

CÁRMEINE ANTÔNIO SAVINO FILHO
DESEMBARGADOR DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO.

EVOLUÇÃO DO DIREITO PENAL — COMENTÁRIOS

SUMÁRIO

1. Introdução	3
2. O Iluminismo	4
3. Escola Clássica do Direito Penal	5
4. Escola Positiva do Direito Penal	7
5. Escola Eclética do Direito Penal	8
6. Reflexões Finais	9
Bibliografia.....	12

1. INTRODUÇÃO

O Direito Penal surge como uma conquista advinda das mãos de muitos filósofos, muitas legislações, muitas vivências, visando evitar o recrudescimento dos conflitos sociais.

“As sociedades humanas se encontram ligadas ao Direito, fazendo nascer das necessidades fundamentais e, em seguida, deixando-se disciplinar por ele, dele recebendo a estabilidade e a própria possibilidade de sobrevivência”¹.

Como o Direito Penal enquadra o homem de forma mais envolvente, devido à pena privativa da liberdade e outras suas específicas complexidades, exigiu ele, da humanidade, as melhores pesquisas filosóficas, procurando-se recolher dos estudos feitos a forma melhor de uma aplicação penal com o objetivo de melhorar o nível social das pessoas no seu convívio humano, numa dinâmica de direitos e obrigações, a possibilitar aos grupos maior tranqüilidade e mais apurada confiança no existir como pessoa dentro de uma comunidade.

O Direito Penal, com sua função de garantia, levou a uma tomada de consciência autenticamente social, que vem representar, como consequência, a fecundidade de atitudes que respeitam a lei, autenticando a liberdade humana, inserida nos direitos e obrigações.

As múltiplas categorias enfocadas pelo Direito Penal, relevantes e de efeitos comunitários, são responsáveis pela forma com que os seus filósofos portaram-se dentro de uma real convicção em descobrir caminhos coerentes que, pelo menos, levassem a uma aplicação de sanções em determinado caso concreto.

O homem fora colocado em questão e recebeu as mais significativas especulações em torno de si. Partindo-se de dados nebulosos ou mesmo conturbados, os estudiosos chegaram, num vasto tempo de estudo e crítica, a um aprofundamento da matéria, momento em que se abordou a complexidade humana dentro da dinâmica CAUSA e EFEITO, relacionando-a às situações, como desvios de conduta, na prática do crime.

As razões em torno do comportamento antiético, anti-social foram discutidas. O fato criminoso exigiu investigações, culminando em descobertas de caminhos científicos e deslumbramento de novas perspectivas no campo do Direito.

As consequências do crime motivaram pesquisas intermináveis e que vieram fortalecer até as bases das teorizações de estudos sobre os agrupamentos humanos.

Assim, a inevitável colaboração da filosofia do Direito Penal — que aflora do próprio fato humano e que envolve toda uma confabulação de temas e problemas, humanos também — passa a exigir dos interessados no Direito Penal uma interação em seu conteúdo, que vem representar estudos de raízes, mesmo porque não é possível conhecer o Direito Penal sem a devida abordagem na complexidade de sua fundamentação filosófica.

O Direito Penal é resultado de um trabalho através de muitos caminhos percorridos.

Num período de formação, o Direito estagiou-se pelos ciclos da “perda da paz”, “vingança privada”, “composição pecuniária”, “castigo corporal” e “pena pública” — fases estas desenvolvidas através dos Usos e Costumes, Legislações do Oriente, Grécia, Direito Romano, Direito Germânico, Direito Canônico, Direito Penal Comum, entre tantos outros conjuntos normativos escritos ou consuetudinários.

1 BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. Tomo 1, p. 11.

2 *Ibidem*, p. 55.

Nesse tempo de formação, iniciaram-se as primeiras manifestações do Direito, com os primeiros agrupamentos humanos, onde a necessidade da idéia de punição nasceu do próprio convívio comunitário em defesa do sentimento natural de conservação e sobrevivência contra atos injustos. Assim será a própria organização social que irá defender os bens jurídicos fundamentais, na preservação da pessoa e do organismo social.

