

FILOSOFIA E DIREITO PENAL: NOTAS SOBRE ALGUNS ASPECTOS DO DESENVOLVIMENTO DO PENSAMENTO PENAL ITALIANO DESDE BECCARIA AOS NOSSOS DIAS*

**PHILOSOPHY AND CRIMINAL LAW: NOTES ON SOME ASPECTS OF THE
DEVELOPMENT OF ITALIAN PENAL THOUGHT FROM BECCARIA TO
THE PRESENT DAY**

Alessandro Baratta
*Tradução André Giamberardino***

* Tradução de André Ribeiro Giamberardino, do original: BARATTA, Alessandro. “Filosofia e Diritto Penale. Note su alcuni aspetti dello sviluppo del pensiero penalistico in Italia da Beccaria ai nostri giorni”. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, 1972, Milano: Giuffrè, p. 29-54. NT: Trata-se de denso texto publicado no início da década de 70 e que conclui, no panorama da obra de Baratta, a sua primeira fase, voltada à compreensão e crítica da dogmática penal *pela filosofia*. Segundo Massimo Pavarini (in *Dei delitti e delle pene* 1-2-3, 2001), foi o momento imediatamente anterior à fundação, por Baratta, da revista *La Questione Criminale*, que na segunda metade da década de 70 reuniu suas reflexões sobre a “ideologia da defesa social” em seguida compiladas e publicadas no importantíssimo *Criminologia critica e critica del diritto penale* (1982). Vale ponderar, por fim, e ressaltada a importância da obra de Tobias Barreto, que a compreensão da relação entre filosofia e direito penal no contexto brasileiro deve levar em conta a preponderância histórica de fatores sociopolíticos ligados às funções materiais da pena, em detrimento do que se poderia quiçá chamar “ciência penal”: nesse sentido, apenas para exemplificar, o paradoxo da abertura aos postulados do classicismo pelo Código Criminal do Império, de 1832, sem a alteração de uma estrutura social ainda fundada no escravismo; ou mesmo a recepção do positivismo criminológico entre os séculos XIX e XX tendo por evidente escopo a legitimação das políticas de “higienização” e controle social pelo Estado, bem diferente da crença relativamente sincera na ciência e no empirismo que caracterizou o positivismo penal em suas origens. O Código Penal de 1940, por sua vez, foi fortemente influenciado pelo diploma italiano (*Codice Rocco*), empunhando a bandeira do tecnicismo jurídico, do “divórcio com a filosofia” e de uma supostamente possível conjugação entre a reprovação do fato pela pena e a prevenção quanto ao autor pela medida de segurança. A cumulatividade entre ambas perdurou, como se sabe, até a reforma da Parte Geral em 1984 (Lei 7.209/84), também momento de edição da Lei de Execuções Penais (Lei 7.210/84).

** Professor de Prática Penal do Núcleo de Prática da Faculdade de Direito da UFPR. Doutorando em Direito pelo PPGD/UFPR. Mestre em Direito pela UFPR e em Criminologia pela Università Degli Studi di Padova. É membro do Conselho Penitenciário do Estado do Paraná.

1. “O direito penal é uma filosofia. Se não se quer reconhecer *in limine libri* a razoabilidade desta afirmação pelo seu caráter apodílico, deve-se ao menos admitir que o direito penal nasceu como filosofia”. Com essas palavras iniciava-se um curso ministrado por Bettoli no inverno de 1947 (BETTIOL, 1948) sobre o mesmo tema ao qual são dedicadas as modestas páginas que seguem. A questão trazida à baila é entendida como uma profunda exigência que caracteriza aquela que com a feliz expressão de Wurtenberger pode se dizer “situação espiritual da ciência penal” (WURTENBERGER, 1957) no último pós-guerra. Exigência de renovação e de superação do formalismo legal, que é da mesma forma viva na Itália e nos demais países europeus, e particularmente na Alemanha.

O chamado à consciência filosófica e portanto crítica das estruturas fundamentais do pensamento penal caracteriza todos os momentos historicamente importantes de transformação do direito penal e da ciência do direito penal, referindo-se aqui àquele que sucede, na Itália e na Alemanha, à queda dos regimes autoritários. Ali se impõe com um novo espírito a necessidade de reforma da lei penal e correspondentemente também de um controle crítico do edifício dogmático da ciência penal. Tal controle crítico, porém, não se exaure em um controle de coerência interna ou em um deslocamento de móveis dentro daquele edifício, mas faz com que reaflorem com urgência as alternativas ontológicas e os problemas filosóficos, que estão na essência da sistematização conceitual dos principais aspectos jurídicos do crime: a ação, a causalidade, a antijuridicidade, a culpabilidade etc. Ao mesmo tempo, a crise e a transformação do sistema de valores, na base da legislação positiva, crises e transformações que se exprimem na batalha ideológica que acompanha o surgimento das novas constituições, chamam a atenção do estudioso do direito penal para grandes temas filosóficos e ideológicos que sustentam, por sua vez, as escolhas de política criminal: o conceito de homem, a liberdade de vontade e a responsabilidade moral, o conceito e a finalidade da pena, a justiça material e o sistema de bens jurídicos. Enfim, a exigência de adaptação do direito positivo existente à nova realidade constitucional implica uma reflexão renovada sobre o método da interpretação e da ciência do direito penal, o que chama a atenção do penalista para fundamentos gnoseológicos, para os instrumentos lógicos e argumentativos, além das escolhas axiológicas que porta consigo na própria obra.

Tracei um quadro de problemas que investem o inteiro edifício do direito penal e da ciência penal. Para cada um desses seria possível demonstrar em detalhes, se tivéssemos aqui o espaço, que toda nova solução ora determinante na história do pensamento penal moderno não foi jamais desenvolvida apenas como germe de um desenvolvimento conceitual ínsito ao sistema legislativo e dogmático que o reflete, mas também, e sobretudo, pelo impulso de novas visões de mundo, e portanto de novas maneiras de considerar o Estado, o direito, o homem, a pena; e por força de novos princípios de justiça material, de novos sistemas de valores ético-políticos, de novas concepções gnoseológicas e metodológicas.

2. Se voltamos o olhar a algumas etapas fundamentais do desenvolvimento do pensamento penal italiano, a partir do Iluminismo, do ponto de vista de sua relação com a filosofia, podemos constatar o profundo vínculo que une a elaboração científica e a reflexão filosófica em todo o período que vai de Beccaria à afirmação da Escola Positiva, e que é, pois, o período no qual o direito penal italiano foi mais original, mais capaz de influenciar, com eficácia supranacional, o desenvolvimento do direito penal europeu. Podemos dizer que a moderna ciência do direito penal nasce na Itália como filosofia, retomando a proposição citada no início e adaptando-a a um ambiente mais específico. É o que fica evidente do próprio fato de que os primeiros impulsos fundamentais da formação da tradição italiana no direito penal, depois consolidada na construção clássica de Carrara, vieram de filósofos, tais como Beccaria, Filangieri e Romagnosi, ou mesmo de juristas de grande formação filosófica, racionalista e jusnaturalista, tal qual Carmignani e, enfim, seu grande discípulo Francesco Carrara. Podemos ainda dizer que, nesse primeiro período, assistimos a um processo que vai de uma filosofia do direito penal a uma fundação filosófica da ciência do direito penal; ou seja, de uma concepção filosófica a uma concepção jurídica, mas filosoficamente fundada, dos conceitos de crime, de responsabilidade penal e de pena. A obra de Carrara conclui esse longo e fecundo processo de pensamento em uma admirável síntese conceitual, na qual a noção rigorosamente jurídica de crime se insere logicamente em uma visão racionalista de toda a realidade humana.

