

A IMPORTÂNCIA DO PROJETO FERRI PARA O "CÓDIGO ROCCO"

THE IMPORTANCE OF THE FERRI'S PROJECT FOR THE "ROCCO'S PENAL CODE"

GIANLUCA RUGGIERO

Professor de Direito Penal na Universidade de Turim. *Visiting Professor* na Faculdade de Direito da Universidade de Luzern (Suíça). Bolsista da Fundação Alexander von Humboldt. gianluca.ruggiero@unito.it

Traduzido por:

MARCELO ALMEIDA RUIVO

Professor do Mestrado e Doutorado do Programa em Ciências Criminais da PUCRS. *Visiting Professor* nas Faculdades de Direito das Universidades de Turim e Ferrara. Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra.

Lattes: [http://lattes.cnpq.br/0251837300025745].

ORCID: [https://orcid.org/0000.0003.2929.9098].

marcelo.ruivo@pucrs.br

RAMIRO GOMES VON SALTIEL

Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS.

Lattes: [http://lattes.cnpq.br/3046637132055252].

ORCID: [https://orcid.org/0000-0003-0903-8390].

ramirovsaltiel@gmail.com

Autor convidado

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: Na Itália, a reforma do Código Penal de 1889 requerida pela orientação positiva materializada no Projeto Ferri de 1921. Limitando-se à parte geral do Código Penal prevista em 131 artigos, o projeto mostra uma mudança radical da visão dogmática: as medidas de defesa social foram adaptadas não à gravidade objetiva do crime, mas à perigosidade do autor do fato. Muitas das instituições da parte geral refletiram a aplicação dos critérios de periculosidade social

ABSTRACT: In Italy the reform of the criminal code of 1889 requests of the positive direction materialized in the Ferri project of 1921. Limiting itself to the general part of the code (foreseen in 131 articles), the project shows a radical change of dogmatic approach: the social defense measures had to adapt not to the objective gravity of the crime but, rather, to the greater or lesser danger of the offender. Many of the institutions of the general part reflected in the new legislative

e responsabilidade legal na nova disposição legislativa. Considerável importância foi dada ao elemento subjetivo do crime e à tipologia criminológica dos delinquentes dividida em delinquentes por tendência, infratores reincidentes, doentes mentais, habituais, ocasionais, menores, criminosos políticos e sociais.

PALAVRAS-CHAVE: Projeto Ferri de Código Penal – Criminologia positivista – Escola positiva italiana – Sociologia criminal – Antropologia criminal.

provision the application of the criteria of social dangerousness and legal responsibility. Considerable importance was then given to the subjective element of the crime and to the criminological typology of delinquents divided into delinquents by tendency, repeat offenders, mentally ill, habitual, occasional, minors, political and social criminals.

KEYWORDS: Ferri's Model Penal Code – Positivist criminology – Italian Positivist School – Criminal Sociology – Anthropological criminology.

SUMÁRIO: 1. Enrico Ferri e o nascimento do "direcionamento eclético" do direito penal. 2. Características gerais do "método positivo" e suas influências na codificação. 3. O aparecimento do "Projeto Ferri" de 1921 e o "Código Rocco" de 1930. 4. O delinquente e a sua "classificação antropológica". 5. Os institutos da teoria geral do ilícito penal. a) O crime tentado e o crime impossível. a) A participação criminosa. 6. O ressarcimento do dano. 7. Periculosidade criminal e medidas de segurança. 8. Referências.

1. ENRICO FERRI E O NASCIMENTO DO "DIRECIONAMENTO ECLÉTICO" DO DIREITO PENAL

O estudo do Código Penal Italiano parece ter etapa obrigatória no contexto cultural da lei que o consagra e lhe dá dignidade normativa: o Decreto Régio de 19 de outubro de 1930, n. 1398 (Diário Oficial 251 de 26 de outubro de 1930). O Código Rocco, como qualquer outro produto legislativo respeitável, apresenta robustíssima base científica derivada do debate entre os apoiadores das chamadas "Escola Clássica" e da "Escola Positiva" ou "Escola moderna do direito penal".

