

DIREITO PENAL E CRIMINOLOGIA

HELENO CLÁUDIO FRAGOSO

SUMÁRIO : 1 — Ciência natural e ciência normativa; 2 — Criminologia e Sociologia Criminal; 3 — Direito Penal e Ciência do Direito Penal; 4 — A questão de método; 5 — Crítica ao Positivismo; 6 — Tecnicismo jurídico; 7 — Método técnico-jurídico; 8 — Operações do método técnico-jurídico; 9 — Crítica, tendência «realista»; 10 — Criminologia, conceito, objeto e método.

1. Não pode mais sofrer contestação séria a existência de dois pontos de vista de consideração, entre si diferentes, no estudo dos assuntos científicos: o explicativo e o normativo. Como ensina WUNDT (1), o primeiro considera as coisas em relação com seu aspecto real, buscando delas uma mais próxima inteligência, pelo enlace com a mais intimamente semelhante, ou com aquilo que apresenta semelhantes caracteres exteriores. O segundo trata os objetos em consideração a determinadas regras, aplicando-as como exigências. Ali, todos os fatos têm em si igual valor; aqui são intencionalmente submetidos a uma valoração, na qual, ou se abstrai do que contradiz às regras expostas, ou se o considera expressamente como uma anormalidade.

Trata-se de consequência fundamental da chamada Filosofia dos Valores, conquista da Escola de Baden, de que são expoentes WINDELBAND, RICKERT e LASKI, e modernamente RADBRUCH (2). A Filosofia dos Valores parte sempre da rigorosa distinção, que é absolutamente indispensável fazer entre «realidade» e «valor», entre «ser» e «deve ser», entre natureza e cultura. É nisto que reside o chamado dualismo do seu método, em oposição ao monismo metodológico dos que negam os problemas do valor como algo de específico, ou dos que crêem poder tratá-los e resolvê-los, como se tratam e se resolvem os problemas da realidade (3).

A «realidade», no sentido acentuado nesta antítese, compreende a totalidade de quanto é acessível à experiência (interna ou

(1) W. WUNDT, "Ética", Madrid, 1917, I, pág. 11.

(2) Cf. WINDELBAND, "Normas y leyes naturales", in "Preludios Filosóficos", Buenos Aires, pág. 257; ALFRED STERN, "La Philosophie des Valeurs", Paris, 1936.

(3) RADBRUCH, "Filosofia do Direito", Coimbra, 1947, I, pág. 10, introdução de Cabral de Moncada.

externa), de quanto é conhecido em conexão de causalidade, enquanto que as valorações (*Wertungen*), escapam à percepção e devem ser buscadas no reino das significações ideais e se originam no nexó teleológico. O *porque* domina as ciências das realidades; o *para que*, as ciências do valor (4).

São, assim, as ciências divididas em naturais e normativas, segundo abstraíam-se de tóda consideração valorativa das coisas, necessariamente cultural, tendo em vista consideração explicativa, ou tenham por base normas e conceitos de valor.

A primeira classe pertencem as ciências naturais em sua totalidade, e ainda a Psicologia e a História. Entre as disciplinas normativas, estão a Ética, a Lógica, a Gramática, a Estética e a ciência do Direito.

Esta classificação das ciências é absolutamente fundamental, a nosso ver, para que se possa considerar o Direito como ciência. Considerado com os critérios das ciências naturais, que se caracterizam pela explicação casual, a indução, e o estabelecimento de leis de caráter geral e inelutável, o direito perde, evidentemente, os seus foros de ciência para transformar-se em mera técnica ou arte. Assim se explicam e justificam as clássicas críticas ao caráter científico do direito, de que é exemplo o célebre discurso de KIRCHMANN, «Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft».

Não é possível sustentar o caráter científico do direito, considerando-o ciência idêntica às ciências naturais, como procura fazer CARNELUTTI em sua «Metodologia do Direito», obra que, não obstante o reconhecido talento de seu autor, resulta confusa, pobre e inconveniente. Para o insigne professor da Universidade de Roma, as leis jurídicas são meras imitações artificiais de leis naturais, que constituem o seu fundamento, tão naturais «como as leis que regulam o movimento dos astros e a queda dos corpos» (5).

As ciências naturais têm como princípio fundamental o emprêgo do método indutivo, isto é, partem necessariamente da observação e da verificação dos fatos para o estabelecimento de leis. E essa observação dos fatos é feita sem qualquer sentido de valor visando à explicação causal. As leis estabelecidas pelas ciências naturais não podem ser violadas sob pena de perderem a sua validade.

(4) MAX ERNST MAYER, "Filosofia del derecho", Labor, pág. 17.