A fase mais explicitamente filosófica do penalismo italiano se abre com o pequeno e muito bem-sucedido tratado *Dei delitti e delle pene*, escrito pelas mãos de Cesare Beccaria em 1764. O texto é, como há tempos demonstrado pela crítica, menos obra original de uma personalidade genial e mais a expressão literária de todo um movimento de pensamento, que se estendia para muito além do grupo de iluministas milaneses do “Caffé” liderado pelos irmãos Verri, a cujo grupo se deve a elaboração das ideias para as quais Beccaria deu consistência. Um movimento de pensamento no qual conflui toda a filosofia política do iluminismo europeu e especialmente francesa, de Alambert a Diderot, de Helvétius a Buffon, a Montesquieu. O resultado decorrente para a história do direito penal, não apenas italiana, mas europeia, é a formulação programática dos pressupostos de uma teoria jurídica do crime, da pena e do processo, na perspectiva de uma concepção liberal do Estado de direito, fundada sobre o princípio utilitarista da máxima felicidade dividida pela maior número e sobre os ideais do contrato social e da divisão dos poderes.

A base da justiça humana é, para Beccaria, a utilidade comum; mas a ideia de utilidade comum deriva da necessidade de se manter unidos os interesses particulares, superando-se os conflitos entre eles, característica do estado hipotético de insociabilidade. O contrato social está na base da autoridade do Estado e das leis; a sua função, que deriva da necessidade de se defender a coexistência dos interesses individuais no Estado

civil, constitui também o limite lógico de qualquer sacrifício legítimo da liberdade individual através da ação do Estado, e em particular do exercício do poder punitivo pelo próprio Estado. “Foi portanto a necessidade que constrangeu os homens a cederem parte da própria liberdade: é certo, pois, que cada um só quer colocar no depósito público a mínima porção possível, apenas a que baste para induzir os outros a defendê-lo. O conjunto dessas mínimas porções possíveis forma o direito de punir, tudo o mais é abuso e não justiça, é fato, mas não é direito. As penas que ultrapassam a necessidade de conservar o depósito de saúde pública são injustas por natureza; e tanto mais injustas são as penas quanto mais sacra e inviolável for a segurança e a maior liberdade que o soberano conserva aos súditos” (BECCARIA, 1764).

É do princípio utilitarista da máxima felicidade do maior número e da ideia de contrato social que decorre o critério de medida da pena como o mínimo sacrifício necessário da liberdade individual a ela inerente; enquanto a exclusão da pena de morte é derivada de Beccaria desde a própria função do contrato, com a qual contrastaria logicamente, na medida em que seria impensável que os indivíduos espontaneamente incluíssem do depósito público não apenas uma parte de sua liberdade, mas sua própria existência. A partir da ideia da divisão dos poderes e dos princípios humanitários iluministas, dos quais o livro de Beccaria é expressão, decorrem a negação da justiça de gabinete, típica do processo inquisitório, da prática da tortura, além da afirmação da exigência de salvaguarda dos direitos do acusado através da obra de um juiz obediente não ao Executivo, mas à Lei. A essência e a medida do crime residem, no sistema conceitual do livro de Beccaria, no dano social. O dano social e a defesa social constituem assim, nesse sistema, o elemento fundamental, respectivamente, da teoria do crime e da teoria da pena.

Romanogsi chega a afirmações não distantes daquelas de Beccaria, porém partindo de uma perspectiva filosófica diversa e mais pessoal, na grande sistematização racionalista do direito penal por ele apresentada em *Genesi del diritto penale* (1791) e em *Filosofia del diritto* (1825). Ugo Spirito atribui a Romagnosi, e com razão, a consciência da “necessidade de fazer o sistema do direito penal derivar de uma verdadeira e própria filosofia do direito” (ROMAGNOSI, 1932). Tal filosofia do direito e da sociedade, que está na base do sistema penal de Romagnosi, é caracterizada pelo racionalismo jusnaturalista, que rejeita a hipótese contratualista feita própria por Beccaria, não obstante seja animado pelo mesmo conteúdo ético-político de *Dei delitti e delle pene*: o utilitarismo liberal. Romanogsi parte, de fato, de uma concepção jusnaturalista, afirmando a natureza originariamente social do homem e negando o conceito abstrato de uma independência natural, à qual renunciaria o indivíduo, para entrar no contrato social.

Segundo Romagnosi, a verdadeira independência natural do homem pode ser compreendida apenas como a superação da sua dependência natural pela natureza através do estado social, que permite aos homens conservarem, na melhor maneira

possível, a própria existência e realizar a própria razão. Tais leis seriam leis da natureza que o homem pode reconhecer através da razão. O princípio essencial do direito natural é, para Romagnosi, a conservação da espécie humana e o alcance da máxima utilidade: e daí decorrem três pilares ético-jurídicos fundamentais: o direito e dever de cada um conservar a própria existência, o dever recíproco dos homens em não atentarem contra a própria existência, o direito de cada um de não ser ofendido por outrem. Assim como em Beccaria, para Romagnosi o fim da pena é a defesa social, mas através de uma demonstração bem diversa e mais complexa (ROMAGNOSI, 1834, p. 94 ss.), a qual parte da premissa de uma existência originária da sociedade, e não da hipótese utilitarista do pacto social. Tal defesa se realiza pelo fato de que a pena constitui, em relação ao movimento do crime, um contramovimento. E desse modo, o limite lógico da pena é assinalado pela sua função de contraposição, a qual não deve jamais ser ultrapassada. Por isso, diz Romagnosi, em um famoso parágrafo de sua *Genesi*, “se depois do primeiro crime se tivesse a *certeza* moral de que não viria nenhum crime depois, a sociedade não teria direito *algum* a puní-lo” (o delinquente) (ROMAGNOSI, 1834, p. 85). Mas a pena, para Romagnosi, não é o único meio de defesa social. Na verdade, o maior esforço da sociedade deve ser recolocado na prevenção do delito, através da melhora e do desenvolvimento das condições da vida social. E aqui se pode vislumbrar uma importante antecipação da teoria dos “substitutivos penais” elaborada no âmbito da Escola Positiva, por Ferri.

Toda a teorização da filosofia do direito penal italiana do Iluminismo, em suas diversas expressões que tomam corpo em princípios iluministas, racionalistas, jusnaturalistas, de Beccaria a Filangieri, a Romagnosi, a Pellegrino Rossi, a Mamiani, a Mancini, encontra sua síntese logicamente harmônica na clássica construção de Francesco Carrara, em seus densos volumes de *Programma del corso di diritto criminale*, dos quais o primeiro (parte geral) ganha a primeira edição em 1859. Mas a importância histórica da obra do grande *maestro* de Pisa não está tanto na realização e síntese das tradições precedentes da filosofia do direito penal, e sim na fundação lógica de uma coerente construção jurídica do sistema penal. Com Carrara nasce, já antecipada por seu antecessor na cátedra pisana, Carmignani, a moderna ciência do direito penal italiano; mas é a filosofia que a batiza.

A visão rigorosamente jurídica do crime, que está no centro da construção carrariana, guarda porém uma validade formal, de qualquer forma independente do conteúdo que a filosofia de Carrara dá ao conceito de direito. Mas é também verdade que, sem ter seu impulso teórico em uma visão jusnaturalista e racionalista do universo social e moral, a construção jurídica da teoria do crime, tal qual contida no programa de Carrara, não teria sido possível.