Uma data convencional de início oficial do debate entre as Escolas penais pode ser fixada em 1880, quando Enrico Ferri sucedeu, na Cátedra de Direito Penal na Universidade de Bolonha, o seu professor, Pietro Ellero, que fora chamado a assumir como Magistrado da Corte di Cassazione. O discurso inaugural de Enrico Ferri ao curso de direito penal em Bolonha foi chamado de "Novos horizontes do direito e processo penal".¹

Ferri, pela primeira vez, denominou de "Escola Clássica" a corrente de pensamento que de Cesare Beccaria, dos últimos anos do século XVIII até a última metade do século XIX, por meio do pensamento de Romagnosi, Filangeri, Pagano, Pellegrino Rossi, Carmignani, Carrara, Ellero e Pessina, influenciou uma vastidão de países europeus.²

1. Ferri, Enrico. *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*. Bologna, 1881.

2. Por todos, Ranieri, Silvio. *Il diritto penale e la tradizione giuridica italiana*, in *Monitore dei tribunali*, 1921, p. 673 seg.; Petersen, Julius. *Willensfreiheit, Moral und Strafrecht*. München 1905. p. 186;

Enrico Ferri opôs-se àquele método e cenário que haviam edificado a estrutura do crime e aos máximos níveis do estudo da norma penal. Assim propôs o método indutivo ou “positivo” – de observação e de experimento – de Galileu, levado das ciências físicas e naturais,³ fisiologia e psicologia às ciências morais. Entre 1876 e 1880, nascia e se desenvolvia a “Escola Positiva”, que fez da Itália a “pátria do direito penal”⁴.

Antes de se estudar o crime como “ente jurídico”, deve-se estudá-lo e conhecê-lo como “ação humana”.⁵ Isto é, como fenômeno natural e social, para detectar as causas – naturais e sociais – e para avaliá-lo como expressão antissocial de uma dada personalidade delincente.⁶ Em outras palavras, o estudo antropológico e psíquico do delincente, a investigação do delito como evento da vida social.

No pensamento dos autores que usaram ampla e proficuamente esse método, era necessário dar ao direito penal, já maduro e diferenciado no seu aspecto formal, um fundamento de observação e de dedução antropológica e sociológica.⁷ Tratava-se de transformar o direito penal de ciência matemática à ciência jurídica, nutrida de dados antropológicos e sociológicos.⁸

Enrico Ferri partiu da base lombrosiana de observação científica e buscou elaborar a sua obra “sociologia criminal”, contendo numerosos dados estatísticos e de observação empírica, em cinco edições até 1930.⁹ Mas Enrico Ferri não era um sociólogo: a sua figura de jurista emerge em toda a sua preponderância naquela obra de conjugação entre a “arquitetura” jurídica da Escola Clássica e as preocupações da emergente Escola Positiva.

De um algum modo, todos os juristas e todas as escolas de pensamento italianas sofreram a influência da Escola Positiva. Às vezes recuperando inteiramente os resultados daquela Escola¹⁰, ou repensando o direito penal à luz do “método experimental”, como

Kantorowicz, Hermann. *Der italienische Strafgesetzentwurf und seine Lehre*, in *Festschrift für Otto Lenel*. Leipzig, 1921. p. 22 ss.

3. Ferri, Enrico. *Sociologia criminale*. 5. ed. Torino, 1930. p. 1 seg.; Maggiore, Giuseppe. *Correnti filosofiche e riforme penali*, in *Scritti giuridici in memoria di Eduardo Massari*. Napoli, 1938. p. 37 seg.
4. Ferri, Enrico. *Prelezione al corso di diritto e procedura penale nella Regia Università di Siena*. Siena, 1883.
5. Ferri, Enrico. *Principii di diritto criminale*. Torino, 1928. p. 42.
6. Ferri, Enrico. *Principii di diritto criminale*. Torino, 1928. p. 42.
7. Florian, Eugenio. *Il metodo positivo nella scienza del diritto penale*, in *La Scuola positiva*, pt. I, 1926. p. 3.
8. Florian, Eugenio. *Il metodo positivo nella scienza del diritto penale*, in *La Scuola positiva*, pt. I, 1926. p. 3.
9. Ranieri, Silvio. *Il diritto penale e la tradizione giuridica italiana*, in *Monitore dei tribunali*, 1921. p. 673 seg.; Petersen, Julius. *Willensfreiheit, Moral und Strafrecht*. München, 1905. p. 186; H. Kantorowicz, Hermann. *Der italienische Strafgesetzentwurf und seine Lehre*, in *Festschrift für Otto Lenel*. Leipzig, 1921. p. 22 ss.
10. Recentemente, Gallo, Marcello. *Appunti di diritto penale*, v. IV, *Della estinzione del reato e della pena*, Torino, 2006. p. 210, definiu “essa corrente de pensamento, por difusão e penetração, uma das mais importantes que se há irradiado da cultura italiana”.

se pode ler no pensamento dos discípulos mais conhecidos de Enrico Ferri: Francesco Antolisei,¹¹ Filippo Grispigni¹² e Raul Alberto Frosali¹³.

