CONTRIBUIÇÕES DAS ESCOLAS PENAIS AO DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO

Olivia Fernandes Leal de Mello, Bacharela em Direito pela Universidade Federal de Sergipe, advogada. Síntese da monografia apresentada ao curso de Pósgraduação da Faculdade de Sergipe.

RESUMO: Esta monografia trata das contribuições das Escolas Penais ao Direito Penal contemporâneo. O primeiro capítulo começa falando sobre a Ciência Penal em cada momento histórico da humanidade. Inicia-se por Roma e estende-se até a França na época do iluminismo. Separadamente, fala-se da história do Direito Penal Brasileiro. O segundo capítulo, por sua vez, trata especificamente das Escolas Penais e a importância de cada uma para a dogmática penal. Ainda, dentro deste tópico, são feitos comentários sobre os autores que se destacaram, seja pela inovação de conceitos à sua época ou pelo seu modo atual de tratar o Direito Penal. Por último, é desenvolvido um conceito do Direito Penal Contemporâneo e traçado um paralelo entre as contribuições das Escolas que ainda permanecem em vigor.

PALAVRAS-CHAVE: Escolas penais; direito penal; dogmática penal; contribuições.

ABSTRACT: This monograph deals with the contributions of the Criminal Law Schools to Criminal Modern concept. The first chapter starts talking about the Criminal Science in each historical moment of humanity. Starts by Rome and goes to France at the time of enlightenment. Separately, I´m going to speak of the history of Brazilian criminal law. The second chapter, in turn, deals specifically with the Criminal Schools and the importance of each one for the criminal dogmatic. This chapter still comments on the authors that stood out and it´s innovation of concepts. Innovations that goes from it´s time or our current mode of dealing with criminal law. Finally, I defin the modern criminal law and trace a parallel between the contributions of the schools that still remain in force.

KEYWORDS: Schools criminal; civil law; criminal dogmática; contributions.

SUMÁRIO: 1. História do direito penal; 2. Doutrina e escolas penais; 3. O direito penal na contemporaneidade.

INTRODUÇÃO

É inconteste que, o crime existe desde que o homem passou a viver em sociedade. No início, o delito tinha conotação mística. Evoluiu e chegou ao conceito atual. Portanto, o estudo feito aqui apenas analisa as épocas que, de fato, interessaram para a construção da Ciência Penal.

A importância de tal tema reside no fato deste ser essencial à exegese jurídica. Ou seja, o desenvolvimento de uma dogmática Jurídico-Penal é elemento importante para uma perfeita interpretação das leis vigentes. Impossível analisar o Código Penal sem entender o momento histórico em que foi criado.

Ao observar a história e as escolas do Direito Penal tem-se mais facilidade para entender como essa ciência é vista da forma que ela é. Ao explicar os acontecimentos anteriores ao surgimento da Escola Clássica, por exemplo, fica claro que seus seguidores representaram uma reação ao modelo de Estado despótico e autoritário. Dessa maneira, profissionais compreenderão a contribuição do movimento iluminista para o Direito Penal e o surgimento do atual modelo de Estado.

Este texto é subdividido em três capítulos. O primeiro discorre sobre a história desse ramo do Direito, e, também, qual era o seu significado para cada época. Depois há uma abordagem específica sobre as Escolas Penais, dizendo qual a importância e novidades trazidas por cada uma. Inclusive, há uma abordagem sobre os métodos aplicados à essa Ciência. Em um primeiro momento, com a Escola Clássica, foi usado o Método Dedutivo. Já os Positivistas, influenciados pelas Ciências Sociais, introduziram o Método Indutivo. Hoje, a Ciência Penal aplica o Método Dogmático. Por último, conclui-se dizendo como é conceituado, contemporaneamente, o Direito Penal.

1. HISTÓRIA DO DIREITO PENAL

1.1 INTRODUÇÃO

É importante analisar a história do Direito Penal para que se possa entender como essa ciência é vista hoje. Deve-se ter em mente que o delito é inerente ao ser humano e ele é cometido desde que o homem passou a viver em grupo.

> Nas exposições da evolução legislativa penal tem prevalecido a adoção da teoria "progressiva". Assim, uma das distinções mais comuns que têm sido formuladas trata da vingança privada como período primitivo, a vingança pública quando o Estado toma a seu cargo a pena, a humanização da pena a partir do século XVIII, e o período atual, em que cada autor dá como triunfantes suas próprias ideias. (ZAFFARONI, 1999, p. 180)

Nos períodos pré-iluministas havia proposições sobre como o criminoso deveria ser tratado, quais as penas adequadas e quem deveria ser o responsável pela aplicação da punição. No entanto, esse ramo do Direito não era visto como uma Ciência e foi só a partir da Escola Clássica que começaram as discussões sobre quais seriam os propósitos e o método da Ciência Penal.

1.2 DIREITO PENAL ROMANO

Segundo Carrara, os romanos foram gigantes em Direito Civil e pigmeus em Direito Penal. Na verdade, segundo Zaffaroni (1999), eles trataram do Direito Penal, porém não de forma sistêmica como feito no Direito Civil.

> Na primitiva organização jurídica da Roma monárquica, o Direito (jus quiritarium), prevalentemente consuetudinário, era rígido, formalista e solene. Nessa época, destacava-se a figura do *pater familias,* com poderes quase

> ilimitados, inclusive de *ius vitae ac necis*. Na hipótese de morte do patriarca, o grupo familiar (*domus*) dividia-se de acordo com os *filii familias*, sendo que os descendentes formavam a *gens*, que reconhecia, também, um *pater* (*magister gentis*). O primeiro código romano escrito (*jus scriptum*) foi a Lei das XII Tábuas (séc. V a.c.), resultante do trabalho dos *decenviri legibus scribendis*. Com ela inicia-se o período de vigência legislativa com a consequente limitação da vingança privada, pelo talião e pela composição. (PRADO, 2000, p. 35-36)

De acordo com Fragoso (1980), foi com a instauração da República que ocorreu a separação entre o Estado e a Religião. Neste momento histórico, havia uma distinção entre os crimes públicos e privados. Os primeiros eram cometidos contra o Estado e este os julgava e, normalmente, punia-se com a pena de morte. Já os crimes privados, como injúria e furto, a própria vítima era a responsável por decidir qual a sanção a ser aplicada. Usava-se muito da composição.

Ao fim da República, ano 80 a.C., foram criadas leis penais que constituíram o núcleo do Direito Penal Romano Clássico. As *leges corneliae e Juliae* contêm verdadeiros tipos penais em toda a sua essência. Reportavam o que deveria ser considerado criminoso ou não. Tais leis tinham o caráter retributivo e ambas fizeram surgir a noção do princípio da reserva legal.

Foi nessa época que vários institutos do Direito Penal Contemporâneo teriam sido teorizados. Bitencourt elenca alguns deles, como "nexo causal, dolo, culpa, caso fortuito, inimputabilidade, menoridade, concurso de pessoas, penas e sua medição" (BITENCOURT, 2000, p.25). Todavia, ele ressalta que os estudiosos, desse período, não operavam a sistematização dos institutos penais.

Entre 30 a.C. e 20 a.C., desapareceu a vingança privada e o Estado passou a ser o detentor do *Ius Puniendi.* Fragoso (1980) complementa dizendo que durante o Principado de Augusto (27 d.C.) apareceram os crimes extraordinários, como furto qualificado, assaltos à mão armada nas estradas, etc, e os crimes contra a religião, tais como a

blasfêmia e a heresia. Percebe-se a absorção dos crimes privados pelos extraordinários.

No império, existia a desigualdade na aplicação da pena. Os privilegiados, como Senadores e Cavaleiros, não eram submetidos à tortura e possuíam uma graduação de pena mais leve, enquanto a plebe não tinha tais benefícios. Percebe-se que as pessoas detentoras do poder, mesmo nesse período, possuem regalias no campo do direito penal.

1.3 DIREITO GERMÂNICO

O direito germânico, no início, não possuía leis escritas e consistia na vingança privada, ou vingança de sangue, como era mais conhecida, e dos crimes religiosos. Quando ocorria um crime público qualquer cidadão poderia aplicar a pena, até mesmo a de morte. Se fosse privado, existiria um conflito entre ofensor e vítima que normalmente resultava na composição.

Como disse Bitencourt, "o direito era concebido como uma ordem de paz e a sua transgressão como ruptura da paz, pública ou privada, segundo a natureza do crime, privado ou público" (BITENCOURT, 2000, p. 25).

Segundo Marques (p. 95, 1997), possuiam a *faida,* que representava a inimizade contra o infrator e sua família nos delitos privados, apresentava dupla função: ressarcia a vítima dos prejuízos sofridos e significava o preço da paz. Ou seja, uma parte iria para a pessoa que sofreu o dano e a outra para o Rei ou Tribunal. Inclusive, existiam leis prefixando os valores das tarifas e qualificando-as de acordo com o tipo da lesão. Quem não podia pagá-las estava sujeito a penas corporais.

Dotti resume esse período da seguinte forma,

> A maioria dos delitos era tratada pelo povo germano, como assunto de interesse privado que autorizava e obrigava a família ofendida a exercer a vingança de sangue, em luta coletiva que somente concluía por uma forma de reparação. Excepcionalmente se atribui caráter de ofensa pública a crimes como a traição, a deserção e o falso testemunho, os quais eram punidos com o banimento (perda da paz), permitindo-se que o

> delinquente fosse atacado e morto por qualquer um sem o dever de reparação. (DOTTI, 2003, p. 134)

Não se conhecia a lei das XII Tábuas, entretanto, por influência do Direito Romano e do Cristianismo, adotou-se a pena de Talião e enfraqueceu-se a concepção de direito punitivo havendo um fortalecimento do direito público.

Uma importante característica do direito germânico é a utilização da responsabilidade objetiva para se concluir a autoria do crime. Não havia questionamento se a conduta do agente estava imbuída de dolo, caso fortuito ou culpa. Ligava-se o resultado da conduta sem necessariamente analisar qual teria sido a intenção do agente.

1.4 DIREITO CANÔNICO

Segundo Luiz Reges Prado (p. 41, 2000), o direito canônico, de origem disciplinar, foi ampliado quando o Imperador Teodósio I declarou o Cristianismo como a única religião do Estado. Os crimes dividiam-se em três espécies. Os ilícitos de ordem espiritual, que eram julgados pelos tribunais eclesiásticos; os de ordem não espiritual, pelos tribunais leigos; e os que atentavam contra ordem divina e humana, pelo primeiro que deles conhecesse.