Escreve Carrara: “Toda a imensa teia de regras que com a definição da suprema razão de *proibir*, de *reprimir*, e de *julgar* as ações dos cidadãos, circunscreve dentro dos

devidos limites o poder legislativo e judiciário deve (no meu modo de ver) remeter, como na raiz da árvore, a uma verdade fundamental". Tal verdade é – continua Carrara – que "o delito *não é um ente de fato, mas um ente jurídico*" (CARRARA, 1889, p. 27-28). "O delito é um *ente jurídico*, porque a sua essencialidade deve consistir, impreterivelmente, violação de um *direito*" (CARRARA, 1889, p. 28). Mas quando Carrara fala de direito não se refere à mutável lei positiva, e sim a "uma lei que é absoluta, pois constituída pela única ordem possível à humanidade segundo as previsões e a vontade do criador" (CARRARA, 1889, p. 55). O significado absoluto que Carrara dá ao direito lhe permite distinguir o programa de sua própria cátedra, ou seja, a parte *teórica* do direito penal, da parte *prática*: para a primeira, o fundamento lógico é dado pela verdade, pela natureza das coisas, das quais, segundo Carrara, decorre a própria ordem, imutável, da matéria tratada; já para a segunda, que é objeto dos "cursos de aperfeiçoamento", tal fundamento é dado pela autoridade da lei positiva. "Mas a cátedra – escreve Carrara se referindo à própria atividade – não diz respeito ao *penal* senão sob o ponto de vista filosófico; pois ensina não a ciência italiana, mas os princípios comuns a toda a humanidade" (CARRARA, 1889, p. 58). Essa é, afirma Carrara, "a ciência que devemos estudar; sempre abstraindo do que pode ser prazeroso ditar nos vários códigos humanos e reencontrando a verdade no Código imutável da razão. A comparação dos direitos constitutivos não é senão um complemento de nossa ciência" (CARRARA, 1889, p. 56-57).

Certo, hoje não compartilhamos mais a fé racionalista guardada por Carrara, permitindo-o colher princípios imutáveis da razão a presidirem a teoria do crime, e nos deixaria perplexos quem quisesse propor a rígida contraposição entre a autoridade da lei e a verdade que decorre da natureza das coisas, sobre a qual se deveria debruçar o estudo teórico do direito penal. Não obstante, para além de sua contraposição abstrata, há nesse dualismo uma profunda lição que deve hoje, de novo, fazer-nos refletir. E devemos também constatar que o edifício teórico construído por Carrara, com a pretensão filosófica de encontrar uma verdade superior e independente da autoridade contingente da lei positiva, foi o primeiro grande edifício científico do direito penal na Itália, onde toda a teoria do crime é herdeira de uma rigorosa consideração jurídica de tal premissa: o crime compreendido não como mero fato danoso à sociedade, mas como fato juridicamente qualificado e, assim, como violação do direito.

Em termos modernos, diríamos que com Carrara o sistema do direito penal surge em torno a uma concepção *formal* de antijuridicidade. Daqui, e também da rigorosa delimitação entre esfera jurídica e esfera moral, decorre que a acepção objetiva do crime ganha, no sistema de Carrara, prevalência sobre a dimensão subjetiva do réu. Desde o princípio de que o direito "não pode ser agredido, exceto por atos exteriores procedentes de uma vontade livre e inteligente" (CARRARA, 1889, p. 29), tem-se a determinação dos dois elementos essenciais do crime: "vontade inteligente e livre; fato exterior lesivo ao direito ou perigoso ao mesmo". A teoria jurídica do crime nasce aqui com uma

bipartição: elemento subjetivo e elemento objetivo, que restaria sendo a matriz clássica de toda abordagem *analítica* posterior.

A distinção entre consideração jurídica do crime e consideração ética do indivíduo se torna, assim, a base lógica a partir da qual Carrara chega a afirmar que a função da pena é essencialmente a defesa social. A finalidade da pena não é a retribuição – afirma Carrara – nem a emenda do indivíduo, mas sim a eliminação do perigo social que decorreria da impunidade do delito. A emenda, ou reeducação do condenado, pode ser um resultado acessório e desejável da pena, mas não sua função essencial nem critério de sua medida.

A perspectiva racionalista de Carrara e sua distinção entre teoria e prática encontraram grande eco na ciência italiana, determinando um campo de pensamento, a *Escola Clássica*, que a partir dele ganha força. Em seu âmbito se encontra, em Pessina, a distinção entre ideia e fato no direito penal (PESSINA, 1871, p. 7), ou seja, entre um sistema de direito penal absoluto e um sistema de direito penal positivo, e em Buccellati a distinção entre razão e fato, a propósito da qual, porém, já se visualizava a possível superação da antinomia, quando Buccellati sustenta que o penalista deve fazer avançar juntos o fato com a razão (BUCELLATI, 1884, p. 24).

Se hoje a antinomia entre razão e fato, entre direito penal absoluto e direito penal positivo, foi superada por uma visão mais historicista da razão e, portanto, do método científico, é também verdadeiro que a resolução de tais antinomias não pode ser encontrada na absolutização de um de seus dois termos, ou seja, do direito penal positivo, do *fato*. A indicação que chega a partir dos resultados mais interessantes da reflexão metodológica e da crítica da absolutização do direito positivo é aquela pela retomada, na relação orgânica entre elemento racional, ontológico, e elemento positivo, legal, do princípio de uma equilibrada construção das categorias personalistas. Tal construção deve ter seu ponto de referência funcional no direito positivo, mas não pode ignorar a presença, no sistema, de problemas de construção que dizem respeito a estruturas da ação delitiva e da pena, que o direito positivo encontra já pré-constituídos e dos quais o legislador não pode prescindir, a não ser de modo bastante limitado.

3. A abordagem filosófica racionalista e jusnaturalista da Escola Clássica levara a um sistema penal no qual, como visto, o crime seria considerado um ente jurídico. O que significa abstrair o fato do crime do contexto ontológico que o vincula, por um lado, à inteira personalidade do delinquente, à sua história biológica e psicológica, e por outro, à totalidade natural e social na qual sua existência se insere. Essa dupla abstração é explicada pela característica intelectual de uma filosofia fundada sobre a individualização metafísica dos entes.

O crime, como ação, é para Carrara e para a Escola Clássica um ente juridicamente qualificado, tendo uma estrutura real e um significado jurídico autônomo, que deriva

de um princípio, por sua vez, autônomo e metafisicamente hipostasiado: o ato de livre arbítrio de um sujeito. A hipostatização do ato, em relação ao microcosmos constituído pela história biopsicológica do sujeito, e a hipostatização desse sujeito, o indivíduo, dentro do macrocosmos da realidade natural e social, permitiram a formação de um sistema penal baseado na “objetividade” do delito.

Mas a metafísica naturalista da qual partia, no final do século XIX, a *Escola Positiva*, com a obra de Lombroso, Ferri e Garofalo, levava a uma nova maneira de se visualizar o delito; a uma reação contra as hipostatizações racionalistas de entidades abstratas: o ato, o indivíduo, sobre os quais se baseava a filosofia penal da Escola Clássica, e que agora perdiam sua consistência em relação a uma visão filosófica fundada no conceito naturalista de totalidade. O crime é, também para a Escola Positiva, um ente jurídico, mas o direito que qualifica tal fato humano não deve isolar a ação do indivíduo, e o indivíduo da totalidade natural e social.

A reação ao conceito abstrato de indivíduo faz com que a Escola Positiva exija uma compreensão do delito que ultrapasse a tese indemonstrável de uma causalidade espontânea por meio de um ato de livre vontade, mas busque retomar todo o complexo de causas na totalidade biológica e psicológica do indivíduo, e na totalidade social na qual sua vida é determinada. Lombroso, em *L'uomo delinquente*, cuja primeira edição é de 1876, considerava o crime como um ente natural, “um fenômeno necessário, tal qual o nascimento, a morte, a concepção”, determinado por causas biológicas de natureza, sobretudo, hereditária.

Portanto, perante a tese propugnada pela Escola Clássica da responsabilidade moral, da absoluta imputabilidade do delinquente, Lombroso contrapunha um rígido determinismo biológico. Sua visão predominantemente antropológica (mas que não ignorava, como alguns críticos equivocadamente afirmam, os fatores psicológicos e sociais) seria alargada por Garofalo, com a ênfase nos fatores psicológicos (sua *Criminologia* é de 1905) e por Ferri, com ênfase nos fatores sociológicos. Em *Sociologia Criminale* (1900), Ferri expunha em uma completa e equilibrada síntese o quadro dos fatores do delito, em três classes: fatores antropológicos, fatores físicos e fatores sociais. O crime era remetido, assim, pela Escola Positiva, a uma concepção determinista da realidade, na qual o homem se encontra inserido e da qual todo o seu comportamento é, no fim das contas, expressão. Portanto, o sistema penal se apóia, na concepção da Escola Positiva, não tanto sobre o crime e sobre a classificação das ações delitivas, abstratamente pensadas à revelia da personalidade do delinquente, mas sim sobre o autor do crime, e sobre a classificação tipológica dos autores (GRISPIGNI, 1952, p. 150-1, p. 206 ss.).