No início do século XX, a “Escola Clássica” e a “Escola Positiva” eram – com resistências – componentes da chamada “Escola Eclética”.¹⁴ Esta deu impressão definitiva à “moderna” direção da Escola Jurídica Italiana, para que se possa pregar uma espécie de “continuidade cultural” entre um expoente da “Escola Clássica” como Emilio Brusa¹⁵ e um estudioso de característica fortemente “positivista”, como Eugenio Florian, que o sucedeu na Cátedra de direito penal na Faculdade de Turim em 1925, ao qual foi seguido por Francesco Antolisei.

Eugenio Florian pertencia à segunda geração de juristas “positivistas” que queriam estudar o direito penal, inicialmente expondo o direito vigente de modo sistemático, construindo uma dogmática partindo desde as normas penais, reinterpretando e criticando à luz do “método positivo” e fornecendo uma quantidade enorme de material para uma futura codificação penal.¹⁶

2. CARACTERÍSTICAS GERAIS DO “MÉTODO POSITIVO” E SUAS INFLUÊNCIAS NA CODIFICAÇÃO

O método definido comumente como “ecletico” não deve ser pensado como uma “conciliação” entre as duas “Escolas”.¹⁷ Os juristas positivistas não questionaram a necessidade de mudança da legislação vigente para chegar à elaboração de um sistema

11. Sobre o pensamento de Francesco Antolisei v. Gallo, Marcello. *Il contributo di Francesco Antolisei alle dottrine generali del diritto penale*, in *Studi in onore di Francesco Antolisei*, v. II, Milano, 1965. p. 3 seg. part. p. 14.
12. Sobre o pensamento de Filippo Grispigni leia-se os contributos contidos no volume de *La Scuola Positiva*, 1956, *In memoria di Filippo Grispigni*, em particular os trabalhos de Altavilla, Enrico, *La scuola positiva e Filippo Grispigni*, p. 5 seg. e de Ranieri, Silvio. *Il problema del metodo giuridico nel pensiero di Filippo Grispigni*, *ibidem*, p. 98 seg.
13. Ruggiero, Gianluca. *Un giurista dimenticato: Raul Alberto Frosali*, in *Archivio penale* (web), 3/2021.
14. Grispigni, Filippo. *La odierna scienza criminale in Italia*. Milano, 1909. p. 17 e nota 2.
15. Brusa, Emilio, embora crítico da primeira fase do positivismo criminológico, meditava sobre novos fundamentos e postulados do direito penal, como aparece em seu mais importante trabalho, *Sul nuovo positivismo nella giustizia penale. Riflessioni di un criticista che preferirebbe il vecchio*. Roma-Torino-Napoli, 1887.
16. Grispigni, Filippo. *Florian giurista della scuola positiva*, in *Eugenio Florian. Maestro del positivismo penale*, Quaderni di “Criminalia”, Milano, 1940. p. 73 e s. e, recentemente, Neppi Modona, Guido, *Scuola positiva e diritto penale trenta anni dopo*, in *Scritti in memoria di Giuliano Marini*. Napoli, 2010. p. 584. Ver, também, a coleção de escritos de estudiosos cubanos e mexicanos contidos em Ceniceros-Martinez, José, Angel. *Eugenio Florian. Homenaje*. México, 1940.
17. Ferri, Enrico. *Principii di diritto criminale*, cit., p. 60 e s., part. p. 96 e nt. 1.

melhor, introduzindo no procedimento hermenêutico os resultados da investigação científica. Muitos desses resultados foram recebidos na jurisprudência, na vigência do Código de 1889, em numerosíssimas ordens de prisões que não deixavam de sublinhar a fecundidade do uso do método positivo para melhorar as soluções que, indo além da literalidade, exaltassem o “espírito” da lei e as exigências do direito penal.¹⁸

Nem o “tecnicismo jurídico” culminado na poderosa obra de Arturo Rocco de 1913,¹⁹ com a sua pretensão de perfeição, pôs em crise o método “positivo”. Sem antecipar o que diremos sobre a continuidade científica entre o “Projeto Ferri” e o “Projeto Rocco”, Ferri acreditava que era uma “automutilação intelectual” reduzir toda a ciência criminal apenas à consciência mais ou menos sistemática dos artigos da lei vigente, “[...] deixando à ciência da legislação a tarefa de indicar ao legislador o caminho a seguir para melhorar – segundo a metódica de observação e experiência de fatos – o ordenamento e as medidas da justiça penal.”²⁰