(5) FRANCESCO CARNELUTTI, "El problema de la pena", Buenos Aires, 1947, pág. 18. Esta posição remonta a MONTESQUIEU, que, em sua clássica obra, procurou demonstrar, utilizando um método de investigação histórica e de observação comparada, que as constituições jurídicas não se devem ao arbitrio dos legisladores, mas decorrem de certos "rapports necessaires qui deivent de la nature des choses" — (L'esprit des lois, liv. 1 Cap. 1).

O direito só pode ser concebido como ciência, se se tem em vista os caracteres especiais das chamadas ciências culturais. É uma ciência do *dever ser*, uma ciência normativa, cujas leis expressam valores e cuja violação enseja justamente a comprovação de sua efetividade, através da sanção. Suas leis, ao contrário das leis naturais, não expressam relações causais, mas teleológicas, isto é, de meio a fim.

2. Não pode ser aceita a concepção de FERRI (6), segundo a qual a Criminologia integraria, juntamente com o Direito Penal, uma ciência geral da criminalidade, que seria a Sociologia Criminal. Aquêlo grande mestre da Escola Positiva, que, no dizer insuspeito de GRISPIGNI, não teve, nesse passo, qualquer discípulo, é, entre nós, seguido por ROBERTO LYRA (7). Seria a Sociologia Criminal dividida em dois ramos, bio-sociológico e jurídico. Ao primeiro, seriam atribuídas a Antropologia Criminal, a Criminologia e a Estatística Criminal; ao segundo, o direito e o processo penal e o direito penitenciário.

Situa também GARRAUD (8) o direito penal como parte de uma ciência penal: «Dans la terminologie que j'emploie, le droit penal n'est qu'une des branches de la "science penale", qu'envisage le crime et la peine sous tous ses aspects, scientifique, politique, juridique». Afirma, porém, que as várias ciências penais se colocam em pontos de vista distintos e adotam diferentes métodos.

Seriam assim a Criminologia e o Direito Penal simples capítulos da Sociologia Criminal. Esse conceito comteano da Sociologia Criminal, é, porém, manifestamente errôneo, como, sem discrepância, indica a doutrina. Tanto FERRI como ROBERTO LYRA, não apresentam definição e conceito da Criminologia, afirmando que assim se pode chamar à Sociologia Criminal, «exclusivamente para fins práticos» (9), demonstrando a identidade de conceito e objeto de uma e outra.

Criminologia e Sociologia Criminal são duas designações de uma única ciência fenomenológica, que estuda as causas e condições sociológicas do delito. A definição de GRISPIGNI (10) (Scienza che studia la società dal punto di vista dei fenomeni criminosi che in essa si verificano) nenhuma alteração fundamental traz ao objeto e ao conceito da criminologia. Esta difere da Antropologia Criminal, que entretanto a complementa no estudo do crime, pesquisando

(6) FERRI, "Principios de Derecho Criminal", Reus, 1933, pág. 93.

(7) ROBERTO LYRA, "Introdução do Estudo do Direito Criminal", Rio, 1946, pág. 7.

(8) GARRAUD, "Droit pénal français", Paris, 1928, pág. 6 — nota.

(9) Ob. cit. (nota 7), pág. 14.

(10) GRISPIGNI, "Diritto Penale Italiano", Milano, 1950, pág. 19.

e esclarecendo os fatores individuais, isto é, as características orgânicas e biológicas do delinqüente.

3. O Direito Penal, na clara definição de ANTOLISEI (11), é aquêlê grupo de normas jurídicas com as quais o Estado proíbe, mediante a ameaça de pena, determinados comportamentos humanos (ações ou omissões). É, em outros têrmos, aquêlê conjunto de preceitos, cuja inobservância tem por consequência jurídica a inflição de uma pena ao autor do ilícito.

A ciência do Direito Penal, também chamada Dogmática Jurídico-Penal, é disciplina que estuda o conteúdo daquelas disposições que, na ordem jurídica positiva, constituem o direito penal. Não parece correta a opinião dos que entendem que exclusivamente o direito positivo vigente é objeto dessa ciência, como, *exempli gratia*, GRISPIGNI (12): «Solo l'ordinamento giuridico-positivo, e cioè quello effettivamente esistente nella vita sociale como volontà statale, è oggetto della dogmatica giuridica». O direito positivo vigente é apenas, como diz PETROCELLI (13), o ponto de partida, o dado concreto, o fenômeno sôbre o qual a ciência do direito penal prevalentemente opera, ou seja, a realidade jurídica que se apresenta imediata e imperiosamente à atenção do estudioso. Realidade jurídica que é multipla e varia no tempo e no espaço, enquanto que neste, como em todos os outros campos do saber humano, a ciência é uma. Objeto da dogmática jurídica é, assim, o complexo dos conceitos, dos princípios, dos institutos, que, no seu processo de abstração, ela elabora com os dados fornecidos pelo direito positivo.