O desenvolvimento da Escola Positiva levará, através de Grispigni, à acentuação das características do crime como elemento sintomático da personalidade do autor, levantando a questão sobre qual tratamento seria adequado. A responsabilidade moral é substituída, no sistema de Ferri, pela responsabilidade “social”. Se não é possível

imputar o crime a um ato de livre arbítrio, por sua vez não-condicionado, é porém possível o relacionar ao comportamento de um sujeito: e isso explica a necessidade de uma reação da sociedade em relação a quem delinqui. Mas a afirmação da necessidade da ação delituosa faz com que importe menos qualquer caractere de retribuição jurídica ou ética da pena. Mais uma vez, mesmo se com pressupostos e consequências práticas profundamente diferentes, vemos reafirmada, na história do pensamento penal italiano, a concepção da pena como meio de defesa social. Junto com a pena, Ferri apresenta todo o sistema de meios preventivos de defesa social contra o crime, os quais assumem a forma e a denominação de “substitutivos penais” (FERRI, 1929, p. 472 ss.). Como meio de defesa social, a pena não atua de modo exclusivamente repressivo, segregando o delinquente e intimidando, com a ameaça, os potenciais autores de crimes; mas também e sobretudo atua de modo curativo e reeducativo. A tipologia de autor, proposta por Ferri, deve servir de auxílio a tal função curativa e reeducativa. A consequência politicamente discutível e discutida de tal afirmação é a duração indeterminada da pena, na medida em que o critério de aplicação não se vincula abstratamente ao fato singular, ou seja, à violação do direito ou ao dano social produzido, mas sim às condições do sujeito sob tratamento; e apenas em relação aos efeitos desejados pela pena, a cura e a reeducação do delinquente, é que se pode determinar a sua duração.

Não é possível tratar aqui da grande polêmica, datada especialmente na primeira década do século XX, entre Escola Clássica e Escola Positiva, o “debate entre as Escolas”, que tem seu correspondente na Alemanha no *Schulenstreit*, no qual se contrapunham a Escola Clássica alemã, reportando-se à filosofia clássica (Kant, Hegel), e a Escola Criminológica de Franz Von Liszt, que repetia, por sua vez, a visão de mundo, através da mediação de Jhering, da filosofia positivista e naturalista. O que interessa aqui ressaltar é que duas visões diversas de mundo, duas diferentes abordagens filosóficas do direito penal levaram, cada uma de forma coerente às suas premissas, a consequências diversas em relação à dogmática do direito penal. Pode-se dizer, de forma genérica, que o próprio método de construção do sistema dogmático é diverso: a Escola clássica adota o método dedutivo que parte do *universal*, que é o delito enquanto ente jurídico, e assim, segundo a concepção absoluta do direito própria dessa Escola, enquanto ente da razão. Já a Escola positiva adota um método indutivo, que parte do *individual* que é o sujeito, compreendido como ponto de emergência de um conjunto de fatores biológicos, psicológicos e sociais e, no fundo, de toda a realidade. Os elementos fundamentais do sistema divergem manifestamente: por um lado, na Escola clássica, o crime, por outro, na Escola positiva, o sujeito; por um lado a responsabilidade moral como fundamento da imputação, por outro a necessidade determinista da ação, e portanto apenas a responsabilidade social como fundamento da imputação; por um lado, a entidade do delito como critério de medida de pena repressiva é determinada *a priori*, por outro a

capacidade de recuperação social do delinquente como critério de medida do tratamento reeducativo ou curativo, de duração indeterminada.

Mesmo no método de interpretação do direito positivo vigente as diferentes premissas ontológicas da sistematização dogmática guardam consequências. Os seguidores da Escola clássica acabam se vinculando, na *parte prática*, ou seja, na interpretação da lei positiva, a um método substancialmente positivista e legalista, enquanto Ferri – em um texto sobre *Interpretazione della legge e Scuola positiva* (FERRI, 1925, p. 50 ss.) – defendia um tipo de interpretação não apenas baseada nas regras lógicas e semânticas, mas norteada pela consideração da personalidade do delinquente, de sua periculosidade e da índole ético-social do fato, devendo, assim, o juiz “interpretar a lei” de forma flexível, mesmo se assumindo uma “ratio legis” mais ou menos subsistente, quando diante de delinquentes *de ocasião* ou *passionais*, e interpretar a mesma lei “ad litteram”, quando diante de delinquentes *natos*, *loucos* ou *habitualis* (FERRI, 1925, p. 54).

O que é preciso sublinhar é a impossibilidade lógica de encontro ou mediação entre os pressupostos das duas Escolas; impossibilidade não apenas pela grande distância e recíproca exclusão das duas diversas visões de mundo presentes em suas premissas – de um lado o racionalismo jusnaturalista, e de outro o naturalismo empiricista –, mas também por conta do fato de que a alternativa filosófica de fundo sobre o conceito do agir humano, e portanto sobre o comportamento delitivo, acaba se cristalizando, no curso do debate, de uma maneira tal a constituir, do ponto de vista filosófico, uma falsa alternativa: aquela entre *indeterminismo* e *determinismo*, o primeiro afirmado, mesmo com as mais ecléticas limitações, o conceito já filosoficamente superado de *livre arbítrio*, e o segundo negando qualquer conteúdo à liberdade de vontade humana e, portanto, à ideia de responsabilidade moral. O resultado é o achatamento da perspectiva antropológica em uma perspectiva naturalista na qual, no fundo, a peculiaridade do comportamento humano não seria mais compreensível.

Contra essa falsa alternativa a cultura filosófica italiana não oferecia senão a solução idealista, a qual facilmente dava conta dos graves limites lógicos que marcavam o indeterminismo e o determinismo, além das várias tentativas ecléticas de mediação (como por exemplo a da *Terza Scuola* sob a orientação de Alimena), e sobretudo era capaz de mostrar a contraditoriedade e a acriticidade da perspectiva filosoficamente agnóstica que na presença do *impasse* começava a assumir o lugar central na Itália. Mas a filosofia idealista não se revelou capaz de sustentar o esforço do pensamento penal em escapar das contradições e limites que já caracterizavam o debate filosófico e científico entre as Escolas. O idealismo crociano negava a responsabilidade moral do indivíduo afirmando que o indivíduo, momento transeunte do desenvolvimento do Espírito e instrumento da história, não é responsável, mas é feito responsável pela sociedade no momento em que essa impõe a ele determinados tipos de ação e vincula sanções aos comportamentos contrários (CROCE, 1822, p. 102 ss.). Com isso, o problema da

responsabilidade era negado, mais que resolvido, e em certo sentido se chegava a uma versão idealista do determinismo positivista.