Segundo Ferri, esse conceito da “[...] política criminal é inexato, porque a política criminal não é uma ciência, mas uma arte: a arte do legislador ao utilizar, adaptando às condições do próprio país, as conclusões e as propostas que a ciência dos delitos e das penas lhe apresenta”.²¹

Ferri reprovou os “neoclássicos” por haver “[...] imposto ao direito penal, que é essencialmente um ramo do direito público, os pressupostos, as necessidades, a lógica abstrata do direito privado”.²² Igualmente criticou por haver

“[...] importado na Itália, não a necessária avaliação do pensamento científico internacional, embora possa ser utilizado no nosso clima intelectual e social e no tipo da nossa legislação positiva, aos fins práticos da justiça penal, mas, sim, uma imitação inclinada de abstrações e abstrusões, próprias da mentalidade alemã, mas indigesta à clareza realística do pensamento latino, com tal abuso de distinções e sub-distinções micrológicas expressas com um jargão mais ou menos ostrogodo”.²³

18. Um dos mais importantes comentários da época é oriundo da caneta de um “positivista”, Majno, Luigi. *Commento al codice penale italiano*. 2 v., 3. ed. Torino, 1911. Trata-se de uma figura raramente lembrada pela doutrina, a não ser em alguns artigos exaltadamente críticos de Enrico Ferri em oposição feita aos juristas “positivistas” nos concursos universitários. Ver Ferri, Enrico. *La scuola positiva nelle università estere ed italiane*, in *La Scuola positiva*, 1899. p. 761 s.; também Id., *La camorra accademica nel concorso di diritto penale a Padova*, ivi, 1897. p. 745 s.
19. Rocco, Arturo. *Loggetto del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alle teorie generali del reato e della pena*. Torino, 1913.
20. Ferri, Enrico. *Principii di diritto criminale*, cit., p. 64.
21. Ferri, Enrico. *Principii di diritto criminale*, cit., p. 64.
22. Ferri, Enrico. Op. ult. cit., p. 65.
23. Ferri, Enrico. Op. ult. cit., p. 65. Ferri prossegue “e nos neoclássicos menos importantes, esta ‘dogmática jurídica’ tornou-se não somente uma grotesca aberração metódica, mas também uma dedicacação tagarelante (*pappagallesca dedizione*), na qual o próprio Liszt há alguns anos se surpreendia comigo sobre o tempo que estes neoclássicos italianos perdem para examinar até

Portanto, a definição correta desta última direção pode considerá-la o desenvolvimento final da ideia base e o refinamento do método “positivo”, por meio do método “jurídico”.²⁴ A acusação de querer reduzir o direito penal a um ramo da sociologia, sobretudo pelos mal-entendidos de parte dos leitores estrangeiros,²⁵ foi formulada quando a “Escola Positiva” movia as suas críticas ao estudo do crime sem levar em conta o estudo do delinquente e do crime como fenômeno humano e social.

A afirmação das teses positivistas voltadas ao estudo da delinquência e, pela primeira vez, à posição orgânica e precisa do problema da criminalidade²⁶ e dos “tipos” de delinquentes, segundo a conhecida tripartição: “delinquentes natos”, “delinquentes habituais” e “delinquentes ocasionais”, fez nascer a necessidade de traduzir nas leis os resultados das pesquisas e de guiar a jurisprudência no trabalho interpretativo, conforme advertiram as maiores autoridades da Escola Positiva. O objetivo era adequar o sistema vigente às incessantes mudanças da sociedade, porque o “positivismo” nasce principalmente para responder às necessidades da prática cotidiana do direito.

No sistema são centrais os conceitos de “responsabilidade legal” e de “periculosidade criminal” que tanto sucesso tiveram junto com as codificações da época, com repercussões notáveis no Código Rocco. Já o Código Zanardelli de 1889, ao mesmo tempo que representava em pleno a Escola Clássica, sofreu influência da nova Escola Positiva em alguns aspectos.²⁷

Entre as “inovações” mais importantes, encontramos o art. 46 CP que, retomando a consciência e a liberdade dos atos em ausência dos quais não há imputabilidade do Código da Toscana, acrescentou a necessidade de decorrência de “enfermidade da mente”.²⁸

Uma “tímida” mas significativa abertura no sentido da “medida de segurança” foi dada desde o projeto ministerial de 1887. Nele surgiram os “manicômios criminais”, proposta fortemente debatida no parlamento e ministério, culminada no mortificante segundo parágrafo do mesmo art. 46 CP, que permitia ao juiz ordenar a entrega à autoridade

mesmo as teorias mais bizarras ou inconclusivas dos escritores alemães, ‘desconhecidas também na Alemanha’”.