> O direito natural teológico buscava fundamentação na vontade divina. A punição, em ultima ratio, seria desejo transcendental, não obra humana. Assim, dela estaria afastada a imperfeição e, em contrapartida, sublinhando o esmero divino no castigo, a fazer com que o temor decorrente da fé impedisse contestações e rebeliões aos abusos praticados (PELARIN, 2002, p.32).

Esse período foi bastante importante para influenciar o modelo de punição contemporâneo, pois introduziu a ideia de justa retribuição da pena e possibilidade de arrependimento e a emenda do réu. Conhecida, hoje, como Teoria Retributiva. Nasce, também, a percepção de

reforma do delinquente e a individualização da pena conforme o temperamento, comportamento e caráter do réu.

Não obstante, Roxin, segundo Pelarin (2002), argumenta que essa teoria é inoperante, porque

> não impõe limite algum ao poder punitivo. Nem se questiona a existência de impedimento substancial. Aliás, por evidenciar o castigo, ela se deixa dominar pelas concepções morais e religiosas, a criminalizar condutas materialmente inofensivas, a conceder cheque em branco ao legislador (apud PELARIN, 2002, p.35).

Por último, opôs-se à vingança privada, fortaleceu a justiça pública e utilizou a ideia do aspecto subjetivo do crime. Na verdade, o direito canônico sintetizou o conceito público de pena dos Romanos e o privado dos Germanos.

> O papel da lei penal da Igreja Católica foi de suma relevância, por duas razões: a primeira, porque fez com que as tradições jurídicas romanas penetrassem em definitivo na vida social do Ocidente; a segunda, porque contribuiu para civilizar as práticas brutais germânicas, adaptando-as à vida pública. (apud PRADO, 2000, p. 41-42)

1.5 DIREITO PENAL COMUM

> Com a fragmentação do poder político que surgiu com o término da dinastia caroígena (911), observou-se um retrocesso no desenvolvimento do Direito Penal, pois ressurge o direito consuetudinário da época anterior, deixando de ser observadas as leis escritas da época franca.

> Penetramos no regime feudal. Em consequência, reaparece a concepção privada e o pagamento do preço da expiação tomando o posto das penas públicas. É nessa época que se inicia a luta da Igreja, a princípio pela independência e logo pelo predomínio do poder espiritual. (FRAGOSO, 1980, p.33)

> A idade média trouxe um momento de forte pluralismo jurídico, em que não havia um único centro emanador de poder. O estatuto jurídico do feudalismo centrava-se na legitimação de uma hierarquia social estabelecida nas distinções entre clero, nobreza e campesinato, A ideia de delito confunde-se com pecado e a pena assume uma ideia de expiação dos pecados e purificação da alma". (DANIELA COSTA, 2005, p. 88)

> O Direito Penal comum é resultado da fusão do Direito romano, do Direito germânico, do Direito canônico e dos direitos nacionais, com prevalência do primeiro, especialmente após o século XII, por obra dos práticos. O renascimento dos estudos romanísticos dá lugar ao fenômeno chamado *recepção*. O renascimento dos Estudos do Direito romano teve como efeito principal restaurar na Europa o sentimento do Direito, de sua dignidade, de sua importância para assegurar a ordem e o progresso social. (PRADO, 2000, p. 43)

Nessa época, surgiram importantes diplomas legais por influência dos glosadores e pós-glosadores. Os primeiros estudavam os textos do direito romano e "após a leitura e explicação dos textos, o professor fazia a interpretação através de uma frase, que era a *glosa*, que os alunos anotavam à margem de seus livros, com o nome do mestre a que ela se devia" (Fragoso, 1980, p. 34). Enquanto os outros, chamados de práticos ou praxistas, além desse estudo, incluíram o direito comum, que então vigorava, no seu campo de conhecimento. No entanto, eles não obedeciam a qualquer sistema.

Segundo José Frederico Marques (1997), citando Von Liszt, os glossadores e pós-glosadores

> trataram o Direito Penal romano segundo a *generales consuetudo* de seus dias e tal como o costume que se desenvolveu sob a influência das ideias jurídicas germânicas oriundas das fontes lombardas, das necessidades práticas e das generalizações da ciência, da legislação dos papas e dos imperadores e da prática judiciária. (apud MARQUES, 1997, p.97)

Por sua vez, Bitencourt (2000) entende que Aníbal Bruno faz uma interessante análise desse momento. Compreende ter sido uma fase em que o arbítrio do Estado, a desigualdade das penas, a falta de um processo regular e público, a insegurança e a tortura reinavam em absoluto. Não existiam leis que respeitassem a dignidade humana e as penas corporais, como as mutilações, foram amplamente usadas.

Fragoso (p. 34, 1980) diz que, no século XII, volta-se o sentido público de crime e da pena e há a união entre os povos germânicos. Dá-se, a partir deste momento e de forma definitiva, o poder punitivo ao Estado.

Com o término do Feudalismo e o nascimento do mercantilismo nasce o Estado Moderno. Em um primeiro momento como um Estado Absolutista e depois transforma-se em Liberal. O primeiro tem como marca mais forte a ideia da Soberania do Estado. Há uma transferência do poder punitivo da igreja e senhores feudais ao Monarca. Não houve, todavia, uma mudança na concepção de como o crime deveria ser tratado. O Rei punia de acordo com sua vontade e não existia nenhuma garantia para o cidadão.

O Estado Liberal surgiu exatamente nesse contexto, "em que o processo era inquisitório e secreto, com emprego de tortura e sem espécie de qualquer garantia para sua defesa", como uma reação a desordem penal (Fragoso, 1980, p. 38). Pregou, dessa forma, a reforma do Direito e por consequência a da Justiça Penal.

1.6 ILUMINISMO. MOVIMENTO HUMANITÁRIO

O período anterior ao iluminismo foi marcado pela crueldade, pelo julgamento arbitrário, por penas de morte e pelo uso do poder perante os indivíduos. "O Direito era um instrumento gerador de privilégios, o que permitia aos juízes, dentro do mais desmedido arbítrio, julgar os homens de acordo com a sua condição social" (BITENCOURT, 2001, p.31).

Canotilho enumera algumas características desse "Estado de Depotismo Esclarecido", quais sejam:

> (1) afirmação da ideia de soberania concentrada no monarca, com o consequente predomínio do soberano sobre os restantes estamentos; (2) extensão do poder soberano ao âmbito religioso, reconhecendo-se ao soberano o direito de "decidir" sobre a religião dos súbditos e de exercer a autoridade eclesiástica; (3) dirigismo económico através da adopção de uma política económica mercantilista; (4) assunção, no plano teórico dos fins do Estado, da promoção da *salus publica* como uma das missões fundamentais do soberano, que assim deslocava para um lugar menos relevante a célebre "razão de Estado", apontada como a dimensão teleológica básica do chamado "absolutismo empírico". Estas dimensões estruturaram "tipo de Estado-Providência" ou "Estado Administrativo" caracterizado por uma administração extensa e insensa tendencialmente desvinculada do direito tradicional dos estamentos e da lei superior (constituição) agitada pelo constitucionalismo moderno. (CANOTILHO, 1997, p.91)

O movimento humanitário, também conhecido como era da ilustração, surgiu para instaurar uma nova ordem social contrária a esta. A burguesia começava a emergir e não satisfeita com os acontecimentos lutou por uma diferente distribuição do poder. O domínio da razão e o homem, como centro do mundo, marcaram esse momento histórico.

> A ilustração, mais que uma corrente de ideias, vem a ser uma atitude cultural e espiritual de grande parte da sociedade da época, cujo objetivo é a difusão do uso da razão para dirigir o progresso da vida em todos os seus aspectos. É por assim dizer produto de embate de duas linhas bem distintas: o racionalisamo cartesiano e o empirismo inglês. Na filosofia penal iluminista, o problema punitivo estava completamente desvinculado das preocupações éticas e religiosas; o delito encontrava sua razão de ser no contrato social violado e a pena era concebida somente como medida preventiva. (PRADO, 2000, p. 46)

Segundo Thomas Greenwood, "o iluminismo significa a autoemancipação do homem da simples autoridade, preconceito, convenção e tradição, com insistência no livre pensamento sobre os problemas que tais instâncias consideravam incriticáveis" (apud FRAGOSO, 1980, p. 39).

O Direito aparece agora como uma reunião de normas imersas na natureza humana e a sua origem deixa de ser teológica e passa ao campo da antropologia, sempre em torno do homem. Pelarin (2002) faz uma interessante apanhado sobre o tema. Vê-se:

> A contrariedade às visões anteriores do direito natural reside na desvalorização do mundo, da nação, da cidade, como lugar natural, passando a ser ambiente hostil, capaz de gerar problemas ao homem. Nesse contexto, surge a necessidade do estabelecimento de normas, fundadas no próprio homem, enquanto razão ordenadora, dotada de inteligência, desvinculado de posição passiva, capazes de garantir a ele uma espécie de adaptação ou evolução social. Assim, o conjunto das normas está inscrito na razão humana, não na natureza ou na transcendência, pois o homem é capaz de estabelecer sistemas éticos, ao se colocar, por exemplo, no lugar de seu semelhante e entender suas carências e aflições. (PELARIN, 2002, p. 36)

O *Século das Luzes*, que atingiu seu ponto máximo com a Revolução Francesa, produziu o Estado de Direito que mais tarde transformaria-se no Estado Democrático de Direito.

> Na origem, como é sabido, o *Estado de Direito* era um conceito tipicamente liberal; daí falar-se em Estado Liberal de Direito, cujas características básicas foram: (a) *submissão ao império da lei*, que era a nota primária de seu conceito, sendo a lei considerada como ato emanado formalmente do Poder Legislativo, composto de representantes do povo, mas do povo-cidadão; (b) *divisão de poderes*, que separe de forma independente e harmônica os poderes Legislativos, Executivo, e Judiciário, como técnica que assegure a produção das leis ao primeiro e a independência e imparcialidade do último em face dos demais e das pressões dos poderosos particulares; (c) *enunciado e garantia dos direitos individuais*. (SILVA, 2001, p.117)

É possível citar grandes iluministas como Voltaire, Montesquieu e Rousseau e todos criticavam os abusos e excessos reinantes na forma de governo e na legislação penal. Introduziram a ideia da proporcionalidade da pena em relação ao crime cometido, as circunstâncias pessoais do criminoso, o seu grau de malícia e, ainda, que a sanção deveria ser menos cruel e mais eficaz.