O idealismo crociano teve certa influência nas pesquisas de direito público e civil e sobretudo nos estudos histórico-jurídicos na Itália, mas tinha pouco a dizer e pouco disse aos penalistas. Sorte pouco maior teve o idealismo gentiliano nos estudos de direito penal, especialmente através da obra histórica e crítica de um filósofo bastante atento aos problemas penais, Ugo Spirito, autor, entre outras obras, de uma notável história do direito penal italiano, cuja primeira edição data de 1924, e de um jurista, Maggiore, dotado de indubiosa sensibilidade especulativa. O atualismo gentiliano queria superar o dualismo entre necessidade e liberdade com a identificação de dois termos. A liberdade não seria negação da necessidade, mas síntese efetiva entre ambas. Isso por conta da absoluta imanência de toda a realidade no Espírito concebido como Ato puro. Toda a realidade, enquanto conteúdo atual do pensamento que se autoafirma, é, portanto, ética (GENTILE, 1938, p. 22 ss., p. 187 ss.). Se o Espírito é autocriação, o ser, tudo o que é que vem a ser, enquanto posto pelo Espírito, é necessário e, enquanto pôr-se do Espírito, é liberdade e responsabilidade. Mas tal deslocamento ao Espírito, do ponto de vista do sujeito empírico, e a resolução do Espírito na unicidade do Ato, realizada pelo idealismo gentiliano, deixavam inalterado o problema de fundo que estava na base da problemática penal moderna: a identificação, nos diversos tipos de autor, do conteúdo concreto e medida da responsabilidade, da qual decorre a solução do problema das diversas formas de imputação e respectivos tratamentos. A identificação entre direito e moral, que decorria da tese da absoluta eticidade do Espírito, se acabava sendo traduzida em um apelo positivo à consciência dos valores éticos, que deve presidir a ação de defesa social por parte do Estado, e se dava um forte impulso à elaboração do conceito da pena reeducativa, não poderia porém dar nenhuma contribuição à identificação das relações entre lei penal e valorações ético-sociais, tão importantes para a construção de um sistema de direito penal e de política criminal.

4. A relação entre filosofia e ciência do direito penal, no final da primeira década do século XX, entrava assim em crise; enquanto a polêmica entre as escolas se complicava cada vez mais e se arrastava, os termos filosóficos dos problemas penais se perdiam nas perspectivas ecléticas ou ingenuamente agnósticas às quais cada vez mais aderiam os estudiosos. As investigações filosóficas não eram capazes, de sua parte, de produzir uma nova geração de penalistas com base adequada para uma renovação filosoficamente crítica do sistema penal. Por outro lado, os estudos antropológicos, criminológicos e sociológicos, cujo progresso teria sido, ao lado daquele dos estudos filosóficos, essencial para tal renovação, eram paulatinamente postos à margem da cultura italiana, seja pelo predomínio da mentalidade idealista daqueles cujos estudos não soavam agradáveis, seja por conta da política cultural do regime autoritário.

Em um sagaz trabalho dedicado a uma visão retrospectiva da polêmica das escolas penais, publicado em 1958, Dell'Andro, referindo-se também a uma conhecida posição de Delitala, acreditou poder afirmar que tal polêmica, na verdade, não foi propriamente uma polêmica entre escolas penais, mas a contraposição de dois sistemas filosóficos diferentes em torno a aspectos que, mesmo essenciais, restam estranhos em relação aos sistemas científicos, e que dizem respeito aos fins e à função do direito penal (DELL'ANDRO, 1958, p. 195; DELITALA, 1936, p. 534 ss.; BETTIOL, 1966, p. 11 ss.). Tais conjuntos ideológicos, segundo Dell'Andro, não pertencem à história do direito penal. Queria o autor, assim, distinguir claramente a história das doutrinas filosóficas e sociais sobre as instituições penais, ou seja, poderia se dizer a história da filosofia do direito penal, da história da ciência do direito penal. Tal distinção tão explícita proposta por Dell'Andro não me parece que reflita perfeitamente o tipo de relação interna, e não externa, que, durante o debate entre as Escolas italianas e antes dele, perpassa entre a filosofia do direito penal e a ciência do direito penal.

O debate entre as escolas e a alternativa científica por ele posta encontra sua sede principal e preliminar, é verdade, na contraposição e no confronto de duas visões diversas do mundo, de dois sistemas filosóficos e ideológicos. Mas isso não significa que a história da ciência possa ser artificiosamente separada daquela de suas premissas filosóficas e ideológicas. Todavia, a posição de Dell'Andro reflete de forma bastante fiel a perspectiva dos estudiosos italianos que marca o êxito do debate entre as escolas penais. Efetivamente, talvez sobretudo em face da fadiga da discussão, não mais tão organizada e fecunda, sobre as premissas filosóficas e sobre os dados criminológicos e sociológicos, verificou-se uma espécie de reação agnóstica, afilosófica ou até mesmo antifilosófica, a qual acabou por confinar em uma dimensão isolada dos problemas que constituíam o objeto do debate filosófico entre as escolas, e reivindicando a autonomia da perspectiva técnica da ciência. Esta, foi o que se disse, tem a ver com o dado “jurídico”, enquanto as disciplinas filosóficas, criminológicas e sociológicas se ocupam dos aspectos “metajurídicos”. Aqui, porém, diga-se *per incidens*, uma aporia fundamental se colocava na própria maneira de se operar com o termo “jurídico” como se pudesse servir a algo sem esclarecer criticamente e portanto filosoficamente o seu conteúdo.

O programa de uma ciência jurídica que reivindicava para si um objeto próprio e autônomo e um princípio próprio e autônomo de conhecimento foi traçado por Arturo Rocco em sua famosa prolusão sassarensa, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, proferida em 1910 (ROCCO, 1933, p. 263 ss.). Tal programa assinalava o divórcio entre filosofia e ciência do direito penal (e também entre esta última e as disciplinas sociológicas, criminológicas, políticas), divórcio que viria, infelizmente, tornar-se dominante no direito penal italiano das décadas seguintes, não obstante muitas e impactantes reações contrárias, e viria encontrar sua mais eficaz expressão no único grande tratado de direito penal que tantou influenciou toda uma geração de estudantes

e operadores: o tratado de Vincenzo Manzini. Talvez não seja mera coincidência o fato de que, após tal divórcio, a ciência penal italiana tenha perdido, em parte, a originalidade de desenvolvimento que antes a caracterizava e que se torna, de certo modo, característica do pensamento alemão, no qual, bem ao contrário, a relação com a filosofia segue cada vez mais estreito e fecundo. O programa de Petrocelli por uma perspectiva italiana na ciência do direito penal, anunciado na prolusão de Napoli, em 1941 (PETROCELLI, 1941, 1952, p. 341 ss.), não obteve todos os efeitos desejados pelo ilustre autor, também por conta das rígidas premissas juspositivistas e técnico-jurídicas das quais partia, e que exasperavam, ao invés de atenuar, o divórcio entre ciência e filosofia produzido pelo viés técnico-jurídico.

Esse era um divórcio cuja culpa talvez fosse mais da filosofia, que não soube dar muito mais à ciência, que da própria ciência, que não soube mais pedir tanto da filosofia, iludindo-se de que poderia resolver internamente, ou melhor, anular, as questões filosóficas que a teoria do crime e da pena continuava e continua a colocar. Ou mesmo, recorrendo à filosofia, quando os problemas filosóficos não fossem mais solucionáveis e camufláveis enquanto problemas técnico-jurídicos, mas quase questionando acerca dos produtos concluídos, preparados em uma oficina na qual o jurista não entra, senão eventualmente, como cliente ocasional. Ambas posições traziam consigo o perigo, aliás consequência inevitável, da tomada de posições acríticas ou ingênuas, e insatisfatórias acerca de toda aquela série de problemas que são inerentes ao sistema penal e que não podem ser reduzidos à elaboração dogmática da disciplina jurídica positiva ditada pelo legislador.

Rocco dizia: debrucemo-nos sobre o estudo do direito, não natural, mas positivo, vigente, e reduziremos assim a ciência jurídico-penal “principalmente, senão exclusivamente, assim como já há tempos fez o direito privado, a um sistema de ‘princípios de direito’, a uma teoria jurídica, a um conhecimento científico da disciplina jurídica dos delitos e das penas, a um estudo, enfim, geral e especial do crime e da pena sob o aspecto jurídico, como fato ou fenômeno regulado pelo ordenamento positivo” (ROCCO, 1933, p. 275). Já que, escrevia Rocco, “a ciência do direito tem elementos próprios com os quais trabalha (...). Tais elementos são normas jurídicas, ou seja, direito objetivo, são direitos e deveres jurídicos subjetivos, ou seja, relações jurídicas. São sujeitos capazes de direitos e deveres, ou seja, pessoas jurídicas... Fora disso, não há ciência do direito, e nem tampouco ciência do direito penal” (ROCCO, 1933, p. 308-9).