24. Cf. Florian, Eugenio. *Il metodo positivo nella scienza del diritto penale*, cit., p. 1 seg.
25. Ver o apontado por Grispigni, Filippo. *Il penetrare e il diffondersi della Scuola positiva italiana in Germania*, in *Archivio di antropologia criminale, psichiatria, medicina legale*, 1911. p. 10 s.; Grispigni, Filippo. *Errori e leggende tedesche sulle teorie della Scuola positiva italiana*, in *Progresso del Diritto Criminale*, 1911. p. 1 s.
26. O reconhece, por exemplo, Garraud, René. *Traité théorique et pratique du Droit pénal français*. 3. ed. Paris, 1913. t. I. p. 16 s.
27. Sbriccoli, Mario. *Il diritto penale liberale. La «Rivista Penale» di Luigi Lucchini*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*. Milano, 1987. p. 135 s.; Dezza, Ettore. *Zanardelli: un codice positivista?*. In: Vinciguerra S. (Ed.). *Il Codice penale per il Regno d'Italia (1889)*. Padova, 2009. p. 45 seg.
28. Ver as observações críticas de Majno, Luigi. *Il nuovo codice penale e la Scuola positiva*, in *Monitore dei tribunali*, 1890. p. 67 s.

competente para as medidas legais, se considerasse perigosa a libertação do imputado. Nessa linha, o último parágrafo do art. 47 CP permitia ao juiz designar ao condenado por vícios mentais parciais uma “casa de custódia”, até que a autoridade competente revogasse a medida, caso em que a pena remanescente seria cumprida nas formas ordinárias.²⁹

Outras importantes influências exercidas pela Escola Positiva na codificação foram o “livramento condicional” (art. 16 CP) e sua revogação (art. 17 CP), a “repreensão judicial” acompanhada da “má conduta” (art. 26 e 27 CP) e, por último, a inovação acolhida e criticada pela forma “como” foi articulada da “reincidência” (arts. 80 a 84 CP).³⁰

O Código de Processo Penal de 1913 também não esteve imune às exigências da “nova” Escola, a qual deu forma completa à ação civil no processo penal (art. 430). O entendimento de Ferri acerca da função estatal do ressarcimento dos danos e caracterizado por um forte valor de reparação, podendo também ser promovida *ex officio*, foi acolhido ainda que com consideráveis contrastes.³¹ Essa tese foi aprofundada e consolidada nos arts. 90 e seguintes do Projeto de 1921.

A afirmação na Itália da nova teoria representou um ímpeto propulsivo para o florescimento de indagações comparativas, que puseram em relevo a influência da Escola italiana sobre as origens da moderna Escola alemã, culminando na fundação do *archivio de psiquiatria* na Itália em 1880 e da *Zeitschrift für die gesamte strafrechtswissenschaft* na Alemanha em 1881. A revista criada por Franz von Liszt representou o mais importante caldeirão para o debate internacional.³² O debate internacional buscava a reforma das legislações penais e demonstrou o seu “manifesto” na *União Internacional de Direito Penal*, fundada por G.A. van Hammel, F. von Liszt e A. Prins em 1889, segundo o qual todo o moderno direito penal deveria ser “defesa social”.

Esse escrito não é o local para determinar em que medida a doutrina alemã sofreu influência da sua contemporânea Escola italiana, que já era madura e desenvolvida com coerência lógica e senso prático.³³ Ao menos interessa ressaltar brevemente que todas as tentativas de codificação na Europa e fora dela foram pesadamente influenciadas pelo

29. Cf. *il Progetto del Codice penale per il Regno d'Italia*, v. I, *Relazione Ministeriale*, Libro I, in *Atti Parlamentari della Camera dei Deputati*. Roma, 1887. p. 166 s.

30. Majno, Luigi. *Il nuovo codice penale e la Scuola positiva*, cit., p. 71.

31. Ver o argumento de Santoro, Arturo. *Il risarcimento del danno da reato nel sistema criminologico ferriano*, in Enrico Ferri. *Maestro della scienza criminologia*. Milano, 1941. p. 93 s. Cf., também, Ferri, Enrico. *Il nuovo Codice di Procedura Penale. Prime impressioni*, in *La Scuola positiva*, 1914. p. 6 s. Também a magistral revisão de Gallo, Marcello. *La piccola frase di Mortara*. Torino, 2014.