Observa-se na história da humanidade um nítido impulso de associação, fato que exigiu na criação de normas de comportamento para punir o mal, na proteção do grupo social, despertando a consciência coletiva. Para ANÍBAL BRUNO, a “punição do homem surge como a destruição simbólica do crime.”

A fase de formação do pensamento penal é uma representação fecunda do nascedouro das estruturas do Direito Penal.

Crescem os agrupamentos humanos. Evolui o pensamento filosófico, evolui com ele o próprio pensamento penal, que passa a estabelecer-se dentro da relativa adequação com as necessidades da sociedade, na proporção de que as idéias antecedentes à formação do Direito Penal ajudam-no na composição de suas bases estruturais, posto que todo o sistema do Direito Penal assenta em bases filosóficas.

Contaminada pelas lições da Idade Média, a segunda metade do século XVII viveu um ambiente de insegurança, onde generalizavam os castigos constrangedores, torturas indiscriminadas, violências e opressões, que determinaram aos filósofos uma nova consciência em torno do Direito Penal.

2. O ILUMINISMO

LOCKE, GRÓCIO, ROUSSEAU, KANT, MONTESQUIEU, entre outros, foram próceres para uma transformação do conhecimento e dentro do universo penal.

JOHN LOCKE, com seus ensaios sobre a “Tolerância”, o “Governo” e o “Entendimento Humano”, lança um contratualismo entre os homens e entre estes e o Estado, transformando-se em fonte para as pesquisas e conseqüentes reflexões de Beccaria, em seu “Dos Delitos e Das Penas

GRÓCIO, através de suas idéias *jusnaturalistas*, revelava a existência de um direito estranho e superior às forças históricas, e que sai da própria natureza do homem. Direito este, eterno e imutável.

ROUSSEAU, com seu “contratualismo”, mostrava a liberdade de um acordo entre os homens, desvelando na coexistência humana a dinâmica dos direitos e obrigações.

KANT, com seus ensaios sobre a “razão” contribuiu para o desenvolvimento metodológico do conhecimento. Montesquieu, com suas reflexões sobre o Estado, motivou o entendimento sobre a harmonia e independência dos poderes, em seu “Espírito das Leis”.

Essas posições filosóficas procuram restaurar a dignidade humana, ao respeitar-se o direito natural, responsabilizando o homem na suas relações sociais, envolvendo os direitos e obrigações nos campos privados e públicos.

GRÓCIO e ROUSSEAU formalizavam o individualismo filosófico, que veio inspirar novos rumos e novos filósofos do direito, possibilitando surgir nesse período, dentro de um novo sistema, um universo diferente: o classicismo penal.

3. ESCOLA CLÁSSICA DO DIREITO PENAL

Surge em 1764 a obra de CÉSAR BECCARIA *Dei Delitti e Delle Pene*, inaugurando uma estrada para o pensamento penal, ao resumir as idéias antigas e dando uma nova unidade nos estudos sobre os delitos e as penas. O conteúdo da obra é essencialmente de respeito humano. É um clamor por leis mais claras, mais precisas, mais fáceis de interpretação.

BECCARIA revela sua preocupação com o bem comum e com a dinâmica dos direitos e obrigações.

O livro representa uma lição de justiça e humanidade, com o critério de que a medida da pena será proporcional ao dano causado à sociedade.

Cria-se uma consciência nova. O autor denuncia a tirania. Preocupa-se com o respeito ao direito natural, ao mesmo tempo em que evidencia a responsabilidade de todos na convivência social.

Dos Delitos e Das Penas surge como um tratado.

“É a filosofia francesa aplicada à legislação penal: contra a tradição jurídica, invoca a razão e o sentimento, faz-se porta-voz dos protestos da consciência pública contra os julgamentos secretos, o juramento imposto aos acusados, a tortura, a confiscação, as penas infamantes, a desigualdade ante o castigo, atrocidade dos suplícios; estabelece limites entre a justiça divina e a justiça humana, entre os pecados e os delitos; condena o direito de vingança e toma por base do direito de punir a utilidade social; declara a pena de morte inútil e reclama a proporcionalidade das penas aos delitos, assim como a separação do Poder Judiciário e do Poder Legislativo. Nenhum livro fora tão oportuno e o seu sucesso foi verdadeiramente extraordinário, sobretudo entre os filósofos franceses”.³

Em **Dos Delitos e Das Penas**, acentua BECCARIA:

“Para que uma pena seja justa, deve ter apenas o grau de rigor bastante para desviar os homens do crime”.