Reducir a ciência do direito penal “principalmente, senão exclusivamente, a um sistema de princípios de direito”: reflitamos sobre essas palavras. Nesse vago reconhecimento da impossibilidade de eliminação de elementos não redutíveis a normas, direitos e deveres, reside também a expressão de uma verdadeira sensibilidade de jurista e um certo compromisso metodológico que restava ínsito na *redução* que Rocco queria operar ao inaugurar a perspectiva técnico-jurídica. E de fato: “o estudo do direito

penal – repetia Rocco – é necessariamente um estudo *técnico-jurídico*, pois outros *meios* não se têm no conhecimento científico do direito senão aqueles obtidos por meio da *técnica jurídica*” (ROCCO, 1933, p. 290). Mas isso não significa, concluía Rocco mais adiante, “que o especialista em direito penal não deva assumir, por vezes, as vestes de antropólogo, de psicólogo, de sociólogo” (ROCCO, 1933) e mais adiante: “isso não exclui que o especialista em direito penal tenha que se servir subsidiariamente do critério filosófico e do critério político” (ROCCO, 1933, p. 292).

Quando, porém, o penalista o faz – repetia Rocco – ele deve estar ciente de que “nesse momento ele retira a toga para vestir o hábito, mesmo se igualmente rígido, do filósofo e do cientista político” (ROCCO, 1933, p. 293).

Substancialmente, podemos interpretar, não faz o que sabe, não é jurista, mas invade o saber de outrem, tornando-se por um momento aprendiz de um outro ofício.

Mas se, como parece admitir o próprio Rocco, não é possível construir o sistema do direito penal apenas com os meios da técnica jurídica, ou seja, apenas com a elaboração e classificação de dados extraídos das normas do direito vigente, e isso porque a norma se refere a fatos, o crime, a pena, que ela não inventa ou cria mas que somente disciplina, então é impossível compreender plenamente a disciplina penal de tais fatos, os quais Rocco indica corretamente como o objeto da ciência jurídica, sem compreender, com os meios de conhecimento adequados, a estrutura de tais fatos. A norma positiva nos diz o que fazer a seu propósito, mas não nos diz o que aqueles fatos são: não nos diz o que é ação, o que é causalidade, antijuridicidade, culpabilidade, o que é a pena: a norma não nos diz, e isso é ainda mais importante, o que é a própria norma e todos sabem, como já demonstrou a notável obra de Delogu (1957), quão essencial é a investigação sobre a estrutura da norma penal para a resolução de questões sobre a disciplina positiva do direito penal, inclusive aquelas estritamente técnicas.

Sendo assim, e se tal advertência parece não faltar no próprio ato de nascimento da perspectiva destinada a dominar, até hoje, o direito penal italiano, não é uma profunda ingenuidade a concepção segundo a qual ser jurista ou qualquer outra coisa dependa da veste, do manto exterior, como na fértil metáfora de Rocco? Não se perde de vista, desse modo, a unidade necessária do processo de pensamento que deve conduzir a reconstrução efetivamente *jurídica* do sistema penal, uma reconstrução que leve em conta todos os meios de conhecimento necessários para plasmar a complexa matéria, a qual deve se transformar em edifício científico? Na veste que coloca, não está o jurista a perder o homem de vista, ou seja, o pensamento que está sob tal veste, e que não é cindível em tantas seções diversas quanto são as disciplinas, abstratamente separadas, capazes de buscar juntas a natureza jurídica de fenômenos que se impõem ao estudo do penalista, como o crime e a pena?

De resto, a crítica a que não se sujeitou a obra, por tantos aspectos meritória, de Rocco, Manzini e outros representantes do tecnicismo jurídico, por mais vezes e de forma

mais eficaz mostrou (refiro-me aqui aos escritos de Spirito (1932, p. 166 ss.), Malinverni (1939), Altavilla (1926, p. 337) e Nuvolone (1969), entre outros) que eles mesmos, querendo extrair princípios jurídicos apenas do direito positivo e evitar questões filosóficas, como a questão da liberdade de vontade, consideradas irrelevantes para o sistema científico, acabaram por fazer da filosofia matéria de discussão, quando a matéria tomada como objeto, por sua intrínseca necessidade, não permite a evasão de tais problemas, considerados de forma por demais simplista como metajurídicos. Assim Rocco, quando define os conceitos de bem, interesse, utilidade e necessidade, em sua fundamental obra sobre o objeto do delito (ROCCO, 1932; MALINVERNI, p. 74); assim Manzini, quando em contradição com o modo decidido pelo qual *in limine*, em seu tratado, acreditara ter se livrado da filosofia, remete às “exigências da psique” e aos “conceitos éticos fundamentais e universais” para defender, no próprio tratado, os conceitos de capacidade penal e imputabilidade (MANZINI, 1948, p. 488-89); e o mesmo quando o autor, após ter negado a relevância da discussão sobre o livre arbítrio, fala de “vontade livre”, enquanto “um fato universalmente compreendido e admitido independentemente de sua valoração filosófica; o que – conclui – basta para o direito penal” (MANZINI, 1948, p. 630 ss.; MALINVERNI, p. 73-74). E os exemplos poderiam se multiplicar *ad libitum*.

5. Se quiséssemos traçar agora um quadro do desenvolvimento do direito penal dos anos 30 em diante, constataríamos que todos os impulsos mais positivos de renovação que vieram das mais diversas personalidades e estudiosos concorrem, de certa forma, para o fim de reconstituir uma alternativa crítica à prevalência do tecnicismo jurídico (sobre a relação entre o tecnicismo jurídico e as perspectivas alternativas surgidas na Itália, v. BETTIOL, 1943; BELLAVISTA, 1950; SCARANO, 1952; para a alternativa idealista ao método técnico-jurídico, MAGGIORE, 1949) ou ao menos de suscitar, na dogmática penal, um repensar sobre as próprias premissas metodológicas e sobre os conceitos fundamentais do sistema, que permitiram o desenvolvimento teórico pelo qual foram mais além os resultados obtidos pela escola de Rocco.

Um motivo fundamental em torno ao qual ocorreu tal renovação do sistema foi, sem dúvida, a relação entre direito e realidade. O tema embasa a obra de Delitala que marca, em 1930, o início do último período do direito penal italiano: *Il “fatto” nella teoria generale del reato*. É bastante significativo destacar como essa obra, que pela rigorosa elaboração jurídica da noção de fato obteve uma eficácia decisiva na literatura penal italiana, tenha vindo à luz quase contemporaneamente a um trabalho de Cammarata sobre a mesma noção, na perspectiva da filosofia e da teoria geral do direito, que também teve tanta importância na ciência jurídica italiana (CAMMARATA, 1929; atualmente PAGLIARO 1960).

O processo que leva lentamente, mas inexoravelmente, a perspectiva do direito penal a abraçar, com nova consciência, as questões de fundo, de gnoseologia, de antropologia filosófica, de filosofia e teoria do direito, de filosofia prática e política, as quais se implicam no trato do crime e da pena, é inverso àquele com o qual, no Iluminismo, a ciência do direito penal nasce na Itália sob a égide da filosofia, nascida portanto como filosofia do direito penal. Ali, o processo partia da filosofia e alcançava, com Carrara, a ciência do direito penal; hoje, o processo ainda lento, fragmentário e de conclusão distante, parte da *ciência* em direção à *filosofia do direito penal*.

Seria impossível, no arco dessas breves anotações, documentar essa tese de modo analítico e sistemático, e devemos nos limitar a algumas indicações sumárias, a alguns exemplos desse discurso científico que, no interior da própria economia redescobre uma temática ontológica e filosófica e vai além da perspectiva técnico-jurídica; desse discurso que conscientemente renuncia à pretensão de explicar o direito através do direito, de interpretar as normas e a partir daí construir o sistema sem explorar a matéria social, os valores ético-políticos aos quais as normas são correlatas, os condicionamentos ideológicos e políticos que explicam a existência de tais normas.

