

# EPISTEMOLOGIA JURÍDICO PENAL. PERSPECTIVA HISTÓRICA

*Luiz Luisi\**

1. O “Studium”, dedicado ao ensinamento do direito surgiu em Bolonha em fins do século XI, ao que se diz em 1088, e assinala o surgimento da primeira universidade e, também, o nascimento da Escola dos Glosadores. Esta Escola, como é sabido, se dedica a análise dos textos da legislação romana, tendo como figuras mais expressivas, Irnério, o seu iniciador, Bulgaro, Godofredo, Azone, e principalmente Acúrsio. É desta época, Graziano, um monge beneditino, que realiza um levantamento e compilação das normas do direito da igreja, conhecido como Decretum, propiciando o surgimento de estudiosos destes textos, os chamados Decretistas, dentre os quais se salientou Rolando Bandinelli que chegou a ser Papa, com o nome de Alexandre III, tendo ocupado o trono de São Pedro de 1.159 a 1.183.

A partir do século XIV surge a Escola dos Pós-Glosadores, conhecida como dos “Comentários”, que amplia o campo de suas exegeses, ocupando-se ao lado dos textos romanos, com um novo direito emergente, o direito comum. Desta Escola são figuras expressivas Bartolo de Sassoferrato, Baldo Di Perugia e Alberto de Gandino. É dessa época, mais menos em 1350, Novela D'Andrea que lecionou na Universidade de Bolonha. É certamente a primeira mulher na história da ciência e do magistério jurídico. “Una inatesa e dolce figura femminile”, no dizer de Carlo Dolcini, antecessora mais remota das bravas mulheres que ilustram a advocacia, a magistratura e o magistério jurídico.

No século XVI aparecem os chamados práticos, voltados preferencialmente para o ensino e a aplicação forense das normas. São de lembrar-se desse período os nomes de Julius Clarus e Próspero Farinaccio.

Da Itália, a partir do século XVI expandiram-se para outras Nações os estudos das legislações. Na Alemanha são notáveis os trabalhos de Pedro Teodoricus e Bernardo Carpsovio André Tiraqueau, na França. E na Espanha de Diego Covarrubias.

Especificamente no campo penal, segundo a opinião dominante, o primeiro trabalho se deve ao pós-glosador Alberto de Gandino, “Tractatus de maleficiis”. Gandino viveu no século XIV, tendo sido Juiz e Professor em Florença e em

---

\* Professor Livre Docente de Direito Penal da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e professor convidado do Curso de Mestrado em Direito Penal da Universidade Estadual de Maringá.

Bolonha. Mas, segundo Edmundo Mezger o primeiro trabalho dedicado especificamente ao direito penal se deveria a Rolandino de Romancii no derradeiro quartel do século XIII. Outra obra dedicada somente ao direito criminal é a de Angel Dei Gambelini, conhecido como Aretino, por ter nascido na cidade toscana de Arezzo. Todavia a mais notável das obras penais é a de Julius Clarus. Com ele se inicia uma superação do comentário desordenado e mesmo caótico dos textos citados, para os princípios gerais, e uma exposição relativamente ordenada. No seu "Tractatus", o mestre piemontês, na primeira parte, trás elementos e conceitos gerais, tais como, as classes dos delitos e as circunstâncias que aumentam ou diminuem a sua gravidade. Na segunda parte estuda os delitos em espécie, ordenando-os segundo o alfabeto, começando com o assassinato, o adultério, seguindo-se a blasfêmia, a falsificação, e assim por diante. Na parte final se ocupa com problemas processuais, de aplicação da pena, e de execução de sentença. Da mesma época, mas com preocupação mais pragmáticas, é a obra de Próspero Farinaccio, nascido em Roma em 1544, e falecido na Espanha em 1616, onde fora a convite de Felipe II. A sua obra "Praxis e teori cae criminalis libris", tem uma parte geral, e outra em que se ocupa com os delitos em espécie. Mas prima por seu sentido prático, e o próprio Farinaccio classificou, segundo suas próprias palavras, como "um grande manual prático", uma "obra de direito criminal tão completa, que a tendo lido desnecessário era recorrer a outros livros para defender ou julgar".