De acordo com Bitencourt (2000), Rousseau pregava que o homem se despoja de sua liberdade em benefício da coletividade através de um contrato social com o Estado. A Nação passa a ser soberana e a única capaz de produzir leis, inclusive, limitando escolhas individuais por existir um bem maior, qual seja, o coletivo.

> Pode-se considerar que a teoria clássica do Contrato Social (o utilitarismo) fundamenta-se em três pressupostos fundamentais: 1) Postula um consenso entre homens racionais acerca da moralidade e a imutabilidade da atual distribuição de bens. 2) Todo comportamento ilegal produzido em uma sociedade – produto de um

> contrato social – é essencialmente patológico e irracional: comportamento típico de pessoas que, por seus defeitos pessoais, não podem celebrar contratos. 3) Os teóricos do contrato social tinham um conhecimento especial dos critérios para determinar a racionalidade ou irracionalidade de um ato. Tais critérios iriam definir-se através do conceito de utilidade. (BITENCOURT, 2001, p. 34)

Montesquieu, por sua vez, "focaliza as leis penais em relação ao ambiente histórico e as várias formas de Estado, e sustenta que nos regimes livres, à diferença do que sucede naqueles despóticos, educar vale mais que punir e as sanções penais devem ser moderadas" (apud MARQUES, 1997, p. 100).

Ainda segundo a doutrina de Marques (1997), Voltaire destacou-se pela defesa de um casal francês que foi condenado a pena de morte e eram inocentes. O comerciante Juan Calas e sua esposa Ana Rosa foram mortos de forma cruel e convencido da inocência, de ambos, abriu uma revisão *post mortem* desse processo. Inocentados, fez-se uma coluna expiatória em homenagem a eles.

> Além das liberdades e garantias públicas (como a igualdade em direitos, a liberdade de opinião e a resistência à opressão), os membros da Assembleia Nacional estabeleceram princípios fundamentais em matéria penal e processual penal, tais como: a) legalidade dos crimes e das penas; b) juiz natural; c) a intervenção mínima do Direito Penal ('a lei deve estabelecer penas estritas e evidentemente necessárias'); d) a presunção da inocência; e) a punição do abuso do poder. (DOTTI, 2003, p. 147)

> Os ideais reformistas contribuíram para o desenvolvimento de uma ampla mudança legislativa – movimento codificador -, que começa ainda no século XVIII. A codificação, além de dar certeza ao Direito, exprime uma necessidade lógica,

> por meio da qual são sistematizados princípios esparsos, facilitando a pesquisa, a interpretação e a aplicação das normas jurídicas. (PRADO, 2000, p. 47)

Esses autores iluministas contribuíram para o aprimoramento do Estado e a introdução de novos conceitos e princípios jurídicos. Graças a eles que pessoas como Beccaria, Howard e Benthan puderam desenvolver seus ideais. Floresce, então, a Escola Clássica e sua tentativa de delimitar a Ciência do Direito Penal.

2 DOUTRINAS E ESCOLAS PENAIS

2.1 ESCOLA CLÁSSICA

Com os ideiais iluministas e a vontade de delimitar a Ciência do Direito Penal nasceu a Escola Clássica. Pela primeira vez na história surgem correntes de pensamento estruturadas de forma sistemática para saber qual o campo de atuação do Estado frente à pena, qual o intuito da pena e até onde iria esse ramo do Direito, ou seja, qual seria o seu fundamento. Luta-se por um Direito Penal mais humano e diferente do regime arbitrário e desigual anterior.

> Somente a partir do período liberal e humanitário, ultrapassada a fase do absolutismo, do arbítrio e da prepotência, é que surgiu, com a Escola Clássica, o início de uma verdadeira ciência do Direito Penal, estruturada em princípios e institutos logicamente encadeados em um ordenamento global e sistemático de cunho valorativo e finalístico. (COELHO, 1998, p.28)

> Característico da escola penal clássica é, antes de mais nada, *o método de trabalho*. O que hoje pode parecer uma verdade apodítica, ou seja, que o jurista deva tomar como ponto de partida de toda construção o direito de punir *vigente*, foi para os cultores da escola clássica, premissa metodológica

> quase desconhecida. Trabalhavam baseados em *critérios de razão*, e não sobre dados de uma experiência jurídica. Somente para sufragar conclusões a que chegavam racionalmente, invocavam, às vezes, o direito positivo. Tal posição encontra explicação através de duas ordens de considerações: pela desconfiança, antes de tudo do direito penal então vigente, não aderente às concepções filosóficas e jurídicas professadas pelos estudiosos, em virtude do que subsistia uma verdadeira solução de continuidade entre norma jurídica e elaboração doutrinária; depois, pelas premissas jusnaturalistas ou contratualistas das quais partiam e em virtude das quais o direito verdadeiramente digno de considerações era apenas, o que decorria por dedução lógica da natureza racional do homem ou do hipotético contrato social. (BETTIOL, 1966, p. 13)

Eis os ensinamentos dessa escola, segundo Luiz Regis Prado (p. 49, 2000) citando Carrara. O delito como um ente jurídico, ou seja, a infração penal é cometida no momento em que o fato humano vai contra a lei. A responsabilidade penal lastreia-se na imputabilidade moral e no livre-arbítrio. O homem é livre para decidir se comete ou não o crime, e, no entanto, escolhe o seu cometimento. O método de estudo é o dedutivo, de lógica abstrata, tendo por objeto o delito como entidade jurídica. A pena passa a ser vista como meio de defesa social, retirando seu fundamento na utilidade e o crime é tido como uma ofensa a direitos naturais ou civis.

> Nesta atmosfera política que se preocupava em fixar claramente os limites da intervenção estatal, neste ambiente especulativo que descurava o dado de fato para acentuar a supremacia, as possibilidades e as exigências da razão humana, o crime acabava por ser considerado um "*ente de razão*" e, portanto, um "*ente jurídico*", dada a fonte racionalista de toda norma de direito. Mas este

> atributo de juridicidade era atribuído ao crime não porque fosse considerado como violação de uma norma de determinado ordenamento jurídico positivo, mas do "*direito*" compreendido como categoria lógica abstrata, como elaboração apriorística de uma noção postulada por uma exigência da razão, em virtude do que deve ser reduzido que o fundamento gnoseológico da escola clássica deve, em última análise, ser procurado na crítica Kantiana, naquele sistema filosófico que, contra o empirismo dominante desde os albores do século dezoito, reinvindicou a autonomia e as formas apriorísticas da razão humana. (BETTIOL, 1966, p. 14)

A Escola Clássica pode ser dividida em dois períodos. Em um primeiro momento, com o período teórico-filosófico iniciado por Beccaria fazendo com que apareça o utilitarismo, em oposiçao à teoria retributiva, "sob o prisma de que o direito penal tem por finalidade a proteção da sociedade, o que faz da categoria psicológica da pena, a prevenção geral, o instrumento adequado" (PELARIN, 2002, p. 45). Depois, com a fase ético-jurídico dando destaque para Carrara sendo "o período em que a metafísica jusnaturalista passa a dominar o Direito Penal, acentua-se a exigência ética de retribuição, representada pela sanção penal" (BITENCOURT, 2000, p. 49).

> Entre os ditames dessa Escola está aquele que assinala ser a pena destinada a restabelecer a ordem pública alterada pelo delito e tem o caráter de um mal, equivalente ao que o delinquente causou, limitada pela equidade, atendendo às necessidades, razão pela qual deve ser proporcional ao crime, certa e definida, segura e justa. Pena adequada ao crime e não ao seu autor. (PIMENTEL, 1973, p. 13)

Duas correntes se destacaram. Os Jusnaturalistas, de Grócio,

> com sua ideia de direito natural, superior e resultante da própria natureza humana, imutável

> e eterno; de outro lado, o contratualismo, de Rousseau, sistematizado por Fichte, e sua concepção que o Estado, e por sua extensão a ordem jurídica, resulta de um grande e livre acordo entre os homens, que cedem parte de seus direitos no interesse da ordem e segurança comuns. Representavam, na verdade, doutrinas opostas, uma vez que para a primeira - jusnaturalistas - o Direito ocorria da eterna razão e, para a segunda - contratualista -, tinha como fundamento o acordo de vontades. No entanto, coincidiam no fundamental: na existência de um sistema de normas jurídicas anterior e superior ao Estado, contestando, dessa forma, a legitimidade da tirania Estatal. Pugnavam pela restauração da dignidade humana e o direito do cidadão perante o Estado, fundamentando ambas, dessa forma, o individualismo, que acabaria inspirando o surgimento da Escola Clássica. (BITENCOURT, 2000, p. 47)

Cesare Bonesana, Marques de Beccaria, é o precursor da Escola Clássica e publicou em 1764 o seu livro *Dos Delitos e das Penas*, no qual propõe uma reforma ao Direito Penal até então vigente. Um de seus grandes méritos foi expressar suas ideias de maneira clara para que assim atingisse um número maior de pessoas. Conseguiu, ainda, teorizar de forma simples e consistente como nunca alguém havia alcançado. Introduziu o sentimento de piedade e compaixão para com aqueles submetidos ao processo penal e carcerário da época. Sabe-se que, nesse momento histórico, as prisões eram desumanas e insalubres.

Aliou as ideias do utilitarismo com a do contratualismo. Esta, oriunda de Rousseau, serviu para fomentar o Estado Liberal e, como isso, dar garantias à burguesia nascente cansada do arbítrio dos Reis. Como ele diz em seu livro, "os homens se reúnem e livremente criam uma sociedade civil, e a função das penas impostas pela lei é precisamente assegurar a sobrevivência dessa sociedade." (BECCARIA, 2006, p.25)

Para ele, a pena deveria ser útil não como vingança, mas como prevenção a prática de futuros crimes, "é melhor prevenir delitos que castigá-los". O fundamento da pena e do direito de punir residiria na

parcela de sacrifício individual em nome da segurança e do bem coletivo e "a soma de todas essas parcelas forma a soberania da nação, ficando o governo encarregado do depósito e da observância dos preceitos oriundos do sacrifício coletivo dessas liberdades" (SABINO, 1972, p. 56). Essa era sua visão do princípio da legalidade em matéria penal. Complementa dizendo que o arbítrio, o terror e as punições sem proporcionalidade não levam a eficácia e a certeza de uma punição.