A conceituação do direito como ciência, isto é, a dogmática jurídica, é recente. Remonta a SAVIGNI, e sobretudo a IHERING (14), que considerou a interpretação como jurisprudência inferior e a construção dogmática como jurisprudência superior. Na opinião de MAGGIORE (15), êsses autores nada mais fizeram que «interpretare lo spirito del diritto romano, mettendo a nudo l'enorme ricchezza di principii teorici latente negli insegnamenti dei giuriconsulti». (16)

(11) ANTOLISEI, "Manuale di Diritto Penale", Milano, 1947, pág. 1.

(12) Ob. cit. (nota 10), pág. 7.

(13) PETROCELLI, "Principii di Diritto Penale", Cedam, 1943, pág. 18.

(14) IHERING, "L'esprit du Droit Romain", Paris, 1880, III pág. 50.

(15) MAGGIORE, "Diritto Penale", Bologna, 1949, I, pág. 42.

(16) Esta opinião é confirmada por MIGUEL REALE ("Filosofia do Direito". I, pág. 74), segundo o qual no mundo romano, pela primeira vez adquiriu o direito unidade sistemática, com discriminação e definição dos fatos jurídicos, visando ao estabelecimento dos princípios que governam a totalidade da experiência do direito.

Assim, a ciência do direito penal tem por objeto a reconstrução do direito positivo com base científica. Tem por escopo conhecer, da maneira mais exata e completa, o significado das disposições que constituem o direito penal, determinando a natureza e as conseqüências das obrigações que derivam de seus preceitos, as condições que as fazem surgir e extinguir, os limites do tempo e de lugar da sua validade, os sujeitos com relação aos quais essas obrigações são declaradas, e enfim os conseqüências que derivam de sua violação (ANTOLISEI).

Incorretamente MEZGER (17) aponta como objeto da ciência do direito penal «o estudo das causas do crime e seu combate» (Die Ursachen des Verbrechens zu erforschen und zu bekaempfen). Estudar as causas do crime não é absolutamente objeto da dogmática jurídico-penal, a que é estranha qualquer indagação que não tenha por base o direito positivo. Evidentemente, tal escopo pertence à Criminologia.

É a Dogmática jurídica ciência formal e abstrata, porque as disposições jurídicas são formuladas de modo geral e abstrato.

Diferença profunda e fundamental entre a Criminologia e o Direito Penal, isto é, Ciência do Direito Penal, resulta manifesta. A primeira, ciência fenomenológica, causal-explicativa, ciência que abstrai qualquer noção de valor, ciência nomotética (RICKERT). A segunda, ciência formal e abstrata, ciência normativa. Dessa distinção fundamental, decorrem importantes conseqüências metodológicas, que afastam, em definitivo, a possibilidade de um estudo conjunto.

4. O único método possível de estudo da dogmática jurídica, é o técnico-jurídico, ou lógico-abstrato. Em tôrno ao problema do método, absolutamente fundamental no estudo de qualquer ciência, travou-se acesa controvérsia doutrinária entre os corifêus da Escola Positiva e os do Tecnismo Jurídico. Sem qualquer dúvida, ultrapassada está a discussão, com a vitória inquestionável dos postulados dessa última corrente. Comprova-o a adesão de GRISPIGNI, talvez o maior de todos os juristas da Escola Positiva e um dos grandes nomes da dogmática jurídico-penal de nossos dias.

ANTOLISEI (18) chega a afirmar que o tecnicismo jurídico teve a adesão mais ou menos incondicional da maioria dos seguidores da Escola Positiva.

5. O erro capital do positivismo, como bem notou PETROCELLI (19), foi procurar introduzir à força o estudo do delinqüente

(17) MEZGER, "Strafrecht", 1948, I, pág. 18.

(18) ANTOLISEI, "Il método nella scienza del diritto penale", in "Problemi penali odierni", Milão, 1940, pág. 6.

(19) Ob. cit. (nota 13), pág. 93.

no direito penal. Esse não é de forma alguma objeto da ciência jurídica. Outro erro fundamental foi o não considerar o caráter eminentemente normativo da ciência penal, «per cui oggetto della indagine è tutto ciò che il legislatore, bene o male, ha stabilito nelle varie norme, e non già gli elementi extra giuridice, sociologici, antropologici, etc. da cui possono desumersi le direttive nella lotta contra la criminalità». Daí a idéia de que o delito deve ser primeiramente conhecido como fato humano, através do exame dos dados antropológicos e estatísticos sobre o delinqüente (20), esquecendo-se assim de que o fato humano, o fato natural, não é nada no campo jurídico se não entra na valoração normativa e no esquema abstrato que esta constrói e apresenta (21).