“É pois da maior importância punir prontamente um crime cometido, se se quiser que, no espírito grosseiro do vulgo, a pintura sedutora das vantagens de uma ação criminosa desperte imediatamente a idéia de um castigo inevitável. Uma pena por demais retardada torna menos estreita a união dessas duas idéias: crime e castigo.

Não é o rigor do suplício que previne os crimes com mais segurança, mas a certeza do castigo, o zelo vigilante do magistrado a essa verdade inflexível que só é uma virtude no juiz quando as leis são brandas. A perspectiva de um castigo moderado, mas inevitável, causará sempre uma impressão mais forte do que o vago temor de um suplício terrível, em relação ao qual se apresenta alguma esperança de impunidade.

O interesse de todos não é somente que se cometam poucos crimes, mas ainda que os delitos mais funestos à sociedade sejam os mais raros. Os meios que a legislação emprega para impedir os crimes devem, pois, ser mais fortes à medida que o delito é mais contrário ao bem público e pode tornar-se mais comum. Deve, pois, haver uma proporção entre os delitos e as penas.

Quereis prevenir os crimes? Fazei leis simples e claras; esteja a nação inteira pronta a armar-se para defendê-las, sem que a minoria de que falamos se preocupe constantemente em destruí-las⁴”.

³ DE MORAIS, Evaristo e OLIVEIRA, Paulo de. **Prefácio e tradução de Dos Delitos e Das Penas** (C. Beccaria). p. 6.

⁴ BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos Delitos e Das Penas**. p. 29. 95, 111. 113. 123 e 194.

Diz ANÍBAL BRUNO, em nossos tempos:

“O fato que se apresenta como contrário à norma de direito, porque ofende ou põe em risco o objeto da sua proteção, forma o ilícito jurídico, cuja espécie mais grave é o ilícito penal, que viola as mais fundamentais entre as leis da convivência. E este ilícito que se concretiza nos chamados fatos puníveis — crimes e contravenções.

Compreende-se, então, que o Estado se arme contra esses fatos com a mais severa das sanções, que é a pena, e procure por meio dessa e de outras medidas combatê-los, prevenindo-os ou reprimindo-os, por necessidade de defesa social. Defesa que se resolve, em suma, na proteção de bens jurídicos essenciais, de condições que a vida coletiva reclama que sejam respeitadas e por isso recebem a tutela do direito”.⁵

A Escola Clássica do Direito Penal apresentou respostas à quatro perguntas.

- a) Em que se funda a responsabilidade penal do criminoso?
- b) Que é crime, qual o seu conceito?
- c) O criminoso é um homem normal, igual ao comum dos indivíduos, ou um tipo anômalo, uma variedade distinta do gênero humano?
- d) Qual o conceito e quais os efeitos da pena?

Vejamos as respostas:

- (a) A responsabilidade penal do criminoso baseia-se no livre-arbítrio

O homem possui liberdade para escolher seu caminho. Ele tem responsabilidade moral. Se comete um delito, fica responsável pelo mesmo, uma vez que, tendo liberdade de escolha, poderia, ao contrário, não tê-lo cometido. O crime passa a ser uma escolha livre da pessoa, independente de outros motivos.

O crime é uma opção livre. Assim, terá o agente de responder pelos danos causados, uma vez que, inclusive, moralmente, é responsável pela violação praticada.

- (b) Para os clássicos, o crime é estudado apenas em sua parte externa. Ação oposta ao bem público. O mal oposto ao bem.

O crime surge como uma violação da lei penal. É crime o que a lei preceitua como tal. Se alguém infringir a lei penal, comete um crime. Mesmo sendo esta lei feita pelo legislador, que é humano e falível. A lei será sempre acatada, quando vigente.