Dotti conclui com precisão a importância da obra deste ilustre autor:

> Beccaria desenvolveu as mais variadas frentes de crítica ao sistema criminal daquele tempo, como por exemplo: a) denuncia o uso da lei em favor de minorias autoritárias; b) sustenta a ideia da proporcionalidade entre os delitos e as penas; c) prega a necessidade de clareza das leis e rejeita o pretexto adotado por muitos magistrados de que era preciso 'consultar o espírito da lei', visando aplicá-la de forma injusta; d) analisa as origens das penas e do direito de punir, sustentando que a moral política não pode proporcionar nenhuma vantagem durável se não estiver baseada 'sobre sentimentos indeléveis do coração do homem'; e) advoga a moderação das penas opondo-se vigorosamente à pena de morte e às demais formas de sanções cruéis f) condena a tortura como meio para obter confissões e sustenta a necessidade da lei estabelecer, com precisão, quais seriam os indícios que poderiam justificar a prisão de uma pessoa acusada de um delito; g) reprova o costume de se por a cabeça a prêmio, i.e., de oferecer recompensa para a captura do criminoso; h) reivindica a necessidade de uma classificação de delitos e a discriminação de vários deles. (DOTTI, 2003, p. 144)

Jonh Howard, por sua vez, foi o responsável por avaliar e tentar melhorar o sistema penitenciário da época. Quando assumiu como *Sheriff* de Bedford, encontrou as prisões inglesas em estado deplorável.

Foi então que teorizou a necessidade da construção de estabelecimentos mais dignos e, também, da utilidade de fiscalizar os carcereiros, pois percebeu a prática de abusos desumanos no meio. Segundo Marques (p. 102, 1997), levantou a hipótese de que as mulheres deveriam ficar em cela separada dos homens e que o processado não podia ficar junto com o condenado.

Com Howard, nasce o penitenciarismo e sua luta pela busca da humanização das prisões aliada à reforma do delinquente. Isso, ainda hoje, sem a resposta devida.

Outro a se destacar foi Jeremias Bentham. Conforme Dotti (2003), ele acreditava que a pena tinha um caráter retributivo e preventivo geral. Dizia que não se podia fazer nada quando o crime já tivesse sido cometido, porém o Estado deveria punir o infrator para mostrar a população que haveria uma sanção caso determinado fato fosse praticado. Punia-se para prevenir futuros crimes.

Também ficou famoso sob o aspecto penológico com a concepção do "panótico". Insatisfeito com as penitenciárias, Bentham criou um modelo de prisão ideal. Ainda, mostrou como as penitenciárias são prejudiciais aos presos porque nelas há um ócio combinado com o contato direto com o mundo do crime e é nesse contexto que ocorre a troca de experiências entre os presos. Ele já previa a chamada subcultura carcerária.

Marques interpretou a importância de Bentham da seguinte forma,

> Bentham fez aplicação de sua doutrina utilitária ao Direito Penal. O que justifica a pena, no seu entender, é a necessidade dessa sanção, a qual se impõe para prevenir a prática de delitos. Portanto, a prevenção geral é o objetivo da pena. Instrumento vil, por si mesmo, a pena, no entanto, se alça a elevado plano nos serviços públicos, quando se manifesta, não como vingança, mas como caráter de sacrifício indispensável aos interesses gerais. (MARQUES, 1997, p. 103)

Por último, destacou-se Carrara como o mais importante pensador. Em 1859, publicou, na Itália, um *Programa do Curso de Direito Criminal,* no qual separava direito e moral. Neste, desenvolve um sistema de

rigor lógico, com um conceito de crime bipartido entre uma força física e outra moral, hoje mais conhecido como elemento objetivo e subjetivo do crime. Segundo ele, o delito é "a infração da lei do Estado, promulgado para proteger a segurança dos cidadãos, resultando de um ato externo do homem, positivo ou negativo, moralmente imputável e politicamente danoso" (apud PRADO, 2000, p. 49-50).

> Funda-se Carrara no direito natural, afirmando a existência de uma lei eterna de ordem, formulada por Deus, da qual deriva a sociedade, a autoridade e o direito desta para proibir e castigar. Considerado em abstrato, o direito de punir tem como único fundamento a justiça, mas quando é considerado como ato humano, seu fundamento é a defesa da sociedade. Assim o direito de castigar funda-se no princípio da justiça, mas é limitado pela necessidade da defesa. (FRAGOSO, 1980, p. 44)

> Como orientação filosófico-jurídica, a Escola de Carrara sustentou que: a) o método de estudo deveria ser lógico-abstrato; b) que o crime e a pena são entes jurídicos, com abstração da realidade humana que envolve a conduta do delinquente; c) o fundamento da responsabilidade penal é a responsabilidade moral, com base no livre-arbítrio, distinguindo entre imputáveis e inimputáveis; d) a pena é a retribuição, expiação da culpabilidade contida no fato punível, i.e., o mal justo como contragolpe ao mal-injusto praticado pelo criminoso. (DOTTI, 2003, p. 153)

Para Carrara, a ciência penal serve à liberdade do homem. "O direito é a liberdade. A ciência criminal bem entendida é, pois, o supremo código da liberdade, que tem por objeto subtrair o homem da tirania dos outros e ajudá-lo a livrar-se da tirania de si mesmo e das suas próprias paixões" (apud ZAFFARONI, 1999, p. 276).

> Enfim, foram os clássicos, sob o comando de insuperável Carrara, que começaram a construir a elaboração do exame analítico de crime,

> distinguindo os seus vários componentes. Esse processo lógico-formal utilizado pelos clássicos foi o ponto de partida para toda a construção dogmática da Teoria Geral do Delito, com grande destaque para a vontade culpável. (BITENCOURT, 2000, p. 51)

2.2 ESCOLA POSITIVA

A escola clássica caracterizou-se pelo individualismo atrelado ao livre-arbítrio para o cometimento ou não do crime. Entretanto, com o passar dos anos, tal entendimento não satisfazia mais os novos juristas.

> Nos meados da seguinte centuária, porém, começa a ocorrer súbita e sempre mais acelerada transformação, que se alastra pelos vários domínios científicos. As ciências deixam as especulações, a primazia da experiência se impõe, aperfeiçoam-se as técnicas. Firma-se a ligação entre o laboratório e a fábrica, para alimentar-se imensa expansão industrial. Desenvolvem-se os transportes, a comunicação material e espiritual entre os povos, favorecendo as trocas e levando a crer num futuro de maior compreensão e, consequentemente, de paz. O conforto, as mercadorias, que eram privilégio de poucos, prometem chegar ao povo. A terapêutica sofre repentino esvaziamento, porque não mais se acredita no empirismo do passado; mas logo a adoção do método científico suscita otimistas perspectivas, e verifica-se que o médico começa a ajudar poderosamente a reduzir o sofrimento e aumentar a esperança de vida. (GONZAGA, 1974, p.371)

Segundo Dotti,

> na medida em que a História, a Filosofia, e a economia deixavam de constituir as fontes centrais e muitas vezes exclusivas para o conhecimento do

> homem e sua circunstância, uma notável transformação de métodos se operou no estudo dos problemas jurídicos. (DOTTI, 2003, p. 153)

E assim, no século XIX, surgiu a Escola Positiva juntamente com o desenvolvimento das ciências sociais como a psicologia, a biologia e a sociologia. Elas introduziram a concepção naturalista em oposição ao racionalismo anterior. Houve uma difusão da Antropologia Criminal, que consistia, na época, na observação, na coleta de dados e na conclusão do que seria o criminoso. Por isso, o método da Ciência Penal passa a ser o indutivo experimental com a observação dos fatos sendo o delinquente considerado uma pessoa que se revela mais ou menos perigosa, socialmente, por causa do delito cometido. O crime começou a ser examinado sob o ângulo sociológico, e o infrator também passou a ser estudado, se tornando o centro das investigações biopsicológicas.

As teorias evolucionistas de Darwin, Lamarck e Haeckel eram típica expressão das ideias dominantes, que se opunham ao racionalismo do período anterior, introduzindo uma concepção naturalística, que se volta para os fatos da vida individual e social, para explicá-los cientificamente, segundo o princípio da causalidade.

> O movimento positivsta no campo do Direito Penal resulta desse clima cultural. Seu programa de reforma tem por base a ineficácia do sistema penal clássico, como meio de repressão à criminalidade, defendendo a substituição do princípio da retribuição (fundado no livre-arbítrio), por um sistema de prevenção especial, com base no estudo antropológico do homem deliquente e do crime como fato social, retornando à ideia de defesa social acentuada à época do Iluminismo. (FRAGOSO, 1980, p. 46)

O crime e o criminoso eram, para essa corrente de pensamento, uma realidade social e biológica. Ambos passam a ser vistos sob a perspectiva do coletivo e não mais do individual. Os autores negaram a existência do livre-arbítrio dizendo que o meio no qual aquele delinquente estava inserido e a genética eram os únicos capazes de

influenciá-lo na prática criminosa. Ou seja, o crime é visto como um fenômeno social e natural oriundo de causas biológicas, físicas e sociais.

> Pela concepção positivista, não há vontade humana; o pensamento, o querer não são mais que manifestações físicas de um processo físico-psicológico que se desenvolve por meio de condutores no sistema nervoso (determinismo positivo), sendo, portanto, o homem um irresponsável. O homem, afirma Ferri, age como sente e não como pensa. Adotando uma postura mais realista, entende ele que as ações humanas 'são sempre o produto de seu organismo fisiológico e psíquico e da atmosfera física e social onde nasceu e na qual vive'- fatores antropológicos (constituição orgânica do criminos), psíquicos (anomalias de inteligência), físicos (ambiente natural, clima, solo) e sociais (meio social-densidade diferente da população, estado da opinião pública e da religião, constituição familiar etc). (PRADO, 2000, p. 51)

A responsabilidade criminal é social e a pena não poderia ser retributiva, uma vez que o homem age sem liberdade, o que leva ao desaparecimento da culpa voluntária. Para eles, a punição servia para proteger o corpo social e, por isso, foram criados mecanismos de defesa como resposta aos fatores sociais do crime. Isso funcionou como meio preventivo ao delito e, como consequência, a ideia de ressocialização fica em segundo plano.