Na abalizada opinião de ASÚA (22), o primeiro defeito do positivismo foi paralizar «el derecho penal, porque al mezclar una ciencia causal-explicativa, cual es la criminologia, con una ciencia cultural y normativa, que es el derecho, produjo un resultado híbrido que tenia que ser por esto infecundo. Aplicar el metodo experimental a las normas jurídicas, abominando de lo jurídico, como FERRI quiso, era tan imposible como discutir sobre pulmonia sin ver un enfermo».

6. Reagindo contra tal concepção, que desvirtuava o estudo científico do direito penal, o tecnicismo jurídico surgia pela seguríssima mão de ROCCO, mestre insigne, honra e glória da ciência penal italiana. «Ciò che si vuole, escrevia, è soltanto che la scienza del diritto penale, conformemente alla sua natura di scienza giuridica speciale, limiti l'oggetto delle sua ricerche dirette, allo studio esclusivo del diritto penale e, conformemente ai suoi mezzi, dell'unico diritto penale che esista come dato dell'esperienza, cioè il diritto penale positivo» (23). Reclamava o estudo pela ciência do direito penal, do crime e da pena sob o lado pura e exclusivamente jurídico, como fatos disciplinados por normas do direito objetivo, isto é, como fatos jurídicos, dos quais um é a causa e outro o efeito ou consequência jurídica, deixando-se a outras ciências, e, precisamente, à Antropologia Criminal e à Sociologia Criminal, o estudo daqueles fenômenos como fatos individuais e sociais, isto é, sob o aspecto natural, orgânico e psiquiátrico e sob o aspecto social.

(20) Cf. ROBERTO LYRA, ob. cit. (nota 7), pág. 60.

(21) PETROCELLI, ob. cit. (nota 13), pág. 94. Como ciência experimental foi o direito concebido por SANDER ("Staat und Recht", II, pág. 1.128), seguido por COSSIO (Teoria Ecológica). Para uma crítica decisiva cf. SEBASTIAN SOLÉR ("Los Valores Jurídicos", separata da Revista Jurídica de Córdoba.

(22) JIMENEZ DE ASÚA, "Ley y Delito", pag. 63.

(23) ARTURO ROCCO, "Il problema e il metodo della scienza del diritto penale", in Opere Giuridiche, Roma, 1933, III, pág. 289.

Essa nova orientação haveria de determinar um novo desenvolvimento na ciência penal, que não pode, é óbvio, misturar-se com as outras ciências criminológicas, porque os conceitos das ciências jurídicas, como ensina KELSEN, não têm por substrato os fatos reais, mas exclusivamente as normas jurídicas (24).

Ao passo que a nova orientação reclamava o emprêgo do método técnico-jurídico ou lógico-abstrato, os positivistas pretendiam o estudo do direito penal com o chamado método positivo. Este último de base experimental e indutivo; o primeiro, de base apriorística e dedutiva.

O direito penal é constituído pela lei penal, em última análise, como já vimos, entendida essa no sentido geral, isto é, da ordem jurídico-penal. A ciência do direito penal, consiste, em última análise, no estudo da lei penal, isto é, do direito positivo penal, tendo o estudo por finalidade conhecer o conteúdo dos preceitos jurídicos. Não é permitido ao estudioso alterar as normas e os preceitos que constituem objeto da elaboração dogmática, mesmo que seja para aperfeiçoá-los ou de outra forma adaptá-los às conclusões naturalísticas. Daí dizer GRISPIGNI que «la norma deve essere assunta così com'è, come un domma, che non si vuole valotare, almeno in questa serie; ed appunto per quasto la disciplina si chiama dogmatica giuridica». (25)

7. A dogmática jurídico-penal, como ciência teórica que é, visa a escopo puramente cognoscitivo. Como ciência normativa, não permite absolutamente o emprêgo de outro método que não seja o lógico-abstrato. Não se trata de considerar o método lógico-abstrato superior ao método positivo no estudo do conteúdo da norma penal: a experimentação e a indução não podem ser empregadas; a observação dos fatos naturais, sua experimentação e verificação, a elaboração dos conceitos naturais, a nada conduzirão no campo do direito, se não coincidirem com os conceitos jurídicos e normativos.

Não há direito fora da lei. Como ensina KELSEN (26), o direito vale somente como direito positivo, isto é, como direito instituído (Gesetztes Recht). O estudo do direito há de partir, portanto, da lei, aceita, realmente, como um dogma. Pode, mesmo, a norma penal alterar os conceitos naturalísticos, que, assim, deixarão de prevalecer para o direito, seja por inexatidão, seja por intencional determinação do legislador que assim age por medida de ordem prática ou política criminal. Haja vista os dispositivos sobre a irrelevância da emoção, paixão e embriaguez no código atual, as quais

(24) KELSEN, "Der Soziologische und der Juristische Staatsbegriff".