Todo esse trabalho que vai do século XI até o século XVII tem uma nota comum. É fundamentalmente estudo de normas do direito positivo. Em seu início tem por objeto textos da legislação romana não para fazer um comentário vago e genérico, mas uma exegese, que embora literal, se caracteriza pela verticalidade. Ou, para usarmos a linguagem de Carlo Dolcini "serra e stringe" o texto legal. Os glosadores tendo como objeto o direito romano, e os de cretistas, os textos canônicos, fazem uma análise de suas normas, com uma técnica de abordagem pela glosa gramatical e filológica pela explicação do sentido, pela concordância, e pela distinção. Mais tarde surge a preocupação, com Július Clarus e Próspero Farinaccio com formulação de conceitos gerais, e uma exposição ordenada dos delitos em espécie.

Todavia esses enfoques tem como objeto de estudo o direito positivo, com a precisa intenção de procurar explicar o sentido das normas, visando mesmo a sua aplicação, sem discutir o seu mérito, ou seja, a justiça das proposições normativas.

Trata-se, pois, de uma postura dogmática. Inexistem, pois, dúvidas que os glosadores fundaram a ciência do direito na sua feição dogmática, isto é, como conhecimento de proposições normativas, dadas e pré-determinadas, que cumpre interpretar para procurar compreendê-las, ou seja, buscar-lhe o sentido, visando a sua efetiva aplicação.

2. A partir do século XVII começou outra forma de encarar o problema penal. E, pioneiro deste novo enfoque, em meu entender, Tomaz Hobbes no que concerne ao Direito Penal.

O mencionado pensador inglês é havido como o filósofo do absolutismo. Todavia uma leitura mais atenta de seus textos tem levado a conclusão que ele justifica o absolutismo para a proteção da pessoa humana. Neste sentido é a lição de Hans Welzel segundo a qual, Hobbes está muito longe de ser um defensor do despotismo e um antecessor das ditaduras modernas, pois para ele verdadeiramente decisiva é a idéia de que o Estado deve visar a proteção do indivíduo.

Para tanto o soberano, sustenta Tomaz Hobbes tem que exercer amplamente o poder. Os indivíduos que viviam no Estado pré-social em lutas constantes entre si, em um hipotético contrato social renunciam aos seus direitos naturais em favor do soberano, para garantirem sua segurança e viverem em paz. Mas o soberano ao ditar as leis do Estado, para realizar a paz social deve elaborá-las de forma racional, tendo presente o direito natural. É na lei, diz o filósofo inglês, que a esfera de liberdade dos cidadãos encontra restrições e limites. E foi partindo dessa premissa que Hobbes pode sustentar que o crime a pena só tem legitimidade desde que haja uma lei que os preveja. Pode-se, a rigor, afirmar que Hobbes foi o primeiro a sustentar a necessidade da anterioridade da lei para que o Estado disponha que um determinado fato é crime, e estabeleça a pena correspondente. E daí porque Hobbes definiu o crime como “comissão por fatos ou palavras do que a lei proíbe ou a omissão do que a lei ordena”. Acrescenta, ainda, o pensador britânico, que a pena se pode ser consequência necessária de um processo, e a mesma deve visar, segundo linguagem textual, “mais o futuro que o passado”, ou seja, não deve procurar a vingança, mas a intimidação e a correção do delinqüente.

Há, ainda, na obra de Hobbes um outro aspecto pioneiro, ou seja, a análise das paixões capazes de causar o delito. Enumera, dentre outras, o orgulho, o ódio, a ambição e o desejo do alheio. A mais relevante seria o orgulho. O ódio seria uma espécie de moléstia contínua e persistente. A ambição e o desejo do alheio seriam paixões sempre em atividade, e principalmente se vislumbrada a impunidade, levam ao crime. Para combater essas paixões é necessário normalmente um extraordinário esforço da razão, e, também, a ameaça de um severo castigo.

3. Com a afirmação da existência de direitos naturais decorrentes da estrutura ontologicamente racional do homem, e com o entendimento que o Estado, mesmo o maculado pelo despotismo, existe para proteger a pessoa, estava em marcha um dos mais, se não o mais importante movimento de idéias da história. Refiro-me ao iluminismo. Dele disse Michele Frederico Sciaca ter sido tão “aturdidamente vasto em sua extensão”, que alcançou “todos os aspectos da vida humana”. A ilustração foi, sem dúvidas, para usarmos a linguagem de Sérgio Paulo Rouanet, “a proposta mais generosa de emancipação jamais oferecida ao

gênero humano. Ela acenou ao homem a possibilidade construir racionalmente seu destino, livre da superstição. Propôs idéias de paz e tolerância”.