- (c) O criminoso é um homem normal. Capaz de entender seu ato. Agente de uma vontade ditada pela sua liberdade de escolha, pelo seu livre-arbítrio. A Escola Clássica não analisa os fatos múltiplos que poderiam influir na ação criminosa. Preocupa-se apenas com o fato e o resultado.

O interesse fundamental circulava em torno do crime e para a aplicação da pena, observa-se o crime e não o criminoso. Quanto mais grave o crime, maior será a pena. Haverá a proporcionalidade das penas.

Segundo BECCARIA, o que realmente importa é ver o fato ilícito e o dano.

- (d) A pena surge como um justo castigo. O mal que se padece pelo mal que se fez, com vontade livre e inteligência normal.

A pena não surge em nome de uma condenação social ou uma resposta da sociedade, mas para a satisfação da própria justiça. A pena é um remédio contra o crime. Surge com dois poderes: retributivo e preventivo. Retributivo, porque a pena é uma resposta da justiça a uma violação legal. Preventivo, porque a pena inibe, intimida o homem.

5 BRUNO, Aníbal. Op. cit., p. 11.

“A Escola Clássica sustenta a igualdade fundamental de todos os indivíduos honestos ou criminosos, afirmando que, exceto nos casos evidentes de, loucura, embriaguez, surdo-mudez, hipnotismo etc., os que cometem delitos de qualquer espécie são como todos os outros homens dotados de inteligência e de sentimentos normais”⁶. O criminoso é um ser normalmente constituído e psicologicamente são, provido de idéias e sentimentos iguais ao de todos os outros homens”.⁶

4. ESCOLA POSITIVA DO DIREITO PENAL

No século XIX surge a Escola Positiva, conhecida também pelo nome de Escola Antropológica, Naturalista ou Realista.

O princípio fundamental desse período é a negação do livre-arbítrio, que não passava, segundo seus autores, de uma ilusão subjetiva.

A Escola Positiva do Direito Penal é adepta do determinismo psicológico ou volicional. O homem, no positivismo, não é livre e soberano em sua decisão. Existem forças e motivos vários que atuam sobre ele. Sua vontade é resultado de forças atuantes internas e externas.

CÉSAR LOMBROSO (1836-1909), publicando seu livro *L’Uomo Delinquente*, nos anos de 1871 e 1876, vem abrir novos horizontes aos estudos sobre o criminoso e pena, quando se preocupou com o homem delinqüente. Observava-se o homem, antes de se observar o crime. Primeiro o doente, depois a doença.

LOMBROSO surge como o grande representante da Escola Positiva, inspirado, de certo modo, nos princípios da frenologia (psicofisiologia de GALL) e fisionomia (DE LAVATER).

Segundo FERRI: “A obra de LOMBROSO nasceu com dois pecados de origem: primeiro por ter dado, valor primordial aos dados craniológicos e antropométricos. Depois, por haver amalgamado, nas duas primeiras edições, todos os delinqüentes em um só tipo, distinguindo apenas (na 2ª. edição), pela descrição dos caracteres que os diferenciavam em criminosos por paixão e os loucos dos verdadeiros delinqüentes. Pecados de origem que pouco a pouco vieram sendo corrigidos e eliminados nas sucessivas edições, máxime o primeiro, mas que não ofuscam de nenhum modo os dois fatos luminosos de que após “*L’Uomo Delinquente*”, na Itália e no estrangeiro, publicou-se, em pouquíssimos anos, uma copiosa biblioteca de antropologia criminal, constituindo em uma nova escola, com unidade de método, nos pontos de partida, nos pontos de chegada, e com uma fecundidade científica”⁷.

HENRIQUE FERRI (1856-1929) surge como uma figura brilhante da Antropologia Criminal. Foi ele o organizador, o sistematizador e o divulgador das idéias da Escola Positiva.

FERRI está estreitamente ligado à criação da Sociologia Criminal, pelos seus valiosos estudos a respeito. Completou o antropologismo inicial de LOMBROSO, mostrando as três ordens de fatores do crime: antropológicos, físicos e sociais.

