; *As três escolas penais*, Saraiva & Cia., 3a. ed., São Paulo, 1928.
- MORAES, EVARISTO DE; *Primeiros adeptos e simpatizantes no Brasil da chamada "Escola penal positiva"*, in Revista Forense, Fasc. 435, setembro de 1939, Rio.
- REALE, MIGUEL; *A cultura jurídica italiana no Brasil*, in Revista Brasileira de Filosofia, vol. IX, Fasc. I, 1959, S. Paulo.
- REALE, MIGUEL; *Pedro Lessa e a filosofia positiva em São Paulo*, in Revista Brasileira de Filosofia, vol. IX, Fasc. IV, 1959, São Paulo.
- SPIRITO, UGO; *Il positivismo, classici della pedagogia italiana*, Coedizione Giuntine Sansoni, Firenze, 1956.
- SPIRITO, UGO; *Il nuovo diritto penale*, La Nuova Italia Ed., Venezia, 1929.
- SPIRITO, UGO; *La riforma del diritto penale*, Del Alberti ed., Roma, 1926.
- SPIRITO, UGO; *Storia del diritto penale italiano da Beccaria ai nostri giorni*, 2a. ed. riveduta e ampliata, Fratelli Bocca, Torino, 1932.
- VIEIRA DE ARAÚJO, J.; *Código criminal brasileiro, Comentário filosófico-científico*, Recife, 1889.
- VIVEIROS DE CASTRO, *A nova escola penal*, 2a. ed., Rio, 1913.