32. Grispigni, Filippo. *La lotta delle scuole criminali in Germania*, in *La Scuola positiva*, 1908. p. 180 seg.

33. Por todos, Frassati, Alfredo. *La nuova scuola di diritto penale in Italia e all'estero*. Torino, 1891. p. 303 s.; Id., *Diritto penale o sociologia criminale?*, Torino, 1892.

“método positivo”, embora na contradição dos relatórios de apoio, os quais timidamente buscaram conciliar os institutos positivistas com os clássicos.³⁴

A análise do material normativo pôs em evidência que, v.g., os novos Códigos Penais da Alemanha, Suíça e Áustria, aderiram incondicionalmente aos pilares da abordagem positivista. Em primeiro lugar, existe o desaparecimento da diferença entre pena e medida de segurança, seja pela estreita ligação entre esta última e o fato do crime, seja porque a mensuração da pena e da medida de segurança é feita sobre a base da valoração da personalidade do réu, podendo-se substituir entre si como no exemplo do § 42 do anteprojeto alemão.³⁵

Trata-se de institutos de impressionantemente “modernidade”, como a renúncia facultativa à pena quando, também depois da comissão do fato, desapareça a “temibilidade” do condenado (v.g., § 53 do Projeto de CP Suíço) até a condenação condicional, aceita pelos três projetos, até o livramento condicional e ao perdão judicial. Esses institutos, em pleno acolhimento das teses positivistas, são inexplicáveis e contraditórios às teses clássicas ou ecléticas, renunciando ao princípio da proporcionalidade entre delito e pena, em favor da avaliação completa da personalidade do condenado.³⁶ Igualmente, deve-se mencionar o caso do “isolamento celular diurno” que inspirou o Ministro belga Vandervelde em sua exposição ao Parlamento sobre a experiência nos cárceres dos “laboratórios de antropologia penitenciária” em 1819-1820.³⁷

34. Grisogni, Filippo. *Il nuovo diritto criminale negli avamprogetti della Svizzera, Germania ed Austria*. Roma-Milano-Napoli, 1911. p. 7.

35. Cf. Goltsche, Friederike. *Der Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuches von 1922 (Entwurf Radbruch)*. Berlin-New York, 2010. p. 314. Grisogni, Filippo. *Il nuovo diritto criminale*, cit., p. 14 seg. Também os autores posteriores a Francesco Carrara, na Itália, mostravam notáveis aberturas nesse sentido, conforme Stoppato, Alessandro. *La scuola giuridica italiana e il progresso del diritto penale*. Bologna, 1908. p. 50 s., que chegou a defender a segregação por tempo indeterminado na ocasião de reforma do instituto da reincidência. Ver, também, Ferri, Enrico. *Stoppato, Ferri e le riforme positiviste*, in *La Scuola positiva*, 1911. p. 246. Cf., também, Antolisei, Francesco. *Pene e misure di sicurezza*, in *Rivista italiana di diritto penale*, 1933. p. 129 s., part. p. 142 s. Nas publicações depois da entrada em vigor do Código Rocco, a sustentar em sua base científica, a necessidade de superar o dualismo pena-medida de segurança, em “um *minimum* de correspondência à gravidade do crime, deixando indeterminado o *maximum*, de modo que a sanção cessa penas com o desaparecimento da periculosidade do condenado [...]”. O problema da unificação entre pena e medida de segurança continuou no debate doutrinário, jurisprudencial – veja-se a problemática da dita “fungibilidade” – e no projeto de reforma. Fundamental o quadro traçado, a seu tempo, por Nuvolone, Pietro. *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, in *Enciclopedia del diritto*, v. XXVI. Milano, 1976. p. 632 seg. Em tempos recentes, sobre a insuperabilidade do art. 25 da Constituição: Caraccioli, Ivo. *Manuale di diritto penale. Parte generale*. 2. ed. Padova, 2005. p. 799; *contra*, Pulitanò, Domenico. *Diritto penale*. 9. ed. Torino, 2021. p. 511.

36. Grisogni, Filippo. *Il nuovo diritto criminale*, cit., p. 38.

37. Algumas referências em Brusa, Emilio. *Ultimo progetto di Codice penale olandese*. Bologna, 1878.

Estão no centro da reforma os dois postulados mais importantes da Escola Positiva: a “responsabilidade social”, sem diferenciação entre imputáveis e imputáveis, e a “periculosidade”, organizando uma adequada defesa social contra os delinquentes habituais, loucos ou deficientes, alcóolatrás, menores de idade, costumeiros ou profissionais, ocasionais e os incorrigíveis ou contumazes.