(25) Ob. cit. (nota 10), pág. 8.

(26) KELSEN, "Teoría pura del derecho", Losada, Buenos Aires, pág. 96.

são, pelo menos em suas formas agudas, perfeitamente discutíveis em face da Psicologia.

Serve-se, por outro lado, a ciência jurídica, largamente da ficção, considerando as seus conceitos *como se* (26-a) fôsem verdadeiros. O direito estabelece a certeza da coisa julgada, trata o enfêrmo e o imaturo de mente como irresponsáveis, não porque estas e outras ficções sejam verdadeiras, mas porque são princípios indispensáveis à sua existência, em um dado momento de seu desenvolvimento. Assim, converte as ficções em dogmas (MAGGIORE).

A realidade que a dogmática jurídica estuda é o direito; não tem por escopo estudar a realidade física ou social. De tal realidade não tem e não pode ter outro conceito senão aquêle próprio da ordem jurídica. Não deve pois indagar: Que coisa é tal objeto?, mas, como é tal objeto concebido pelo direito? «Conhecer alguma coisa juridicamente, diz KELSEN (27), não pode significar senão concebê-la como direito». E, mais incisivamente, GRISPIGNI (28): «Concepire qualche cosa giuridicamente vuol dire concepirla non come diritto, ma *secondo* il modo come essa è concepita *dal* diritto». De qualquer forma, jurídico é apenas aquilo que o direito contempla com as suas próprias disposições, e não tudo o que pode encontrar em qualquer relação mais ou menos vaga com tais disposições. (29)

Assim, finalmente, significa a Dogmática Jurídica, como o próprio nome sugere, ciência dos dogmas, isto é, ciência das normas jurídicas postas dogmáticamente como verdade certa e fora de discussões (MAGGIORE).

Vê-se, pois a inoperância de um «método positivo», que não se consegue explicar como atuaria no estudo do direito penal, cuja única realidade positiva é a ordem jurídico-penal. Temos já invocado repetidamente a autoridade de CRISPIGNI, cuja opinião é altamente relevante no debate. Trata-se de um positivista, atual diretor da revista «La Scuola Positiva», fundada por FERRI, e que põe, com tôdas as honras, uma derradeira pá de cal na pretensão de aplicar um método positivo ao estudo do direito penal: «avendo le norme giuridiche per contenuto dei doveri espressi nella norma, non c'è nulla da sperimentare e ben poco da osservare all'infuori della

(26-a) Cf. HANS VAIHINGER, "Der Philosophie des Als Ob": "Appearance, the conciously false, plays an enormous part in science, in world philosophies and in life". Citado por BENJAMIN CARDOZO, "The paradoxes of the legal science", pág. 33.

(27) Ob. cit. (nota 26), pág. 31.

(28) Ob. cit. (nota 10), pág. 14.

(29) Cf. M. SIOTTO-PINTOR (Le guarentigie supreme del diritto, pág. 8/13, citado por MANZINI, "Trattato di Diritto Penale", I, pág. 28).

lettura degli articoli di legge» (30). Demonstra que as normas jurídicas são formuladas de modo geral e abstrato e que, portanto, operações intelectuais com as quais se precisa o seu conteúdo são sempre de caráter meramente lógico-abstrato.

De fato, mesmo quando a norma contém conceitos das ciências explicativas, como vontade, premeditação, etc., ou envia o intérprete ao significado que tais expressões têm nas ciências explicativas, ou determina, ela mesma, o significado de tais expressões. Mas, em qualquer caso, não é missão do jurista induzir da realidade, por meio da observação, o conceito que deve aplicar. E tanto isso é verdade, que, se a norma com uma expressão entende coisa diversa da que entendem as ciências naturais, para o jurista é somente válido o conceito enunciado pela norma (31).

8. Vejamos, a seguir, como procede o método técnico-jurídico em seu escopo de conseguir um profundo conhecimento das normas jurídicas. Aplica uma técnica especial que consiste na interpretação (exegese), construção lógica dos institutos jurídicos, e, finalmente, na formulação do sistema. Como bem nota ROCCO (32), toda ciência tem sua técnica particular (e por técnica se entende o conjunto daqueles meios, daqueles processos lógicos, metódicos, sistemáticos), de que se serve para a conservação de seus próprios fins.

Primeiro estágio do método jurídico é a interpretação. Não é somente o ponto de partida, mas verdadeiramente a base da ciência jurídica, porque as disposições da lei constituem a matéria prima e ser elaborada, e a elaboração, evidentemente, não é possível se não se obtém o perfeito significado da mesma. (33)

Fornece, entretanto, a exegese, apenas um conhecimento empírico do direito. A elaboração dogmática é a parte realmente científica do método jurídico, visando à construção dos institutos. Realiza, como ainda explica ROCCO, o conhecimento científico do direito: «La dommatica giuridica, con la cognizione delle norme giuridiche, poste in rapporto reciproco, in guisa da scoprirne le uniformità, determinarne le cause, i fondamenti, i principii, ci offre invece, la conoscenza scientifica del diritto medesimo. In rapporto all' esegesi, che è la scienza della legge, essa può dirsi veramente la scienza del diritto».