A Escola Positiva, dentro das forças condicionantes do fenômeno do crime, classificou os criminosos em cinco categorias: natos, loucos, habituais, de ocasião, por paixão.

Combateu o livre-arbítrio e destacou a responsabilidade social. O homem é sempre responsável pela ação antijurídica porque vive em sociedade.

6 DE ARAGÃO, Muniz Sodré. *As Três Escolas Penais*. p. 138.

7 FERRI, Henrique. *Sociologia criminal*. p. 70.

A Escola Positiva, sobre a responsabilidade criminal, crime, criminoso e pena, apresentou respostas que divergiam da Escola Clássica.

Vejamos.

(a) A responsabilidade penal do criminoso baseia-se na responsabilidade social. Não há para os positivistas o livre-arbítrio. Não há responsabilidade social. E a responsabilidade penal tem por base esta responsabilidade social. Há que exigir uma harmonia social.

(b) Na Escola Positiva, o crime é resultado de uma ação combinada de fatores vários, como: biológicos, físicos, psíquicos, sociais. O crime tem origem em um universo complexo, com inseparável concurso de motivações internas e externas no indivíduo. O crime revela o homem incapaz de uma vida social.

(c) O criminoso pertence a uma classe especial do gênero humano. Um ser que possui difícil adaptação social, pelo concurso de suas anormalidades. A preocupação dos positivistas está no homem, no criminoso. O crime surge em segundo plano. Primeiro o doente, depois a doença. O criminoso representa a degeneração da própria espécie humana.

(d) Em relação à pena, a Escola Positiva defendeu a proporcionalidade da pena em relação à perigosidade criminal ou social. Um remédio contra o crime, na defesa social. Não poderia ser visto como castigo, por não existir o livre-arbítrio. A punição decorre da própria existência da convivência social. Os criminosos são socialmente e não moralmente responsáveis, pelo fato de viverem em sociedade, obrigando-se a respeitar o pacto social. A sociedade é que reage contra o crime, defendendo sua conservação. A pena vem a ser o meio jurídico empregado pela sociedade na luta contra o crime. A inexistência do livre arbítrio, não tira a legitimidade da ação defensiva (legítima defesa social).

A reprovação social baseia-se no direito de legítima defesa que tem todo ente organizado. É a própria ação depuradora. A pena surge não como prevenção ou ilusão de cura moral. Mas é uma profilaxia necessária, que afasta da sociedade aquele que não possui condições de assimilação social.

5. ESCOLA ECLÉTICA DO DIREITO PENAL

Já no século XX, surge a Escola Eclética Crítica, numa postura conciliadora de aproveitar o que de melhor existiu no classicismo e no positivismo. Surgem autores da envergadura de GABRIEL TARDE, VON LISZT, ALIMENA, INGENIEROS, que procuraram somar as experiências mais fecundas até então vivenciadas e teorizadas pelos filósofos das escolas anteriores.

(a) Sobre a responsabilidade dizem:

Há responsabilidade moral. Mas não há o livre-arbítrio. A responsabilidade criminal tem por base a responsabilidade moral.

(b) Sobre o crime, explicam:

O crime se apresenta como fenômeno individual e social. Segundo VON LISZT: “Crime é o injusto contra o qual o Estado comina pena”. Crime é a ação culposa, ilegal e punível. A criminalidade é um fenômeno de anormalidade social, com influência também de fatores biológicos, mesológicos.

(c) O criminoso é aquele que tem predisposições orgânicas.

(d) A pena tem por fim a defesa social, não perdendo seu caráter aflitivo.

A pena retributiva dos clássicos (*Vergeltungstrafe*) é substituída pela pena fim (*Zweckstrafe*). Em volta desse conceito retributivo ou finalista da pena foi que se travou o mais renhido episódio da luta das escolas da Alemanha.

A pena é uma defesa social. A sociedade não tem o direito de punir, mas somente o de defender-se nos limites do justo. A pena está em relação à responsabilidade moral do criminoso.