Enquanto isso, ocorreu todo o desenvolvimento e refinamento da Escola positiva (Grispigni, Ranieri, Guarneri, Santoro e outros), que seguiu integrando as visões formal e substancial do direito, baseando-se na contínua e dialética relação entre criminologia e dogmática, ao fundo da qual há uma atenção posta, ao invés da norma, sobre o *homem* enquanto protagonista do direito penal. Uma relação, essa entre criminologia e dogmática, que, em antítese ao método formalista, encontrou teorizações metodológicas valorosíssimas por parte de professores como Vassalli (1959, p. 26 ss.) e interessantes e recentes expressões na obra de estudiosos da nova geração (CALVI, 1967).

Não se pode esquecer da grande influência exercida por Antolisei com seu *realismo* propugnado em alternativa ao tecnicismo jurídico: sua tese, segundo a qual o fato ou relação regulada pela norma deve servir, ao lado do escopo, como elemento integrante da própria norma e constitui, portanto, ao lado da norma, diversamente do que sustentava Rocco, o objeto específico da ciência jurídica (ANTOLISEI, 1940), tinha ínsito em si os germes fecundos de desenvolvimento dos quais talvez o próprio Antolisei não estivesse perfeitamente consciente, e que não exauriram toda a sua potencialidade na ciência penal italiana. Trata-se da reintegração, no estudo do direito penal, por um lado do elemento teleológico, com o reclame ao escopo da norma e, por outro, do substrato ontológico, com o reclame ao fato disciplinado por aquela. Duas formas de integração da perspectiva normativista, que na Itália encontram, ainda que independentemente da influência da obra de Antolisei, desenvolvimentos críticos e metodológicos notáveis, os quais conduzem conscientemente a ciência à esteira dos problemas filosóficos (ainda falta na Itália uma completa doutrina a reunir ambos os aspectos dessa integração do dado normativo).

Pensa-se sobretudo na grande importância que, no quadro de renovação do pensamento penal, teve a *jurisprudência dos valores* defendida por Bettoli (1943) em tantos escritos significativos, além da tentativa fascinante de Luciano Pettoello Mantovani (1954) de construir um conceito ontológico de crime como alternativa à ontologia do finalismo alemão de Welzel. Esta última ainda foi seguida no âmbito da escola napolitana (Santamaria, Latagliata, Fiore e outros) com o resultado (prescindindo da possibilidade ou não de se aderir às premissas ontológicas e às consequências dogmáticas da teoria, sobre a qual não cabe aqui se pronunciar) de levar ao centro das atenções o liame que vincula funcionalmente qualquer nova consideração ontológica da ação humana e as novas possibilidades de desenvolvimento para a dogmática penal (sobre os reflexos do finalismo welzeliano sobre a doutrina italiana, v. DANNERT, 1963; para uma crítica da teoria finalista na perspectiva dos problemas de fundo da teoria geral do delito, v. por todos, na Itália, o profundo texto de GALLO, 1950). O interesse pelas perspectivas de fundo, de natureza teórica e ideológica, como também de natureza histórico-política, foi documentado, enfim, por notáveis contributos científicos também no âmbito da nova escola de Turim (as doutrinas de teoria geral do direito constituem elemento essencial dos escritos penalistas de Marcelo Gallo: para as perspectivas de tipo filosófico-ideológico e histórico-político, vale recordar, respectivamente, GALLO, 1956, p. 422 ss.; e no âmbito de sua escola, a monografia de MODONA, 1970), mesmo sendo caracterizadas pela aplicação rigorosa do método técnico-formal tanto na construção dogmática como na exegese. Uma prova a mais de que a abertura a perspectivas de fundo não apenas não é incompatível, mas pode, ao contrário, sustentar e favorecer o desenvolvimento de um método jurídico rigoroso.

Por vezes, e não raro, é uma breve página, acompanhando e introduzindo um trabalho rigorosamente jurídico, que abre o olhar da perspectiva científica à perspectiva filosófica, como quando, para dar um exemplo dentre os que me são mais caros, no início de sua bem-sucedida monografia, Pedrazzi (1955), sob a sugestão do grande jurista filósofo que foi Tullio Ascarelli, observa que anteriormente à fixação de tipos legais, modelos característicos da conduta, fórmulas praxeológicas se deixam individuar na realidade da vida, e que representam as verdadeiras constantes “e impõem que o olhar do penalista vá além da norma e considere a fenomenologia não disforme, mas já articulada estruturalmente segundo paradigmas carregados de significado humano e social”, já que o legislador – observa Pedrazzi – encontra preconstituídas as estruturas às quais “ele pode impor sua disciplina, mas não pode inovar a lógica imanente aos fenômenos”. Palavras que implicam uma apurada consciência filosófica, que não se sobrepõe desde fora, mas nasce da própria lógica interna de um autêntico trabalho de jurista, e com as quais a perspectiva científica é levada, de modo tão simples quanto eficaz, às sombras do problema da *natureza do fato* ou das *estruturas lógico-materiais*,

que são alguns dos problemas centrais da filosofia jurídica contemporânea (v. BARATTA, 1966, p. 227 ss.).

Talvez o peso de uma tradição acadêmica consolidada contribua ainda a fazer com que na última geração de estudiosos, visualizado o panorama da literatura produzida, seja muito difusa, ainda que não exclusiva, a tendência a um método rigidamente formalista, que deixe no limite do discurso aquelas questões ou temas que mais se prestariam a levar adiante o lento processo de reaproximação da ciência penal com a filosofia, e a experimentar os resultados obtidos até então no curso de tal processo. Mas não faltam, nos escritos dessa geração, sinais de uma madura consciência dos problemas filosóficos de fundo do direito penal. Limitarei-me entre todos a recordar, como afetuosa homenagem a sua memória, a obra que acabou restando infelizmente incompleta e fragmentada do espírito irrequieto de penalista sensível aos problemas filosóficos, metodológicos, ideológicos do direito penal, que foi Mario Porzio, prematuramente falecido no auge de sua carreira (PORZIO 1961; 1956).

Concluindo essa rápida exemplificação, recordo os escritos com os quais Nuvolone conferiu expressão programática à perspectiva por ele adotada no estudo do direito penal e que na última década foi levada por Bricola a desenvolvimentos pessoais de importância notável tanto no plano metodológico como no plano substancial. Em *Introduzione ad un indirizzo critico nella scienza del diritto penale*, prolação proferida em Parma, em 1949 (NUVOLONE 1969, p. 166 ss.), Nuvolone se debruça analiticamente sobre o material de pesquisa sobre o qual o tecnicismo jurídico realmente trabalhou. Resulta que nem mesmo o tecnicismo jurídico conseguiu circunscrever o objeto do direito penal, segundo o próprio programa, apenas às normas do direito positivo e suas relações. Há conceitos, teorias, argumentações, que delineiam *aliunde* – demonstra Nuvolone –, o motivo de sua validade e que o autor então organiza em torno a cinco pontos, em um vasto quadro do *objeto* e dos *ônus* da ciência penal.

A tarefa da *perspectiva crítica* proposta por Nuvolone é estabelecer a natureza do material com o qual a ciência penal opera, com o qual se constróem os sistemas, e indagar sobre os processos lógicos e alógicos do pensamento jurídico. Ainda, em um artigo de 1948 (*I fini e i mezzi nel diritto penale*), Nuvolone reitera que há elementos e princípios, na parte geral do direito penal, que guardam sua validade fora do direito positivo em particular (por exemplo, os conceitos de causalidade, de dolo, de culpa). E conclui: “adquirir a consciência crítica de tais questões, demarcar a dogmática do direito positivo (nacional ou comparado) a partir dos princípios científicos universalmente válidos, é a tarefa para a qual se deve propor, hoje, o jurista” (NUVOLONE 1969, p. 155).