ROCCO compreendia na dogmática jurídica, considerada em sentido estrito, como o segundo passo do método jurídico, igual-

(30) Ob. cit. (nota 19), pág. 16.

(31) GRISPIGNI, ob. cit. (nota 10), pág. 17.

(32) Ob. cit. (nota 23), pág. 295.

(33) Cf. ANTOLISEI, ob. cit. (nota 11), pág. 11.

mente a formulação do sistema, sendo, no seu entender, o terceiro estágio a crítica (1.º — Ricerca esegetica, 2.º — Ricerca dommatica e sistematica, 3.º — Ricerca critica) (34). Abandonada a crítica como parte do método jurídico, circunscrito à exegese, construção dos institutos e do sistema, consiste a segunda fase no reagrupamento da matéria jurídica na base dos caracteres comuns, alcançando-se dest'arte, conceitos superiores que, dominando um grupo de normas, permitem a determinação exata de seu conteúdo, esclarecendo suas recíprocas relações. Trata-se, como diz CRISPIGNI, de uma «concentrazione logica della materia», para construção dos institutos jurídicos, que são «a união sistemática dos princípios que regulam uma relação jurídica» (IHERING).

Última operação consiste na formulação do sistema, que é a forma mais perfeita do conhecimento científico. Os diversos institutos jurídicos são coligados entre si e classificados, isto é, ordenados de modo hierárquico e orgânico, mediante a distribuição racional das diversas partes do sistema. Este, enfim, se constrói na base do objeto, do nexó entre as diversas partes e segundo o critério do mais ou menos geral, do particular, e, enfim, do excepcional (35).

9. Fácil é compreender os ataques que mais freqüentemente se faz ao método jurídico (36), ataques, aliás, ensejados por uma parte da doutrina, sobretudo alemã. Afirma-se que a ciência penal estaria assim reduzida à mera exegese, ao mero formalismo e abstracionismo, divorciada da realidade palpitante da vida. A crítica, entretanto, não procede. A elaboração dogmática do vigente direito penal será boa ou má segundo boas ou más sejam as normas ou a ordem jurídica positiva do estudo. Não é possível construir uma boa ciência do direito se é má a lei que constitui a sua matéria-prima, o seu objeto. Como atividade fundamental cognoscitiva, a dogmática jurídica não pode superar os defeitos e as iniquidades da lei, a pretexto de uma «humanização» ou de uma aplicação da lei segundo as necessidades ou exigências que possam sobrevir e que todavia ainda não feriram a sensibilidade do legislador.

A elaboração dogmática do direito, isto é, a ciência do direito não é boa nem má, é o que é, o que tem de ser. Reflete os acertos e os erros da ordem jurídica positiva. Uma interpretação progressista, como pretendia FERRI (37) e BINDING (38), segundo a qual

(34) Ob. cit. (nota 23), pág. 297. No mesmo sentido PANNAIN, "Manuale di Diritto Penale, 1950, pág. 42/43.

(35) Cf. CRISPIGNI, ob. cit. (nota 10), pág. 20; ANTOLISEI, ob. cit. (nota 11), pág. 12/13; MAGGIORE, ob. cit. (nota 15), pág. 44.

(36) Cf. ROBERTO LYRA, ob. cit. (nota 7), pág. 60.

(37) Ob. cit. (nota 6), pág. 180.

(38) BINDING, citado por ROCCO, ob. cit. (nota 23), pág. 303.

a lei deve ser interpretada para adaptar-se às novas e mutáveis exigências sociais, é anticientífica e errônea. Não é possível passar sobre o texto da lei, a pretexto de «interpretá-la». Interpretar a lei, como fase inicial da elaboração doutrinária, significa conhecer o seu significado plenamente, no que será de excepcional valor o conhecimento do bem jurídico protegido, isto é, uma idéia de fim (método teleológico). Contra a possibilidade de interpretar-se equitativamente a lei penal, insurge-se, com maestria habitual, o insigne MANZINI (39): «Interpretare una legge equitativamente, è dire cosa priva di senso, perchè la interpretazione non può essere benigna o rigorosa, ma unicamente vera o falsa, cioè, esatta o inesatta». No mesmo sentido, LANZA (40).

A elaboração dogmática estéril, sem dúvida, deve ser combatida, por inútil. Podem citar-se grossos e áridos volumes, a propósito de questões sem relevância, erigidas em temas de profunda indagação.