> A aplicação da pena passou a ser concebida como uma reação natural do organismo social contra a atividade anormal dos seus componentes. O fundamento do direito de punir assume uma posição secundária, e o problema da responsabilidade perde importância, sendo indiferente a liberdade de ação e de decisão no cometimento do fato punível. A pena perde seu tradicional caráter vindicativo-retributivo,

> reduzindo-se a um provimento utilitarista; seus fundamentos são a natureza e a gravidade do crime, mas a personalidade do réu, sua capacidade de adaptação e especialmente sua periculosidade. (BITENCOURT, 2000, p. 52-53)

O primeiro escritor a se destacar foi Cesare Lombroso com o seu livro *L´umo delinqüente* em 1876. Ele desenvolveu a ideia de que existiria um "criminoso nato" e este possuía características físicas de fácil percepção, inclusive as enumerou. No decorrer de seus trabalhos, evoluiu dizendo que para a ocorrência do crime existem vários fatores a serem somados ou que de forma independente contribuem para o cometimento da infração penal.

Ele foi o responsável por "fundar a antropologia criminal, iniciando o estudo antropológico do homem criminoso, visando a uma explicação causal de seu comportamento antissocial" (FRAGOSO, 1980, p. 47).

> Os estudos de Lombroso sobre as causas biopsíquicas do crime contribuíram decisivamente no desenvolvimento da sociologia criminal, destacando os fatores antropológicos. Com isso, iniciaram-se estudos diferentes sobre as causas do delito, transformando, inclusive, os conceitos tradicionais sobre a pena privativa de liberdade. Uma das contribuições mais importantes dos estudos de Lombroso - além da teoria do criminoso nato - foi trazer para as ciências criminais a observação do delinquente através do estudo indutivo-experimental. (BITENCOURT, 2000, p. 55)

Outro grande expoente foi Raffaele Garofalo que publicou em 1885 o seu livro *Criminologia*. É tido como o primeiro a propor as ideias da Escola Positivista, quais sejam, pena como prevenção para a defesa do corpo social, o temor à periculosidade do criminoso e, por isso, a repressão criminal. "Sua preocupação fundamental não era a correção (recuperação), mas a incapacitação do delinquente (prevenção

especial, sem objetivo ressocializador), pois sempre enfatizou a necessidade de eliminação do criminoso" (BITENCOURT, 2000, p. 56).

Na verdade, Garofalo não acreditava na readaptação do criminoso. Para ele, existia o "criminoso nato" incapaz de adaptar-se à sociedade e, por isso, deveria ser morto. Pregava, dessa forma, a pena de morte. No entanto, segundo Dotti (2003), ele acreditava que o Estado deveria agir da seguinte forma: reparar o dano em decorrência de erro judiciário, bem como aplicar a substituição da pena privativa de liberdade para as infrações leves e reduzir a pena para os casos comprovadamente necessários.

> Muito não tardou, entretanto, para que se evidenciasse um primeiro erro. Com sua visão científica, a Escola Positiva pretendeu arrebatar a criminalidade do campo jurídico. Mas, expulso pela porta, o Direito Penal logo teve de voltar pela janela. É que, por mais que se queira equiparar o tratamento do delinquente aos tratamentos médicos comuns, existe entre ambos a diferença essencial de que estes últimos são voluntários, enquanto o primeiro não pode deixar de ser compulsório. Ora, desde o momento em que o Estado tem de impor à coletividade seu plano de providências preventivas e de reação contra o crime, só poderá fazer através de um conjunto de normas imperativas, a lei penal. Lei inevitavelmente complexa, porque infinitas são as hipóteses de que deve cogitar, e que precisa ser estruturada e estudada com o método jurídico: interpretação dos textos, fixação dos princípios que os regem, sistematização dos vários institutos. Daí porque, rendendo-se à evidência, ingressou a Escola na sua fase jurídica, com o próprio Ferri, com Florian, Grispigni, etc. (GONZAGA, 1974, p. 378)

Com Enrico Ferri (1856-1929) houve a consolidação definitiva da Sociologia Criminal. Sustentou a inexistência do livre arbítrio e que o

crime ocorria pelo fato de o delinquente ser membro de uma sociedade. Para ele, existe a Defesa Social através da intimidação geral. E se diferenciava dos outros porque acreditava na recuperação do criminoso.

Outra contribuição, de acordo com Dotti (p. 155, 2003), é a de que Ferri classificou os criminosos em cinco categorias, quais sejam, o nato, o louco, o habitual, o passional e o ocasional. Ainda, sustentou que o remédio mais eficaz contra o crime seria a pena, não como concebida na Idade Média e na Escola Clássica, e sim uma que reparasse o dano sofrido pelo ofendido e, também, que não haveria necessidade de o preso ficar trancado dia e noite.

Propunha colônias agrícolas para que os presos menos perigosos pudessem ser recuperados. Como dizia ele, "a maior exigência da justiça penal é assegurar uma defesa social mais eficaz contra os criminosos mais perigosos e uma defesa mais humana para os criminosos menos perigosos, que constituem o maior número" (apud DOTTI, 2003, p.156).

Bitencourt enumera as contribuições dadas pela Escola Positiva, quais sejam,

> a) a descoberta de novos fatos e a realização de experiências ampliaram o conteúdo do direito; b) o nascimento de uma nova ciência casual-explicativa: a criminologia; c) a preocupação com o delinquente e com a vítima; d) uma melhor individualização das penas (legal, judicial e executiva); e) o conceito de periculosidade; f) o desenvolvimento de institutos como a medida de segurança, a suspensão condicional da pena e o livramento condicional; g) o tratamento tutelar ou assistência do menor. (BITENCOURT, 2000, p. 57)

2.3 OUTRAS ESCOLAS

Outras correntes surgiram, porém, não tão bem organizadas e teorizadas como as duas anteriores. Na verdade, as posteriores

construções acrescentam os ensinamentos e conclusões já postas sem afrontá-las. São elas: a Escola Crítica, a Escola Moderna Alemã e o Tecnismo Jurídico-Penal.

A Escola Crítica, também chamada de *Terza Scoula* italiana, tornou-se conhecida através do artigo publicado por Manuel Carnevale *Una Terza Scuola di Diritto Penale in Italia*. Adotou o pricípio da responsabilidade moral e a distinção entre inimputável e imputável. Àquele será aplicada a medida de segurança, enquanto a este a pena.

> A terceira escola, escola crítica ou eclética, teve posição intermediária em relação às suas antecessoras. As mais importantes características dessas correntes são: a) a responsabilidade penal tem por base a imputabilidade moral, sem o livre arbítrio, que é substituído pelo determinismo psicológico: o homem está determinado pelo motivo mais forte, sendo imputável aquele que é capaz de se deixar levar pelos motivos. Aos que não possuem tal capacidade, deve ser aplicada medida de segurança. A imputabilidade funda-se na dirigibilidade do ato humano e na intimidabilidade; b) o delito é contemplado no seu aspecto real-fenômeno natural e social; c) a pena tem uma função defensiva ou preservadora da sociedade. (PRADO, 2005, p. 89)

A Escola Moderna Alemã, por sua vez, teve como representante mais importante Franz Von Liszt responsável, também, pela reforma penal alemã. Para ele, o Direito Penal deveria ter uma utilidade capaz de ser percebido por estatísticas criminais. "Sustenta a necessidade de uma pesquisa em torno das causas da criminalidade, a fim de que a pena, como medida de combate ao crime, possa ser posta em seu devido lugar" (FRAGOSO, 1980, p. 49).

> Em 1882, Von Liszt ofereceu ao mundo jurídico o seu famoso *Programa de Marburgo – A ideia do fim do Direito Penal*, verdadeiro marco na reforma do Direito Penal moderno, trazendo profundas

> mudanças de política criminal, fazendo verdadeira revolução nos conceitos do Direito Penal positivo até então vigentes. Como grande dogmático que se revelou, sistematizou o Direito Penal, dando-lhe uma complexa e completa estrutura, admitindo a fusão com outras disciplinas, como a criminologia e a política criminal. (BITENCOURT, 2000, p. 59)

> Cumpre notar que Von Liszt deu à ciência do Direito Penal uma nova e mais completa estrutura. Ela vem ser um disciplina completa, resultante da fusão de outras disciplinas jurídicas e criminológicas heterogêneas – dogmática, criminologia, política criminal: a *gesamte Strafrechtswissenschaft* (ciência total do direito penal). Para conhecê-la, faz-se necessário que a formação do penalista seja jurídica e criminalistica; a explicação casual do delito e da pena há de ser entendida como criminológica, penalógica, e de pesquisa histórica sobre o desenvolvimento da delinquência e dos sistemas penais; e, finalmente, é necessária a elaboração de uma política criminal, como sistema de princípios, em bases experimentais, para crítica e reforma da legislação penal. (PRADO, 2000, p.54)

Eis algumas características de Liszt, segundo Luiz Regis Prado (p. 54, 2000): o crime como um fenômeno humano-social e como um fato jurídico; a pena passa a ter uma função finalística, ou seja, tinha um caráter defensivo e baseava-se na personalidade do delinquente; a eliminação ou substituição das penas privativas de liberdade de curta duração; o método lógico-abstrato para o Direito Penal e o método indutivo-experimental para as ciências criminais; a estruturação da política criminal; e a pena e medida de segurança como meio de lutar contra o delito.

A noção atual de bem jurídico como "dimensão material do conceito de injusto penal" vêm, em parte, do conceito desenvolvido por ele. Liszt, de acordo com Pelarin (2002), dizia que o direito é

posterior ao interesse de ver a liberdade ou a propriedade protegida. É da necessidade de proteção de fatos humanos que nasce a norma. E, a partir do momento em que o fato passa a ser assegurado pelo direito penal, esses são elevados à categoria de bem jurídicos. A norma funciona, então, como instrumento de proteção aos bens jurídicos.