O nosso Código Penal de 1940, “coincidindo com a quase totalidade das codificações modernas, não reza em cartilhas ortodoxas, nem assume compromissos irretratáveis ou incondicionais com qualquer das escolas ou das correntes doutrinárias que se disputam o acerto da solução dos problemas penais. Ao invés de adotar uma política extremada em matéria penal, inclina-se para uma política de transação ou de conciliação. Nele, os postulados clássicos fazem causa comum com os princípios da Escola Positiva.

Assim, a responsabilidade penal continua a ter por fundamento a responsabilidade moral, da Escola Clássica, que pressupõe no autor do crime, contemporaneamente à ação ou omissão, a capacidade de entendimento e a liberdade de vontade, embora nem sempre a responsabilidade penal fique adstrita à condição de plenitude do estado de imputabilidade psíquica e até mesmo prescindida de sua coexistência com a ação ou omissão, desde que esta possa ser considerada *libera in causa* ou *ad libertatem relata*⁸.”

Para o crime e criminoso são apresentadas as reflexões da Escola Positiva.

A pena contém os entendimentos tanto da Escola Clássica, como da Positiva, surgindo com a finalidade retributiva (crime-castigo) e defesa social.

Em síntese, autores resumem, a partir do século XX, as melhores idéias das reflexões passadas, sobretudo, das Escolas Clássica e Antropológica.

Nosso Código aproveita as experiências e críticas em tomo do Pensamento Penal. Adota ele a teoria causal (nexo entre causa e efeito), defendida por ANÍBAL BRUNO, seguidor das proposições do sistema Liszt-Beling. Partidário da teoria causal da ação, mas levando ao Direito Penal, as contribuições pessoais de seu talento invulgar.

O atual Código (1985) tem como base o Código de 1940, com modificações, sobretudo em sua parte geral.

6. REFLEXÕES FINAIS

Há que se destacar ainda a atuação de MARC ANCEL (França), FILIPPO GRAMATICA (Itália) e MERGEN (Alemanha), na formação de uma nova tendência penal, denominada Escola da Nova Defesa Social, vigoroso movimento de idéias no campo da justiça criminal. O livro do francês MARC ANCEL, **A Nova Defesa Social**, representou autêntico manifesto da Nova Defesa Social, de que o autor foi um dos iniciadores. “O movimento de defesa social moderno surgiu na Itália nos anos que se seguiram à 2ª. Grande Guerra, quando FILIPPO GRAMATICA fundou, em Gênova, um Centro de Estudos de Defesa Social. Ao mestre italiano, recentemente falecido, se deve o surgimento do que hoje se poderia chamar de verdadeira escola”.

Preocupa-se a Escola da Nova Defesa Social com a transformação dos sistemas penais da atualidade em sistemas de educação e tratamento, em relação com a personalidade individual dos delinquentes.

8 PENAL. Código. Exposição de Motivos. p. 27.

Fundou-se em 1949 a Sociedade Internacional de Defesa Social, baseando-se num “programa mínimo”⁹, de conteúdo programático e humanista, no qual se afirmava que a luta contra a criminalidade deve ser reconhecida como uma das tarefas mais importantes da sociedade e que essa luta exige meios adequados. “Os meios de ação a serem empregados devem ter por finalidade não apenas proteger a sociedade contra os criminosos, mas também proteger os membros da sociedade contra o risco de tornarem-se criminosos. No ‘programa mínimo’ afirma-se também que o verdadeiro escopo do direito criminal não é mais do que a proteção da sociedade e de seus membros contra a criminalidade”.¹⁰

A doutrina da defesa social formulada por FILIPPO GRAMATICA pretendia excluir toda idéia de pena, bem como de delinqüente e de infração, abandonando por completo o princípio da retribuição.

MARC ANCEL concebe a justiça criminal como ação social de proteção e prevenção, caracterizando-se pelo antidogmatismo. “Reduz a técnica jurídica ao papel modesto de instrumento a serviço de uma política legislativa racional. Proclama a necessidade de ultrapassar a abordagem puramente jurídico-formal dos problemas, considerando o direito penal parte da política social do Estado”.¹¹

A **Nova Defesa Social** influenciou o Projeto Alternativo do Código Penal de 1965, da Alemanha. MARC ANCEL, em seu livro **A Nova Defesa Social**, diz que a noção de defesa social surgiu com o positivismo, ou seja, após a revolta positivista. A **Nova Defesa Social** deve muito ao positivismo, não se confunde, contudo, com essa doutrina.