Vale referir a crítica penetrante de BETTIOL (41), que adverte contra o que chama «splendido isolamento» do direito penal, propugnando por uma dogmática concreta, «realista», a que não podemos deixar de aplaudir (42). Trata-se de abrir caminho ao reflexo da realidade social no sistema penalístico, e não temos dúvida em afirmar, com DE MARSICO, que tal caminho consiste na interpretação teleológica. A finalidade da lei, o escopo político, o fato social do qual a norma surgiu, são partes integrantes dela, roteiros seguros para uma elaboração dogmática.

Inteiramente divorciado da realidade social estará o intérprete, comprometendo assim a sua construção dogmática e sistemática, se se abstrair da idéia de fim, sem a qual os conceitos jurídicos seriam meras generalizações lógica-formais. Está superado o formalismo lógico de KELSEN e LABAND. Se o direito existe para realizar (IHERING); se a realização é a vida e a verdade do direito, a interpretação não pode prescindir da idéia de fim, do escopo que o direito se propõe realizar. A interpretação teleológica, é bem de ver, constitui técnica eficiente para o conhecimento do conteúdo da lei, que é sempre uma barreira intransponível para o intérprete.

Representantes dessa dogmática realista, entre outros, são BETTIOL, ANTOLISEI, ZIMMERL, e entre nós NELSON HUNGRIA, que sobre o assunto escreveu páginas magníficas, que não deixam lu-

(39) MANZINI, "Trattato di Diritto Penale", UTET, 1950, I, pág. 266.

(40) LANZA, "I poteri del giudice", pág. 147.

(41) BETTIOL, "Diritto Penale", pág. 34/35.

(42) Essa tendência nada tem a ver com o método realista, advogado por DUGUIT (Transformaciones del Derecho Privado, Madrid, pág. 196), que é de índole francamente positivista.

gar a dúvidas (43). O grande mestre do direito penal brasileiro afirma que de forma alguma a ciência jurídica penal se confunde com a tarefa medíocre e inglória dos escolásticos, pois há dentro dela toda uma filosofia do homem e da vida, e que não se a pode estimar se não tem a alma aquecida pelo sentimento de justiça social. O tecnicismo jurídico, prossegue, que reserva o direito penal para os juristas, não quer dizer que éstos devem colocar entre elas e o marpicado da vida, como parede cega, a inteiriça contextura da lei. «Ciência penal, conclui, não é só a interpretação hierárquica da lei, mas, antes de tudo e acima de tudo, a revelação do seu *espírito* e a compreensão do seu *escopo*, para ajustá-la a fatos humanos, a almas humanas, a episódios do espetáculo dramático da vida».

Realmente, o método técnico-jurídico foi um autêntico chamado à ordem do estudo do direito penal. Mas, é evidente que se torna indispensável ao penalista o conhecimento profundo das outras ciências criminológicas, notadamente a Criminologia, a fim de que seu estudo possa resultar eficiente e perfeito. As conclusões dessas outras ciências, sem qualquer sombra de dúvida, constituem motivo de inspiração e roteiro seguro para a elaboração dogmática.

10. A Criminologia (44) como já vimos, é uma ciência fenomenológica. Segundo EXNER (45) é uma ciência experimental e aplica o método indutivo “*ist eine Erfahrungswissenschaft und wendet induktive Methoden an*”).

Objeto da Criminologia, como também já foi dito, é a pesquisa das causas e condições sociais da criminalidade, isto é, dos motivos que condicionam e originam os crimes, o seu «porque». Trabalha, assim, a Criminologia, na base do fenômeno crime, que é delimitado normativamente pelo Direito Penal. Como refere EXNER com precisão, o objeto da Criminologia não é um grupo de processos naturalmente delimitados, porém, é prefixado através de normas (46) *Ihr Gegenstand ist nicht eine irgendwie «natuerlich» abgegrenzte Gruppe von Vorgaengen; ihr Gegenstand ist durch Normem festgelegt*).

A noção de crime é uma noção jurídica, como já havia genialmente concebido CARRARA. O crime é uma determinada reação humana a uma determinada ordem jurídica. Inteiramente fracassada foi a tentativa de formular um conceito naturalístico ou não jurídico de crime, já que se trata de uma noção de valor, irreduzível

(43) NELSON HUNGRIA, “Introdução à Ciência Penal”, in “Novas Questões Jurídico-Penais”, Rio, 1945, pág. 5.

(44) A palavra foi usada pela primeira vez por GAROFALO, como título de sua obra principal, em 1885.

(45) EXNER, “Kriminologie”, Springer Verlag, 1949, pág. 10.