> Liszt define bem jurídico da seguinte maneira: Chamamos bens jurídicos os interesses que o direito protege. Bem jurídico é, pois, o interesse juridicamente protegido. Todos os bens jurídicos são interesses humanos, ou do indivíduo, ou da coletividade. É a vida, e não o direito, que produz o interesse, mas só a proteção jurídica converte o interesse em bem jurídico. A liberdade individual, a inviolabilidade do domicílio e o segredo epistolar eram interesses muito antes que as cartas constitucionais os garantissem contra a intervenção arbitrária do poder público. (apud PELARIM, 2002, p. 57)

E, ainda segundo Pelarin (p. 57, 2002), propôs a redução do limite de atuação da pena aplicando-a somente aos casos em que não há outra possibilidade de proteção aos bens jurídicos. Percebe-se como ele já anteviu a aplicação do princípio da subsidiariedade ao Direito Penal; lei penal como *ultima ratio* à sobrevivência da comunidade. Todavia, quanto a determinação de quais seriam os interesses vitais a serem tutelados pela norma não houve posicionamento de sua parte.

Liszt foi um dos criadores da União Internacional do Direito Penal em 1888, que mais tarde se transformaria na Associação Internacional do Direito Penal. Hoje, a maior entidade do Direito Penal internacional.

O Tecnismo Jurídico-Penal, por último, foi uma reação à Escola Positiva, que pregava a observação e verificação da realidade, tendo o criminoso no centro da Ciência Penal. Isso porque havia uma verdadeira confusão entre Direito Penal, Política Criminal e Criminologia.

Eles propunham uma renovação metodológica, pois, para eles, o Direito era uma ciência normativa e o método de estudo deveria ser técnico-jurídico ou lógico-abstrato. Aníbal Bruno diz que a "chamada

escola do tecnicismo jurídico é mais uma corrente de renovação metodológica do que propriamente uma escola, constituindo um movimento de restauração do critério propriamente jurídico na ciência do direito penal" (apud FRAGOSO, 1980, p. 51).

O Direito Penal, agora, era visto, pela primeira vez, como uma ciência autônoma, com objeto próprio, qual seja, o crime. Não havia mais o estudo do autor do crime, isto ficou reservado para a criminologia. Houve uma cisão entre Direito Penal, Criminologia e outras ciências causalísticas. Segundo Jiménz de Asúa, o Direito Penal foi entendido "como uma exposição sistemática de princípios que regulam os conceitos de delito e da pena e da consequente responsabilidade, desde um ponto de vista puramente jurídico." (apud BITENCOURT, 2000, p. 62)

Em um primeiro momento, segundo Fragoso (1980), o livre-arbítrio permanece externo a esse ramo do Direito e o positivismo jurídico (não existe direito sem lei) rejeita a possibilidade de um direito natural. Destacaram-se, dentre outros, Rocco, Manzini, Massari, Delitala, etc. Depois, o livre-arbítrio passa a ser aceito juntamente com o direito natural como elementos essenciais para um enquadramento ético do Direito Penal. Tendo, agora, nomes como Bettiol, Maggiore, Petrocelli e Battaglini.

> Sintetizam-se os caracteres principais da escola técnico-jurídica da seguinte forma: a) o delito é pura relação jurídica, de conteúdo individual e social; b) a pena constitui uma reação e uma consequência do crime (tutela jurídica), com função preventiva geral e especial, aplicável aos imputáveis; c) a medida de segurança – preventiva -, aplicável aos inimputáveis; d) a responsabilidade é moral (vontade livre); e) o método utilizado é o técnico-jurídico; f) refuta o emprego da filosofia no campo penal. (PRADO, 2000, p. 56)

3. DIREITO PENAL NA CONTEMPORANEIDADE

3.1 PERSPECTIVAS ATUAIS DO DIREITO PENAL

O Direito Penal se caracteriza por ser o ramo do direito que estuda o crime e suas consequências. É uma ciência do dever ser, normativo, com finalidade preventiva, valorativa, sancionadora, e, por último, com caráter finalista.

Tem como objetivo o estudo de leis, normas, ou seja, o dever ser, e a sanção decorrente da infração ao tipo legal. Para entender isso é preciso ter em mente duas coisas. Primeiro, o Estado deve selecionar quais são os fatos sociais dignos de proteção, chamados de bem jurídico, e os tipificar como crime e faz isso tendo em vista o bem coletivo. Ou seja, fato social versus ordenamento jurídico resulta no ilícito penal.

Ao escolher quais são os bens jurídicos, o legislador buscou mostrar a todos que, na realidade, há uma sanção a ser imposta caso um tipo seja violado. Há uma verdadeira valoração de quais são as condutas mais prejudiciais a uma comunidade e, as mais graves, recebem uma pena maior. Caracterizado o caráter preventivo, educativo e valorativo.

Conforme ensina Muñoz Conde,

> O Poder punitivo do Estado deve estar regido e limitado pelo princípio da intervenção mínima. Com isto, quero dizer que o Direito Penal somente deve intervir nos casos de ataques muito graves aos bens jurídicos mais importantes. As perturbações mais leves do ordenamento jurídico são objetos de outro ramos do direito. (apud GRECO, 2000, p.53)

Este princípio, como *ultima ratio*, presta-se, inclusive, a permitir que ocorra a descriminalização dos tipos penais. Da mesma forma que o legislador seleciona os bens jurídicos para ficar sob a guarda do Direito Penal, ele também deve ficar atento às mutações sociais, "que com a sua evolução deixa de dar importância a bens que, no passado eram da maior relevância, e fará retirar do nosso ordenamento jurídico-penal certos tipos incriminadores" (GRECO, 2000, p. 53).

Como consequência do princípio da intervenção mínima tem-se o princípio da fragmentariedade do direito penal. O Direito, de uma forma geral, ampara inúmeros bens e interesses coletivos. Por exemplo, o Direito Civil protege interesses privados, enquanto o Direito Administrativo tutela a Administração Pública. No tocante ao Direito

Penal, cabe a menor fatia no que diz respeito à proteção desses bens. Reside nisso o seu caráter fragmentário, ou seja, somente um pequeno número de bens estão sob a sua guarda, pois nem tudo lhe interessa só os mais importantes e essenciais ao convívio em sociedade. Segundo Nelson Hungria,

> Somente quando um a sanção civil se apresenta ineficaz para a reintegração da ordem jurídica é que surge a necessidade da energica sanção penal. O legislador não obedece a outra orientação. As sanções penais são o último recurso para conjurar a antinomia entre a vontade individual e a vontade normativa do Estado. Se um fato ilícito, hostil a um interesse individual ou coletivo, pode ser convenientemente reprimido com as sanções civis, não há motivo para a reação penal. (apud DOTTI, 2003, p. 67)

Quanto ao caráter subsidiário do Direito Penal, Roxin leciona:

> A proteção de bens jurídicos não se realiza só mediante o Direito Penal, senão que nessa missão cooperam todo o instrumental do ordenamento jurídico. O Direito Penal é, inclusive, a última dentre todas as medidas protetoras que devem ser consideradas, quer dizer que somente se pode intervir quando falharem outros meios de solução social do problema - como a ação civil, os regulamentos de polícia, as sanções não penais, etc. Por isso se denomina a pena como a "*ultima ratio* da política social" e se define sua missão como proteção *subsidiária* de bens jurídicos. (apud GRECO, 2000, p. 54)

Já a sanção, por sua vez, é a resposta do Estado ao cometimento da infração e pode ocorrer de várias maneiras, tais como a pena privativa de liberdade, a restritiva de direito ou a multa. A ideia é a de que, ao cometer um crime, o condenado deveria ser posto numa instituição e, assim, o Estado o recuperaria. As prisões deveriam servir a esse ideal,

além de punir o criminoso pela prática delituosa. Tirar do convívio social o delinquente e tentar ressocializá-lo para que não pratique tal conduta novamente.

Não obstante, o que temos observado nas últimas décadas é a falha desse sistema. Isso porque privar alguém de sua liberdade não é psicologicamente um modo saudável de "curar" o indivíduo e, ainda, a cadeia acaba sendo uma "nova escola" criminal para as suas vidas. O ócio propiciado pelas prisões permite e estimula isso.

De nada adiantaria ter um Direito Penal imposto pelo Legislativo à população, mas sem alguém para controlá-lo. O Estado é o único capaz de resolver conflitos penais. Mesmo quando há, unicamente, interesses privados no litígio, porque o bem protegido por ele transcende o mero interesse das partes envolvidas na querela.

> Assim, pelo respeito à dignidade humana e à liberdade individual é que o Estado fixa a manifestação do seu poder repressivo não só em pressupostos jurídico-penais matariais (*nullum crimen nulla poena sine lege*), como também assegura a aplicação da lei penal ao caso concreto, de acordo com as formalidades prescritas previamente em lei, e sempre por meios dos órgãos jurisdicionais (*nulla poena sine judice, nulla poena sine judicio*). (TOURINHO, 2001, p.6)

Em suma, o Estado, como consequência do seu poder de império, é o responsável pela tipificação normativa, *jus puniendi* num plano abstrato, e a partir do momento em que a norma é violada, o *jus puniendi* saí desse plano para o concreto, ele tem a obrigação de impor a pena individualizada ao autor da conduta proibida. O Estado, de um poder genérico, abstrato e impessoal, tem, nesse momento, uma pretensão concreta de punir determinada pessoa.

> Surge, então, um conflito de interesses, no qual o Estado tem a pretensão de punir o infrator, enquanto este, por imperativo constitucional, oferecerá resistência a essa pretensão, exercitando suas defesas técnica e pessoal. Esse conflito

> caracteriza a lide penal, que será solucionada por meio da atuação jurisdicional. Tal atuação, é a tarefa por que o Estado, substituindo as partes em litígio, através de seus órgãos jurisdicionais, põe fim ao conflito de interesses, declarando a vontade do ordenamento jurídico ao caso concreto. Assim, o Estado-Juiz, no caso da lide penal, deverá dizer se o direito de punir procede ou não, e, no primeiro caso, em que intensidade pode ser satisfeito.
> Trata-se, pois, de jurisdição necessária, já que o ordenamento jurídico não confere aos titulares dos interesses em conflito a possibilidade, outorgada pelo direito privado, de aplicar espontaneamente o direito material nas controvérsias oriundas das relações da vida. (CAPEZ, 2004, p. 2)

Assim, ajudando o Direito Penal, entra o Processo Penal. A jurisdição só atua e resolve o conflito através do processo, que é a garantia de sua legítima atuação, como meio instrumento indispensável ao seu exercício. "Sem o processo, não haveria como o Estado satisfazer sua pretensão de punir, nem como o Estado Jurisdição aplicá-la ou negá-la" (CAPEZ, 2004, p. 2).