A influência era visível nos códigos mais modernos da época, como o da Noruega (1902), que introduziu a segregação por tempo indeterminado, no Código da Argentina (1922), da República Russa (1922) e no Peru (1924), que adotou o modelo da “responsabilidade legal”: “a pena deve mensurar-se segundo a culpa e a periculosidade do autor” (art. 51 do CP do Peru).³⁸

3. O APARECIMENTO DO “PROJETO FERRI” DE 1921 E O “CÓDIGO ROCCO” DE 1930

Se as ideias da moderna Escola Italiana influenciaram a legislação nacional e provocaram uma série de projetos de reforma no exterior, um projeto legislativo consagrando aquelas ideias só chegou à Itália em 1921. Isso porque a penetração incessante das teses positivistas teve um revés com a relembrada obra de Arturo Rocco em 1913. Livro imponente e completo que, todavia, não foi poupado da acusação de Enrico Ferri de ser uma “micrologia jurídica” e das críticas ao método e a algumas teses sustentadas.³⁹ Essas teses tiveram duradoura influência sobre os discípulos de Rocco e de outros, que esqueceram a posição sustentada em sua Conferência de 1910.

Arturo Rocco sustentava que a

“ciência do direito penal, conforme sua natureza de ciência jurídica especial, deve-se limitar o objeto de suas pesquisas diretas ao estudo exclusivo do direito penal e, conforme os seus métodos, do único direito penal que exista como dado da experiência, ou seja, o direito penal positivo”.⁴⁰

Ele reconhece como premissas necessárias da ciência jurídica aquelas verdades práticas que a observação e a experimentação impunham para ser reconhecida como tal

“a ciência do direito penal, da antropologia, da psicologia, da sociologia criminal não devem atingir senão os dados positivos de suas construções jurídicas, se aproveita o seu

38. Cf. Grisogni, Filippo. *La trasformazione del diritto penale nella più recente legislazione straniera*, in *Annuario di diritto comparato*, 1940. p. 629 s.

39. Grisogni, Filippo. *Le teorie generali del reato e della pena secondo Arturo Rocco*, in *La Scuola positiva*, 1913. p. 611 s.

40. Rocco, Arturo. *Il problema ed il metodo della scienza nel diritto penale*, in *Rivista di diritto e procedura penale*, 1910, pt. I, p. 497 s., p. 516.

método, seu dado e pressuposto, da indução antropológica, psicológica e sociológica, do mesmo modo com qual se aproveita da análise histórica e comparativa; mas essa não é antropologia, psicologia, sociologia, mais que aquela seja História ou direito comparado”.⁴¹

Não seria possível afirmar com palavras mais exatas a forma daquele direcionamento que viria (e veio) definido como “tecnicismo jurídico”, o qual se ocupou do dano que o crime produz e, também, em larga escala, da capacidade do delinquente a produzir danos ulteriores: o crime é um valor sintomático da personalidade do delinquente, também para os tecnicistas.⁴²

As críticas ao Projeto Ferri apontavam para o conceito de “pena” que seria desnaturado por uma concepção em torno de mera prevenção especial, ao passo que ela deveria continuar a ter firme o princípio retributivo e de prevenção geral para poder considerada enquanto tal.⁴³

O princípio da “responsabilidade legal (ou social)” – acolhido também pelo Projeto Rocco – impõe ainda hoje que se considere a “sanção” penal dedicada a tratar diversamente sujeitos que revelem periculosidades diferentes. Se a “sanção” assume uma conotação de prevenção especial na ideia positivista, não menos essa se propõe na medida de segurança do Código de 1930, voltada tanto aos sujeitos imputáveis quanto aos sujeitos não imputáveis reconhecidamente perigosos, senão esses “corrigíveis” ou “incurrigíveis”, todos necessitando tratamento diferenciado.

Foi assim que se instituiu a Comissão Real para a reforma das leis penais,⁴⁴ com o Decreto Real de 14 de setembro de 1919, n. 1743, por iniciativa do Ministro da Justiça Ludovico Mortara. Era confiado à Comissão a

“simples revisão e correção técnica das leis vigentes segundo os resultados e a perplexidade de sua interpretação doutrinal e aplicação prática, ou a proposta de uma nova e autônoma sistematização de normas legislativas em acordo com os progressos científicos e, sobretudo, com as necessidades sociais, demonstradas pela experiência já de 30 anos da legislação vigente”.