MARC ANCEL evidencia as características fundamentais da Nova Defesa Social, mostrando em que consiste a ação social positiva:

“Esse duplo objetivo basta para nos impor um método, o qual consiste em delinear inicialmente as posições de base do sistema, na medida em que se trata não mais de reagir contra tal ou qual concepção anterior ou exterior, mas de afirmar as atitudes fundamentais do movimento. Só após havê-las formulado, será possível explicar o que constitui e a que conduz a aplicação do sistema.

As posições de base da **Nova Defesa Social** se ordenam em três proposições essenciais que derivam de exame crítico do sistema em vigor e que a esse respeito comportam uma necessária revisão de valores. Parece assim que o movimento da política criminal moderna supõe antes de tudo uma reação contra os excessos do “Juridismo” e, por conseguinte, o que nós denominaremos uma certa “desjuridização”. A **Nova Defesa Social**, em segundo lugar, nos parece caracterizar-se ativamente por uma nova atitude em relação ao delinqüente. Enfim, essas duas posições de base conduzem a formar o quadro e a precisar o espírito dessa ação social de reação contra o fenômeno do crime que a defesa social pretende empreender em associação estreita com as ciências criminológicas”.¹²

A Nova Escola Social revela sua posição de reação contra os excessos de juridismo neoclássico.

Sua significação moderna é precisamente a adição de uma atitude nova em relação ao fato criminoso e ao delinqüente. Este não mais será submetido à justiça penal unicamente com fins exploratórios, de vingança ou de retribuição. A defesa social constitui um movimento de caráter especificamente não repressivo.

A consideração à personalidade do delinqüente constitui o primeiro traço da Escola da Nova Defesa Social.

9 FRAGOSO, Heleno Cláudio. Prefácio do Livro **Nova Defesa Social** de MARC ANCEL. p. 7.

10 Ibidem, p 9

11 Ibidem, p 9

12 MARC. **A Nova Defesa Social**. p. 270.

O que podemos ver na Nova Defesa Social de MARC ANCEL é exatamente uma aproximação do Direito Penal com o Direito do Menor. Nessa escola, a pena supera sua função meramente repressiva, passando a adotar medidas de tratamento para a execução de uma pedagogia corretiva na educação ou reeducação do homem delinqüente. O que se procura é ampliar para as pessoas imputáveis medidas de tratamento, no sentido de possibilitar a reinserção social dos delinqüentes.

Atualmente, o finalismo vem sendo outra proposta aos novos caminhos do Direito Penal.

Esse sistema, como doutrina filosófica, contém duas teses:

“(a) o mundo se organiza com vista a um fim; e (b) a explicação de todo acontecimento (fenômeno) do mundo consiste em aduzir o fim, ao que ele se dirigir”.¹³

Isso quer dizer que tudo se organiza com uma finalidade (organização ontológica do mundo) e todo fenômeno (acontecimento) tem causa de um fim, ou seja, a finalidade de criar-se um fenômeno.

Com a obra de HANS WELZEL, “o sistema finalista solidifica-se, assumindo-se seus caminhos definitivos”.¹⁴

O finalismo trouxe ao Direito Penal profundas contribuições. Estas deverão ser sentidas, mais objetivamente em nossas legislações, a partir das modificações que se desejam fazer no Código Penal Brasileiro, quando autores finalistas de nosso país vêm participando dos projetos de modificações de nosso Código.

O conceito de delito para os finalistas surge diferenciado quanto à teoria da ação. A ação constitui o elemento fundamental da teoria do delito. Ela não é simples impulso, mas um “exercício da atividade finalista”¹⁵, ou seja, dirigida a um fim.

O fim é entendido, simplesmente, como qualquer objetivo. “Essa atividade consciente faz com que a conduta se caracterize como conduta dirigida e orientada ao objetivo”⁶.

O resultado da ação pertence ao tipo legal.

O tipo finalista é representado como ação tipificada.