Corroborando com essa ideia, o artigo 5, XXXIX, XXXV e LIV, da Constituição Federal contêm as seguintes regras: "não há crime sem lei anterior que o defina"; "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"; e, por último, "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

Diante de tudo exposto, conceitua-se o Direito Penal como sendo o conjunto de normas jurídicas destinadas a fixar os limites do poder punitivo do Estado, definindo quais são as infrações penais e as suas sanções correspondentes, bem como regras atinentes à sua aplicação.

> O direito penal é o ramo do ordenamento jurídico que se ocupa dos mais graves conflitos existentes, devendo ser utilizado como a última opção do legislador para fazer valer as regras legalmente impostas a toda comunidade, utilizando-se da pena como meio de sanção, bem como servindo

> igualmente para dar contorno ao direito punitivo estatal, evitando abusos e intromissões indevidas na esfera de liberdade individual. (NUCCI, 2006, p. 55)

3.2 CONTRIBUIÇÕES DAS ESCOLAS AO DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO E SUAS CRÍTICAS

Diante de tudo analisado no tópico antecedente, há suporte para observar quais as contribuições das Escolas à Ciência Penal.

O período anterior ao iluminismo foi marcado pelo Estado despótico, arbitrário e sem leis predeterminadas. Acontece que a nascente burguesia, nova detentora do poder econômico, sentiu-se prejudicada com esse quadro e, assim, nasceu a Revolução Francesa. É de inegável valia esse movimento, inclusive para os dias atuais. Todavia, o que percebemos é que o que motivou a mudança, o nascimento do Estado Moderno, não foi a necessidade do povo e sim os interesses de uma minoria dona do capital.

De qualquer forma, o Estado Liberal propiciou o nascimento do Estado de Direito. Este consiste em um acordo da sociedade com o Estado, em que as pessoas abrem mão da sua individualidade plena em benefício do bem coletivo e o governante só pode atuar caso existam leis prévias, autorizando-o. As leis penais e princípios importantes, como o da reserva legal, nascem dessa ideia.

> A ideia moderna de um Estado Democrático tem suas raízes no século XVIII, implicando a afirmação de certos valores fundamentais da pessoa humana, bem como a exigência de organização e funcionamento do Estado tendo em vista a proteção daqueles valores. A fixação desse ponto de partida é um dado de fundamental importância, pois as grandes transformações do Estado e os grandes debates sobre ele, nos dois últimos séculos, têm sido determinados pela crença naqueles postulados, podendo-se concluir que os sistemas políticos do século XIX e da primeira metade do século XX não foram mais

> do que tentativas de realizar as aspirações do século XVIII. (DALLARI, 1998, p. 145)

Com o passar do tempo e a superação do liberalismo, a sociedade evolui e o conceito de Estado de Direito não satisfaz mais. Surge, então, no artigo 1º da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, a adoção do Estado Democrático de Direito como conceito-chave do regime adotado. A democracia, como efetivação de valores como a liberdade, igualdade e dignidade da pessoa, é conceito mais amplo do que aquele adotado à época do liberalismo.

> A configiração do *Estado Democrático de Direito* não significa apenas unir formalmente os conceito de Estado Democrático e Estado de Direito. Consiste, na verdade, na criação de um conceito novo, que leva em conta os conceitos dos elementos componentes, mas os supera na medida em que incorpora um componente revolucionário de transformação de *status quo*. E aí se entremostra a extrema importância do artigo 1º da Constituição de 1988, quando afirma que a República Federativa do Brasil se constitui em *Estado Democrático de Direito*, não como mera promessa de organizar tal Estado, pois a constituição já o está proclamando e fundando. (SILVA, 2001, p. 123)

As principais características do Estado Democrático de Direito, segundo a Constituição Brasileira, são: democracia como um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária, em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito dele, diretamente ou por representantes eleitos. José Afonso da Silva complementa essa ideia dizendo ser a democracia também:

> participativa, porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo; pluralista, porque respeita a pluralidade de ideias, culturas e etnias e

> pressopõe assim o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de conveniência de formas de organização e interesses diferentes da sociedade; há de ser um processo de liberação da pessoa humana das formas de opressão que não depende apenas do reconhecimento formal de certos direitos individuais, políticos e sociais, mas especificamente da vigência de condições econômicas suscetíveis de favorecer o seu pleno exercício. (SILVA, 2001, p.123)

Luiz Regis Prado (2000), citando Bettiol, diz que a Escola Clássica considerou, também, o princípio da reserva legal, hodiernamente, aceito como base do direito penal. Vê-se:

> Os sistemas contratual e natural estão acordes na necessidade de considerar o Direito Penal não tanto em função do Estado, quanto em função do indivíduo, que deve ser garantido contra toda intervenção estatal não predisposta pela lei e, consequentemente, contra toda limitação arbitrária da liberdade, exigência que hoje dispensa maiores comentários e explicações, mas que se apresentava como uma conquista capital em relação ao Estado absoluto até então dominante. (apud PRADO, 2000, p. 48)

Além de definir a ideia de que a norma deve ser anterior à conduta delituosa para que esta possa ser punida, o conceito de crime como ente jurídico é desenvolvido por Carrara. "O crime não é um ente de fato, é um ente jurídico; não é uma ação, é uma infração. É um ente jurídico, porque sua essência deve constituir necessariamente na violação de um direito" (apud BITENCOURT, 2000, p. 49).

No entanto, esta Escola não conseguiu evoluir no conceito de pena. Para eles, a pena ainda estava imersa na concepção medieval de punição e exclusão da ressocialização. Ela funcionava como meio de tutela jurídica e de retribuição da culpa moral. "O primeiro objetivo da pena

é a restauração da ordem externa da sociedade, que foi violada pelo crime, produto de uma vontade livre e consciente". (BITENCOURT, 2000, p.50)

> A pena era conceituada como "*controspinta alla spinta criminosa*". Punia-se o erro cometido *quia peccavit*, e o castigo era sempre o mesmo, para cada crime, sem considerações relativas à individualização. Entre os ditames dessa Escola está aquele que assinala ser a pena destinada a restabelecer a ordem pública alterada pelo delito e tem o caráter de um mal, equivalente ao que o delinquente causou, limitada pela equidade, atendendo às necessidades, razão pela qual deve ser proporcionada ao crime, certa e definia, segura e justa. Pena adequada ao crime cometido e não ao seu autor. (PIMENTEL, 1973, p.13)

Os pensadores da Escola Clássica ficaram presos à ideia do libre-arbítrio, negando a possibilidade do social influenciar a prática criminosa. Atualmente, sabe-se que ambos estão presentes no crime. Não há como negar que o homem é livre para fazer suas escolhas, mas também, o meio no qual está inserido ajuda a moldar o caráter do ser humano.

> O que construíram, em poucas décadas, nunca será demasiado exaltar. Formaram o Direito Penal como verdadeira ciência jurídica, sistematicamente organizado, lógico e justo, impregnado de liberalismo. Escreveram os primeiros códigos. Assentaram os princípios da legalidade, da igualdade, da proporcionalidade entre crime e pena. Com equilíbrio, aboliram o antigo rigor, sem olvidar a segurança social. Preocuparam-se com as garantias da defesa, asseguraram a publicidade dos processos e da condenação. Encarando o Direito Penal como instrumento de tutela da ordem jurídica, a ser elaborado com método filosófico-jurídico, os clássicos ficaram perdidos em excessiva preocupação racionalista, que acabou por se tornar

> um fim em si própria. E, então, o Direito Penal foi submergindo em complexa trama de raciocínios lógicos, abstratos, distanciados da subjacente realidade humana. (GONZAGA, 1974 p. 373)

Já a Escola Positiva, corrente de pensamento que quer interpretar o mundo só com base na experiência, trouxe inúmeras contribuições ao Direito, como a Criminologia. No campo do Direito Penal, destacou-se, principalmente, quanto à aplicação da pena privativa de liberdade uma noção, mesmo que superficial, da possibilidade de ressocialização do preso.

Seus autores "querem saber porque o homem pratica delitos, cumpre pinçar o germe que se esconde na sua personalidade e, identificando-o, num segundo passo extirpar a tendência malfazeja, com remédios que também a pesquisa irá proporcionar" (GONZAGA, 1974, p. 374).

Num primeiro momento, com Lombroso, exclui a possibilidade do livre arbítrio para o cometimento do crime e introduz a noção do criminoso nato. Na contemporaneidade, sabe-se que há uma junção dos dois fatores. O social influencia muito a prática criminosa, mas ela não é o único capaz de determinar a infração. O poder de agir de forma livre e consciente quanto 'à finalidade perquirida pelo agente é fundamental para caracterizar uma conduta delituosa. As ideias Positivas e Clássicas se complementam de forma perfeita.

Depois, com Ferri, temos a possibilidade de individualizar a pena de acordo com a periculosidade do agente. Coloca-se o criminoso mais perigoso nas prisões, enquanto o menos suscetível a criminalidade prestando serviços à comunidade. Quanto à periculosidade do delinquente, hoje, os autores repudiam essa ideia. Todavia, as medidas criminais substitutivas, como a multa e as restritivas de direito, são incentivadas. Outras possibilidades, para que se evite o encarceramento, também foi discutido por essa Escola. Vê-se:

> O trabalho, conclui a nova Escola, deverá ser principalmente preventivo, através de um conjunto de medidas saneadoras do ambiente social, receitadas pela Sociologia. A seguir, ocorrido um

> crime seu autor será apreciado enquanto um ser bio-psicológico, para que se lhe possa prescrever o conveniente tratamento. Nega-se eficácia à pena tradicional. Inútil será pensar, dizem os positivistas que a simples promessa de sofrimento que ela encerra tenha eficácia dissuasória, porque é insuficiente para conter os impulsos da generalidade dos indivíduos propensos ao crime. E, quando, imposta a alguém, se revela incapaz de levar à regeneração. (GONZAGA, 1974, p. 376)

Há, inclusive, uma maior preocupação com a vítima e com o delinquente. Podemos citar, atualmente, como uma das causas de diminuição de pena o ressarcimento integral do dano à vítima. Além do mais, alguns institutos legais, de larga escala no código penal, foram criados pelo Positivismo. Tais como suspensão condicional da pena, assistência do menor, livramento condicional, medida de segurança e o tratamento tutelar. Também estabeleceu bases mais racionais para a individualização das penas, desdobrando-as em três fases: legal, judicial e executiva.