A recordação de tais palavras de Nuvolone se dá em razão de sua importância na indicação de um caminho correto ao longo do qual o pensamento penal italiano possa seguir na reconstrução de uma relação positiva com a filosofia. O arco da história dessa relação poderá lentamente se voltar à altura de seu ponto de partida, mas ao término

do processo ao qual quero aqui remeter, não será mais, como no início, a filosofia do direito penal que terá feito surgir uma nova ciência penal, mas a ciência penal que terá expresso, desde seu interior, uma nova filosofia do direito penal.

Tal diretriz corresponde não apenas a uma vocação atual do direito penal, mas também da filosofia do direito. A perspectiva dos estudos filosóficos atuais não nos oferecem mais, como no tempo de Beccaria, Carrara ou Ferri, um sistema completo de conceitos a partir dos quais seguir fielmente o pensamento científico pela via de uma dedução racional. Hoje, o princípio da filosofia que deverá se reconstituir está no mesmo processo da ciência; e a filosofia do direito não quer ser mais uma filosofia *acima* da ciência, mas uma filosofia *dentro* da ciência jurídica, não quer ser um saber à disposição do jurista desde uma fonte de verdade a esse estranha e superior, mas, no limite, a obra do próprio jurista que assume a consciência do próprio procedimento e do próprio objeto. Hoje, uma filosofia do direito penal não pode existir senão a partir do interior da própria ciência do direito penal, se esta quiser ser realmente ciência, e não mera técnica de manipulação de normas; não pode ser senão a ciência que, segundo um ensinamento ainda perene de Capograssi, faz-se filosofia porque descobre seu próprio *valor problemático*.

E quando tiver realmente descoberto, talvez então os próprios termos do problema aqui tratados pareçam inadequados. Pois se é verdade que a vocação da ciência é hoje recuperar, pela via da análise sobre si mesma e sobre o próprio objeto, a *sua* própria filosofia, é também verdadeiro que a vocação da filosofia na cultura contemporânea é a recuperação do seu ponto de partida positivo e sua função na ciência, de morrer na ciência para que a ciência viva como saber integral.

Conclui-se: a ideia da unidade do saber não nega a sua especialização, e não exclui que no âmbito de um mesmo movimento de elaboração científica do direito penal e também de política criminal (esta cinderela, dói constatá-lo, dos penalistas italianos) o trabalho se reparta entre os estudiosos segundo os aspectos e pontos de vista diversos que podem, para fins práticos, serem separados em relação a uma dada matéria. O que conta é que tal processo se torne um processo unitário de saber, através de uma verdadeira colaboração entre disciplinas, que seja algo mais profundo que a relação acadêmica extrínseca das etiquetas sob as quais elas são, ainda que atomisticamente demais, cultivadas; e que tal repartição e colaboração sejam continuamente sustentadas por todos aqueles que tomam parte da consciência comum da unidade dos grandes temas em torno dos quais, em cada nova época, reconstrói-se e se renova o pensamento penal: a norma, a ação, a responsabilidade, a culpa, a pena, e sob tudo isso, o homem e a sociedade em que ele vive.

REFERÊNCIAS

ALTAVILLA, *L'opera giuridica di Rocco nella visione di un positivista*, in *Scuola positiva*, 1926, I.

ANTOLISEI, *Il metodo nella scienza del diritto penale* (1937), in *Problemi penali odierni*, Milano, 1940.

BARATTA, *Il problema della natura del fatto. Studi e discussioni negli ultimi dieci anni*, in *Annuario bibliografico di Filosofia del diritto*, 2, 1966, também no volume *Natura del fatto e giustizia materiale*.

BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cap. II, 1764.

BELLAVISTA, *Deviazioni metodologiche e crisi della scienza del diritto criminale*, in *Archivio Penale*, 1958, I (proluso em Trieste, 1950).

BETTIOL, *Diritto Penale*, 6. ed., Padova, 1966.

BETTIOL, *Il problema penale*, Palermo, 1948, agora em *Scritti Giuridici*, Padova, 1960, v. II.

BETTIOL, *Sui recenti orientamenti penalistici in Italia* (1943), publicado em *Scritti giuridici*, v. II

BUCELLATI, *Istituzioni di diritto penale secondo la ragione e il diritto romano*, Milano, 1884.

CALVI, *Tipo criminologico e tipo normativo d'autore*, Padova, 1967.

CAMMARATA, *Il significato e la funzione del fatto nell'esperienza giuridica*, in *Annali della R. Università di Macerata*, v. V, 1929, publicado em *Formalismo e sapere giuridico*, Milano, 1963.

CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale*, v. I, 7. ed., Lucca, 1889.

CROCE, *Frammenti di etica*, Bari, 1822, XXIX

DANNERT, *Die finale Handlungslehre Welzels im Spiegel der italienischen Strafrechtsdogmatik*, Göttingen, 1963.

DELL'ANDRO, *Il dibattito delle scuole penalistiche*, in *Archivio penale*, 1958, I.

DELITALA, *Postilla*, in *Riv. Ital. Dir. Pen.*, 1936.

DELOGU, *La loi pénal et son application*. Alexandria, 1957.

FERRI, *Difese penali. Studi di giurisprudenza penale*, 3. ed., v. III, Torino, 1925.

FERRI, *Sociologia criminale*, 5. ed., v. I, Torino, 1929.

GALLO, *La persona umana nel diritto penale*, in *Riv. Ital. Dir. Pen.*, 1956.

GALLO, *La teoria dell'azione 'finalistica' nella più recente dottrina tedesca*, Milano, 1950.

GENTILE, *Teoria generale dello spirito come Atto puro*, 5. ed., Firenze, 1938.

GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, v. I, 2. ed., Milano, 1952.

MAGGIORE, *Il sillogismo penale*, in *Rivista Penale*, 1949.

MALINVERNI, *La scuola dommatica del diritto penale*, Vercelli, 1939.

MANTOVANI, *Il concetto ontologico del reato*, Milano, 1954.

MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, nova ed., v. I, Torino, 1948.

MODONA, *Sciopero, potere politico e magistratura*, Bari, 1970.

NUVOLONE, *I fini e i mezzi nella scienza del diritto penale*, in *Riv. Ital. Dir. Pen.*, 1948, publicado também em *Trent'anni di diritto e procedura penale*, Padova, 1969, v. I.

PAGLIARO, *Il fatto di reato*, Palermo, 1960.

PEDRAZZI, *Inganno ed errore nei delitti contro il patrimonio*, Milano, 1955.

PESSINA, *Elementi di diritto penale*, 3. ed., v. I, Napoli, 1871.

PETROCELLI, *Per un indirizzo italiano nella scienza del diritto penale*, in *Riv. Ital. Dir. Pen.*, 1941, publicado também em *Saggi di diritto penale*, Padova, 1952.

PORZIO, *Il nuovo sistema penale sovietico e la critica del diritto penale occidentale*, in *Archivio penale*, 1956.

PORZIO, *Sulla scelta del metodo nella giurisprudenza*, in *Archivio penale*, 1961, nn. 11-12;

ROCCO, *L'oggetto del reato*, *Opere giuridiche*, cit., v. I, Roma, 1932

ROCCO, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, in *Opere giuridiche*, v. III, Roma, 1933.

ROMAGNOSI, *Genesi del diritto penale*, 5. ed., Firenze, 1834.

SCARANO, *Il problema dei mezzi nell'interpretazione della legge penale*, in *Riv. Ital. Dir. Pen.*, 1952.

SPIRITO, *Storia del diritto penale italiano da Cesare Beccaria ai nostri giorni*, 2. ed., Torino, 1932.

VASSALLI, *Criminologia e giustizia penale*, in *Quaderni di criminologia clinica*, 1959.

WURTENBERGER, *Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft*, 2. ed., Karlsruhe, 1957. Trad. Ital.: *La situazione spirituale della scienza penalistica in Germania*, Milano, 1965.