No sistema de WELZEL, o injusto é o que a pessoa persegue, o desvalor pessoal da ação. No injusto vamos encontrar a antijuricidade e a tipicidade, uma vez que apenas será injusta a ação que contraria um tipo legal e, em conseqüência, comete o autor uma antijuridicidade.

“A culpabilidade, para os finalistas, é compreendida com um puro juízo de reprovação sobre o autor, por não haver este se omitido da ação antijurídica, ainda quando podia fazê-lo.

O que se reprova é a configuração da vontade, manifestada no fato antijurídico.”¹⁷

Para WELZEL a culpabilidade é a reprovabilidade da ação, caso seja seu autor imputável (que o autor seja capaz de motivar-se de acordo com a norma) e tenha ele a consciência do injusto (esteja o autor em condições concretas ou em situações de motivar-se de acordo com a norma).

13 TAVARES, Juarez. **Teorias do Delito (Variações e Tendências)**. p. 59.

14 WELZEL, Hans. **Derecho Penal. Parte General**. p. 203.

15 TAVARES, Juarez. Op. cit., p. 58.

16 *Ibidem*, p. 59.

17 TAVARES. Juarez. Op. cit., p. 73-74.

A imputabilidade e a consciência do injusto são fundamentais para a reprovabilidade e, conseqüentemente, para a concretização da culpabilidade.

Segundo WELZEL, *Mientras que e delito en e derecho penal es ei abuso de la libertad, más precisamente, la falta de uso de la libertad, que les es reprochable el autor a título de culpabilidad y que se retribuye mediante la pena.*

La culpabilidad no significa decisión “libre” en favor ei mal, sino dependencia de la coacción causal de los impulsos, por parte de un sujeto que es capaz de autodeterminación conforme o sentido.¹⁸ JUAREZ TAVARES interpreta HANS WELZEL, afirmando que “a liberdade não é um estado, mas um ato; o ato de liberação da coação causal dos impulsos para a autodeterminação, conforme o sentido ou finalidade. A culpabilidade assenta-se na falta de autodeterminação, conforme o sentido, em um sujeito que era capaz disso. O importante não é, pois, a decisão em favor do mal, mas a omissão com relação à condução por impulsos contrários ao valor”.

Quando se afirma que a culpabilidade incide sobre a formação da vontade, quer se dizer que se reprova o agente por não haver reprimido os impulsos adversos e se orientado conforme o sentido.

Ainda.

“A vontade da ação constrói o tipo, a formação da vontade da culpabilidade é manifestada no fato antijurídico”.¹⁹

Após WELZEL, surgem diversas variantes, como, por exemplo, o normativo de ROXIN e BOCCKEIMANN e a tendência social de WESSELS, JASCHECK e MAYER, todos trazendo novas e fecundas contribuições para uma reflexão filosófica em torno do Direito Penal.

BIBLIOGRAFIA

- BECCARIA, Cesare Bonesana. **Dos Delitos e Das Penas**. Edições de Ouro.
 BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. Tomo 1. Companhia Editora Forense.
 DE ARAGAO, Muniz Sodré. **As Três Escolas Penais**. Biblioteca Jurídica Freitas Bastos.
 DE MORAIS, Evaristo e OLIVEIRA, Paulo de. Prefácio e tradução de “**Dos Delitos e Das Penas** (C. Beccaria,). Edições de Ouro.
 FERRI, Henrique. **Sociologia Criminal**. Turim: 1900.
 FRAGOSO, Heleno Ciáudio. Prefácio do livro **A Nova Defesa Social** de MARC ANCEL. Cia. Editora Forense.
 MARC, Ancel. **A Nova Defesa Social**. Companhia Editora Forense. PENAL, Código. Exposição de Motivos.
 TAVARES, Juarez. **Teorias do Delito** (Variações e Tendências). Editora Revista dos Tribunais Ltda.
 WELZEL, Hans. **Derecho Penal** Alemn. Parte Geral. Editorial Jurídica de Chile, 1970.

¹⁸ WELZEL. Hans. Op. cit., p. 210.

¹⁹ TAVARES. Juarez. Op. cit. p. 76-77.