Não obstante as contribuições dadas pelos positivistas, Jiménez de Asúa faz uma crítica dizendo que "o positivismo paralisou o Direito Penal porque ao mesclar uma ciência casual-explicativa, como a Criminologia, com uma ciência cultural e normativa, que é o Direito, produziu um resultado híbrido e, por isso infecundo" (apud PRADO, 2000, p.53).

Segundo João Bernado Gonzaga (2002), verifica-se que o infrator "não costuma ser uma pessoa distinta do restante da humanidade. O que fizeram foi dar demasiada importância aos casos em que a etiologia do crime deita raízes em sérios desequilíbrios da personalidade. Perderam de vista a verdadeira alma do homem" (GONZAGA, 1974, p. 380).

> Também se repele atualmente esta consequência a que se arriscava levar o pensamento positivista: transferir o conceito de crime para a ideia de estado pessoal, em vez de fenômeno de fato. Ou seja, sancionar-se o indivíduo pelo que ele

> supostamente é, não por algo que fez. O homem só pode responder por certo comportamento seu, que viole a norma penal. Conserva-se, assim, a norma moral de falta, que o positivismo quis eliminar. (GONZAGA, 1974, p. 381)

E, por último, segundo Zaffaroni (1999), o poder do capitalismo urbano já consolidara-se à época da Escola Positiva e por isso o organicismo social havia se tornado mais radical e escondia sua natureza idealista sob um disfarce realista supostamente evidente.

> O homem era a coisa entre as coisas, e existiam os de melhor e de pior qualidade. Os de pior qualidade, os "degenerados" e biologicamante deficientes caíam na escala social, por um processo de decantação "natural", e deviam ser controlados pelos que se mantinham no poder, pois se convertiam em uma "classe social perigosa". O crime era uma manifestação de uma inferioridade, que nem sempre podia ser corrigida (em tal caso impunha-se eliminar ou segregar definitivamente o portador). O grupo de poder era quase invulnerável a tais "sanções", pois sua "superioridade genética" ou "biológica" a preservava. Somente por acidente algum de seus integrantes podia ficar vulnerado.
>
> A pena, que agora está destinada unicamente aos setores marginalizados, à mão-de-obra barata, já não tem outra medida além daquela requerida pelo "perigo" que o sujeito representa para a "sociedade" (setor hegemônico). (ZAFFARONI, 1999, p. 296)

Já a Escola Moderna Alemã, através de Von Liszt, define o conceito de bem jurídico. "O contributo também vem do estabelecimento de uma distinção frutífera entre bem jurídico e objeto de ataque, além de permitir a primeira visualização do bem jurídico como critério de fundamentação de uma teoria geral do direito penal" (apud PELARIN, 2002, p. 58).

> Liszt reduziu o limite de atuação da pena, circunscrevendo-a aos casos onde não há outra forma de proteção suficiente dos bens jurídicos. Tal redução conferiu-lhe o mérito de tentar encontrar o conceito de bem jurídico apto a colocar limites na atividade legiferante criminalizadora. No entanto, a questão da determinação de quais sejam os interesses vitais a serem tutelados pelas normas penais não foi por ele solucionada. (PELARIN, 2002, p. 60)

Esse limite desenvolvido por Liszt traduz uma ideia inicial do que vem a ser o princípio da subsidiariedade no Direito Penal. Perceba. O princípio da intervenção mínima estabelece que o Direito Penal

> só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não podem ser eficazmente protegidos de forma menos gravosa. Desse modo, a lei penal só deverá intervir quando for absolutamente necessário para a sobrevivência da comunidade, como ultima ratio. E, de preferência, só deverá fazê-lo na medida em que for capaz de ter eficácia. (PRADO, 2000 p.84)

A Escola Tecno-jurídica, por sua vez, trouxe o atual conceito do Direito Penal. Vejamos o discurso de Arturo Rocco, citado por Prado (2000), em 1910,

> Afirma-se que a ciência do Direito Penal tem por tarefa o estudo da disciplina jurídica do fato humano e social chamado delito e do fato social e político chamado pena, quer dizer, o estudo das normas jurídicas que proíbem ações humanas imputáveis, injustas e nocivas, indiretamente geradoras e reveladoras de um perigo para a

> existência de uma sociedade juridicamente organizada. (apud PRADO, 2005, p. 92)

De acordo com Bitencourt (2000), introduziu não só o conceito, mas também o status de ciência autônoma, com objeto, método e fins próprios, não podendo ser confundida com outras ciências causal-explicativas ou políticas.

CONCLUSÃO

Analisar a fundo qual a importância e contribuição de cada Escola Penal é essencial à compreensão do Direito Penal.

Perceber como e por que o Estado Moderno foi criado leva a entender melhor a razão do princípio da reserva legal. É importante ter leis prévias e bem definidas para que assim a sociedade sinta-se segura de que não haverá abusos por parte dos governantes. O iluminismo mostrou que essa realidade é possível. Graças a tal movimento revolucionário, chegou-se a idéia do Estado de Direito que mais tarde seria ampliado para o Estado Democrático de Direito.

Os pensadores das Escolas buscaram definir qual o campo de atuação do Direito Penal. E, até mesmo, estabelecê-lo como uma Ciência autônoma. Lograram com êxito nesse quesito. Os autores contemporâneos não questionam mais se há ou não Ciência do Direito Penal (isso já é um fato) e sim como ela deve atuar. Como, por exemplo, se o crime deve ser visto sob uma perspectiva finalista ou se a pena ressocializa o preso ou não. Inclusive, muitos dos antigos questionamentos ainda são estudados hoje.

Beccaria escreveu seu livro *Dos delitos e das penas* em 1876 e muitas das suas pontuações continuam sem respostas. É bem certo que o Estado, como ele preconizou, já existe, porém, as soluções que ele acreditava vir com o mesmo ainda não chegaram. Leis prévias e coercitivas existem, no entanto, continua sendo a população pobre a única suscetível às leis penais. Naquela época, só os nobres não eram punidos e, atualmente, no Brasil, quando analisa-se quais as condutas socialmente relevantes, percebe-se que há uma seleção proposital. As leis induzem os grupos mais humildes e marginalizados como os mais hábeis e suscetíveis às infrações penais. De fato, quanto a este ponto,

não há muita diferença entre o período em que foi escrito o livro e hoje.

Howard desejava humanizar as prisões, torná-las mais salubres havendo a separação entre homens e mulheres nas penitenciárias. Infelizmente, salubridade não existe nas penitenciárias, as celas estão sempre superlotadas e o poder público não investe adequadamente para melhorar esse quadro. No entanto, quanto à divisão dos presídios pelo sexo, a medida é adotada pelo Brasil.

Ferri aparece com a sua proposta de ressocialização do presidiário. Aqui, existe uma tentativa do Estado na sua efetivação. A lei prevê diversos institutos, como a remição da pena, serviços comunitários e a progressão de regime baseado no comportamento do condenado. Um verdadeiro avanço em termos de política criminal. Todavia, alguns deles, como a prestação de serviços comunitários, precisam de um maior suporte do Poder Executivo, pois, na prática, são poucos os locais que os oferecem e o seu controle é muito pequeno.

Casos, como os das penitenciárias no Paraná, provam que Ferri estava certo. Lá, existe um trabalho intenso de reintegração do condenado à sociedade e o índice de reincidência entre esses réus é de 8%. Atribuiu-se o baixo indíce de reincidência, segundo o site do governo do Paraná, graças ao trabalho intenso de ressocialização dos presos através do restabelecimento dos laços familiares, da busca da espiritualidade e da prática religiosa dentro dos presídios aliados ao fornecimento de trabalho remunerado. A intenção é fazer um trabalho de readaptação do presidiário para que ele se reintegre à sociedade.

Soluções existem, como previram tais autores, todavia, não há planejamento, por parte Estado, e muito menos cobrança da sociedade para com seus governantes no intuito de resolver os problemas da área penal.

BIBLIOGRAFIA

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martin Claret, 2006.

BETTIOL, Giuseppe. *Direito penal*. Vol. 1 São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.

BITENCOUT, Cesar Roberto. *Manual de direito penal*. Vol.1 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.
CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
COELHO, Walter. *Teoria geral do crime*. Vol. I 2ª ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.
COSTA, Daniela Carvalho Almeida da. *O fenômeno da globalização e seus reflexos nas ciências criminais*. Tese apresentada à banca examinadora da Faculdade de Direito a Universidade de São Paulo. São Paulo, 2005.
DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos da teoria geral do estado*. 20ª ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998.
DOTTI, René Ariel. *Curso de direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
GONZAGA, João Bernadino. *Ciência penal 3*: considerações sobre o pensamento da Escola Positiva. São Paulo: Bushatsky, 1974.
GRECO, Rogério. *Direito penal: lições*. 2 ª Ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2000.
FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.
GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal*. Vol 1. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
JESUS, Damásio de. *Direito penal*. Vol. 1 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. Vol. I Campinas: Bookseller, 1997.
NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.
OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 4ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
PARANÁ: AEN - Agência Nacional de Notícias, 10/12/2003. Disponivel em: http://www.agenciadenoticias.pr.gov.br/modules/news/article.php?storyid=6648
PELARIN, Evandro. *Bem jurídico-penal: um debate sobre a descriminalização*. São Paulo: IBCCRIM, 2002.
PIMENTEL, Manoel Pedro. *Estudos e pareceres de direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*. Vol I 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.
SABINO, Vicente Jr. *Cesare Becaria e o seu livro dos delitos e das penas*. São Paulo: Juriscédi Ltda, 1972.
SALLES JUNIOR, Romeu de Almeida. *Curso completo de direito penal*. 5ª ed. ver. São Paulo: Saraiva, 1996.
SANTOS, Gérson Pereira dos. *Do passado ao futuro em direito penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.
SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos do direito penal*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994.
TOURINHO, Fernando da Costa Filho. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2001.
ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, Jose Henrique. *Manual de direto penal brasileiro*. 2ª ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.