(46) Ob. cit. (nota 45), pág. 1.

a uma concepção naturalística. Constituindo um dos temas oficiais do 2.º Congresso Internacional de Criminologia, reunido em Paris, em setembro de 1950, não se conseguiu naquele conclave chegar a qualquer conclusão (47), como, aliás, previra ASÚA (48), um dos membros da comissão, sendo que DE GREEF declarou renunciar a definir o delito, por contentar-se com a conceituação legal dos atos criminosos.

Buscar um conceito naturalístico de crime, é como buscar a quadratura do círculo. Como bem observa RADBRUCH, «uma ciência natural do crime, como pretendeu construí-la a Antropologia Criminal, só é possível depois de se ter substituído a um conceito de crime referido a valores jurídicos, um conceito naturalístico de crime. Seria, com efeito, um milagre extraordinário — produto de uma espécie de harmonia pre-estabelecida entre dois modos totalmente diversos de contemplar a realidade, que ninguém suspeitaria possível — se um conceito formado com referência a valores, como o de direito ou de crime, pudesse coincidir com um conceito naturalístico, obtido através de uma contemplação não valorativa (wertblind) das coisas» (49).

Procurou GARÓFALO (50) estabelecer para a Criminologia o seu próprio e independente campo de trabalho com a noção de «délit naturel», fornecida pela Sociologia, e que seria «la violation par des actes nuisibles, des sentiments altruistes fondamentaux de pitié et de probité, selon la mesure moyenne où ils se trouvent dans la société».

Haveria certos crimes e criminosos básicos, que permitiriam e exigiriam uma pesquisa unitária; bens que, por tôda parte, são reconhecidos como indispensáveis à vida e assim protegidos com a ameaça penal; pessoas contra as quais o corpo social deve sempre defender-se.

A precariedade dessa noção é manifesta. Por um lado, circunscrever a Criminologia a êsses fatos ou grupos de fatos, importaria em dela afastar inúmeros crimes previstos pela ordem jurídica positiva em conseqüência às novas e continuadas exigências da civilização e da ordem econômica. Por outro lado, é pueril supor que em todos os tempos e em todos os lugares existem fatos que são sempre considerados crimes ou atentatórios à moralidade do grupo.

A noção de GARÓFALO, incompleta mesmo no seu próprio setor, opuseram FERRI e BERENINI a sua: «les délits sont des actes

(47) Cf. "Le 2.e Congrès International de Criminologie" (Paris 16-19 Septembre, 1950), par Jacques-Bernard Herzog, in Revue Internationale de Droit Pénal, 1950, pág. 603-621.

(48) Actes du 2.e Congrès International de Criminologie, IV, pág. 537.

(49) RADBRUCH, ob. cit. (nota 3), pág. 51, 1.º volume.

(50) GAROFALO, "La Criminologie", Paris, 1890, pág. 3.

punissables, déterminés par des mobiles individuels et antisociaux, qui troublent les conditions de la vie et sont opposés à la moralité moyenne d'un certain peuple, dans un moment déterminé». Esta noção, pretendendo ser ao mesmo tempo jurídica e sociológica, realmente subordina o conceito de crime à punibilidade do fato pela lei, e, portanto, à noção normativa do fato criminoso.

Demonstrando a impossibilidade do conceito naturalístico, BONGER (51) pretende definir sociologicamente o crime como «un acte antisocial grave, contre lequel l'Etat réagit consciemment en imposant des sactions (peines ou mesures de suretés)». É evidente a inspiração normativista de definições dessa espécie.

Essa impossibilidade de definir naturalisticamente o que seja crime fornece a contra-prova do caráter normativo dos conceitos jurídicos e demonstra a impossibilidade do emprêgo do método indutivo ou positivo no estudo do direito penal, como procuramos demonstrar.

A Criminologia, em conclusão, há de ter por objeto de pesquisa os fatos que o Direito Penal estabelece como criminosos. É portanto, uma ciência do Ser (Sein), cujo objeto é determinado através de normas jurídicas. É evidente que assim não será possível estabelecer um conteúdo de caráter absolutamente geral, isto é, de validade universal para a Criminologia. Nem isso a diminui como ciência, nem a pode conduzir ao formalismo de seus métodos. Ao contrário, à Criminologia está reservado um importantíssimo papel na luta contra o crime, sendo o seu estudo realmente indispensável e obrigatório para o penalista.

É escopo da Criminologia descrever êsse triste fenômeno que se chama crime; sua ocorrência na vida do indivíduo e na vida da sociedade. É escopo da Criminologia esclarecer êsse mesmo fenômeno (scire est per causas scire), pesquisando o seu porque, em todos os sentidos, como processo natural e psicológico, estabelecendo as suas condições e as suas leis, sugerindo, assim, ao Direito Penal, soluções mais eficientes no combate à criminalidade.

(51) BONGER, "Introduction à la Criminologie".