Em verdade foi uma ventania ideológica, criticamente demolidora, que fez ruir um universo sócio-econômico e suas seculares instituições. Mas também, foi, segundo a linguagem precisa do Mestre Manoel Rivacoba Y Rivacoba “tenazmente criativa”.

No campo penal fez desaparecer instituições e praxes odiosas, e lançou as bases do novo direito, fulcrado na dignidade da pessoa humana. A grande figura desse movimento foi indubitavelmente Cesare Bonesana, Marques de Beccaria. O seu “pequeno grande livro”, *Dos delitos e das penas*, que veio a luz, pela vez primeira, em Livorno, em 1764, anonimamente, não foi apenas uma “sistematização de idéias alheias”, como incorretamente sustentaram Ugo Spirito e meu Mestre Giorgio Del Vecchio. Reuniu, em verdade, em sua obra idéias já suscitadas por outros, mas, além de tratar de temas novos e inéditos, o “*Dos delitos e das penas*”, é um todo consequente e orgânico que tem como premissa inspiradora a inviolabilidade moral do homem ou seja que o homem não é uma res, mas uma pessoa. Beccaria foi basicamente um crítico radical do direito penal de seu tempo. Mas, também, e principalmente, um formulador de postulados inovados que vieram dar ao direito penal uma fisionomia totalmente nova. E tão profunda foi sua influência que um século depois do aparecimento de seu livro em 1764, Faustin Heliè pode escrever que “os aspectos mais positivos da legislação penal do seu tempo como ainda os progressos futuros se poderiam creditar a obra do genial italiano”. E, de resto, a atualidade de Beccaria se pode medir pelo acertado entendimento de Piero Calamandrei ao sustentar não ter Beccaria ainda cumprido sua missão, pois, que “não começou, todavia, a ser antigo”.

A rigor o “*Dei delitti delle pene*” é, sem qualquer possibilidade de contestação o primeiro MANUAL DE POLÍTICA PENAL. Questionou práticas até então indubitadas. Basta lembrar que na história humana, quando já haviam decorridos 18 séculos da cristandade foi ele o primeiro, como enfatiza Norberto Bobbio, a levantar-se contra a pena de morte. Até então a lúgubre pena não havia merecido qualquer impugnação.

Destarte o Iluminismo penal foi, a luz de uma perspectiva epistemológica, uma forma até então inédita de enfrentamento da matéria penal. As leis e os usos criminais são estudados de um enfoque crítico, e postos inovadores postulados visando a criação de uma renovada ordem jurídica. E tal objetivo do iluminismo penal se concretizou quando ainda vivia o Marquês Lombardo. A reforma da legislação penal toscana, por iniciativa do Arquiduque Pedro Leopoldo, datada de 30 de novembro de 1786 é o primeiro passo, a que se sucederam o Código Austríaco de, o Código Francês de, e tantos outros, dando ao Direito Penal positivo a sua fisionomia liberal e humanitária.

4. O século XIX traria uma nova perspectiva de enfrentamento da temática penal. Refiro-me ao aparecimento de ciências que irão tratar o crime, a pena, e principalmente o delinqüente na sua concreção fática. A Escola Positiva do Direito Penal Italiano irá originar os estudos penais voltados para os dados positivos. A figura concreta do homem que delinqüerá passará a partir de Cesare Lombroso, a ser objeto de estudos, surgindo um novo enfoque científico, ou seja, a antropologia criminal. O crime como fato social passará, também, a ser objeto de estudos, principalmente por obra de Enrico Ferri, fazendo surgir a sociologia criminal. Nasce, também, a criminologia, pretendendo, como queria Raffaele Garófalo, ver no crime um fato natural, e que no nosso século vem, assumindo múltiplas faces. E a tal ponto que um jovem autor italiano pôs como título de um dos seus livros uma pergunta: “Qual criminologia”? A que remonta a Lombroso Ferri e Garófalo, como pesquisa dos contextos fáticos da experiência penal, ou a criminologia crítica, radical, da reação social, etc..

## **5. E o século XX?**

Disse Ferrando Mantovani que o nosso século concretizou em leis o descoberto pelas ciências penais no século XIX. Não podemos deixar de concordar, em termos, com o entendimento do Mestre de Florença em sua preciosa monografia “O Século XIX e as Ciências Criminais”. Todavia no século XX o direito penal viu o afirmar-se vigoroso da dogmática penal. O tecnicismo jurídico deu a estrutura do delito uma nova configuração com profundas repercussões práticas. A redescoberta pelos penalistas do principio ontológico da finalidade, que já fora enunciado por Aristóteles veio a dar aos elementos constitutivos do delito uma nova ordenação, e determinou a criação de institutos novos como o erro de tipo e a participação dolosamente distinta. No nosso século, ainda, se presencia o afã da criação de novas formas de sanção penal, devido a constatação da nocividade das penas privativas da liberdade de curta duração.

6. Todavia, ao chegarmos próximos ao fim do século XX, não podemos ignorar a existência de uma profunda crise do sistema penal. E esta crise tem feito surgir algumas vozes preconizando pura e simplesmente a abolição do próprio sistema penal. E, outros, entre os quais eu me situo, vem sustentando uma ampla redução da tipologia penal. Ou seja: uma criteriosa, mas corajosa descriminalização e a imposição de normas disciplinadoras à neocriminalização.

Entendo que a causa principal, embora não única da crise tem raízes distantes. Os iluministas haviam posto como um de seus axiomas básicos que a legislação em geral e a legislação penal principalmente deveria constituir-se de “poucas, precisas e claras leis”. E a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de agosto de 1791 em seu artigo 8º dispôs que as penas deveriam ser somente “as estritas e evidentemente necessárias”.

Não haviam passado, porém, nem 30 anos da Declaração referida, Mittermaier já chamava a atenção para o uso abusivo do direito penal. E ao longo do século XIX; importantes penalistas registraram o crescimento desmedido da legislação penal. Carrara falou em nomorréia penal. Reinhart Franck usou a expressão hipertrofia penal. E Von Listz lembrou o velho princípio do "Minima non curat praetor".

No curso do nosso século as advertências relativas a uma criminalização desvairada par tiram das mais diferentes origem. Francesco Carnelutti fala em inflação penal. Herbert Packert e Kadisch registram o inchaço da legislação criminal nos Estados Unidos. E Leclerq dá notícia de um levantamento da legislação penal canadense nos inícios da década de 70, informando a existência naquele País de cerca de 41.582 tipos de infrações criminais.

Este crescimento patológico da legislação penal, para usarmos a linguagem de Carlo Paliero, também ocorre no meu País, dando margem a completa falência do sistema penal. Basta informar que no Estado de São Paulo existem mais de 200.000 mandados de prisão decorrentes de condenações criminais, em grande número por delitos de bagatela, para serem cumpridos. O que é impossível.

Esta crise, ou seja, este estado de graves dificuldades, e que inquestionavelmente perturba a normalidade da vida social, trouxe conseqüências na postura científica do penalista. Para mais uma vez usarmos a límpida linguagem do Professor Manoel Rivacoba Y Rivacoba a análise dogmática encontra-se "em repouso" e o criminalista assume cada vez mais uma postura fundamentalmente político-jurídica. Estamos a rigor para usarmos a bela frase de Miguel Reale, substituindo as "tranqüilas ponderações do jus conditum pelas inquietações do juscondendum". Estamos preferencialmente empenhados na construção de um renovado direito penal para, tirando-o da crise, torná-lo um instrumento eficaz de controle social. Estamos deixando de ser personagens passivas, meros analistas do direito positivo existente, simples intermediários entre a lei já elaborada e seus usuários. Estamos deixando de ser meros exegetas, e nos transformando em interpretes, verdadeiros intérpretes, em contato direto com os fatos, com uma nova realidade, produto de inéditas conquistas tecnológicas e de novas articulações sócio-econômicas a exigir uma disciplina jurídica adequada. Estamos sendo chamados a desempenhar uma missão criadora, ou seja, a de colaborar na feitura de um novo sistema penal. E nessa tarefa me parece que o penalista não pode ignorar, como premissa inalterável que o direito penal, se é um instrumento de defesa da sociedade, tem no seu bojo, no seu âmago a pessoa. E somente uma ordem jurídica cujas raízes, como enfatiza Luigi Bagolini, se situem "na realidade mais profunda da pessoa humana" poderá fazer do amanhã uma nova aurora para a humanidade. Mas este superior objetivo só poderá ser atingido mediante um trabalho pertinaz, informado por intransigente defesa da dignidade humana.