A razão dessa nomeação foi indicada pelo Min. Ludovico Mortara no discurso de instalação da Comissão

41. Rocco, Arturo. *Il problema ed il metodo*, cit., p. 581.

42. Petrocelli, Biagio. *La Scuola positiva come «indirizzo tecnico-scientifico»*, in *Saggi di diritto penale*. Padova, 1952. p. 382 s.

43. Para uma releitura do pensamento de Rocco, ver Altavilla, Enrico. *L'opera scientifica di Arturo Rocco nella visione di un positivista*, in *La Scuola positiva*, 1926. p. 340 seg.

44. A comissão era composta por: E. Ferri (*Presidente*), R. Garofalo, A. Lustig, A. Berenini, A. Stoppato, E. De Nicola, A. Setti, R. De Notaristefani, E. Carnevale, P. Alberici, S. De Sanctis, G. C. Ferrari, S. Ottolenghi, E. Florian, R. Majetti – *Secretários*: F. Grispigni, G. Ricci, A. Spallanzani, A. Santoro, M. Piacentini.

“que as leis não possam suprimir o crime, é verdade de todos os tempos. Mas que, em época de avançada civilidade, se experimente em um país nenhuma eficácia das leis penais em frear o delito, é certamente indício de grave deficiência, senão de um vício orgânico congênito que paralisa a sua função. Agora, na Itália, é comum o sentimento da absoluta ineficácia da legislação atual também ao atingimento do seu fim moderado que se tem o direito de assinalar com a maior temperança de pretensões”.⁴⁵

O mesmo Ministro detectava “a necessidade de sobrepor aquelas leis à acurada revisão e de assegurar à Justiça punitiva sua fundamentada renovação”.

O Decreto Régio de nomeação da Comissão e o Relatório do Ministro ao Rei indicam esses “fundamentos renovados” de acordo com os princípios do positivismo criminológico: finalidade de defesa social, de prevenção, acima da repressão, distinção dos delinquentes com base nos motivos de delinquir e nas particularidades pessoais, avaliação da periculosidade.⁴⁶

Muitas vezes ignorado, o Relatório de Mortara, primeiro Presidente da Corte di Cassazione e que era o Ministro da Justiça na época, condena – com atualidade desconcertante – a essência da iniciativa da reforma proposta pela Magistratura. Testemunha uma grave preocupação insinuada em que aqueles aplicavam as leis em respeito às exigências práticas da vida. Também é destacável o fato de que a iniciativa da reforma da mesma Magistratura foi dada em sentido estritamente positivista.

O método criminológico positivista afrontou as bases da codificação do Projeto de 1921, definida por Enrico Ferri como “obra certamente imperfeita, mas corajosa, admirável e importante” e amplamente discutida na Comissão, na qual ele redigiu o relatório de acompanhamento. Também um penalista “clássico” como Wilhelm Sauer (Professor em Königsberg) disse que Projeto de 1921 “constituía um modelo luminoso para todos os projetos futuros”, ainda que Sauer insistisse na pena-castigo.⁴⁷

4. O DELINQUENTE E A SUA “CLASSIFICAÇÃO ANTROPOLÓGICA”

Entre as muitas orientações político-sociais que destacamos, uma importantíssima que recebeu notável destaque é a personalidade do delinquente adequada à defesa social, atuando no sistema de “responsabilidade legal ou social”.

45. Sobre Lodovico Mortara, considerado um dos grandes juristas italianos do século XX, ver Cipriani, Franco. *Storie di processualisti e di oligarchi. La procedura civile nel Regno d'Italia (1866-1936)*. Milano, 1991, *passim*.

46. Ver o Decreto, o Relatório e o Discurso de instalação da comissão, in *La Scuola positiva*, 1919. p. 289 s.

47. Sauer, Wilhelm. *Lo stato presente della scienza del diritto penale con particolare riguardo al progetto preliminare italiano del 1921*, in *Per il cinquantenario della “Rivista penale”, fondata e diretta da Luigi Lucchini*. Città di Castello, 1925. p. 377 s.

Quanto à distribuição sistemática do conteúdo na codificação, o Projeto não repete a ordem habitual dos códigos penais da sua época. Ao contrário, segue o curso que deve ser percorrido na prática da Justiça Penal, dedicando o primeiro título ao delito, o segundo ao delinquente e o terceiro às sanções. O Código Rocco apresenta um título dedicado ao “delinquente a à pessoa ofendida pelo crime”, depois dos três títulos dedicados à lei penal, à pena e ao crime.

Mesmo que o Projeto Ferri contemplasse só a figura dos delitos, existia há longo tempo a crítica dos positivistas a toda tentativa de distinção ontológica entre delitos e contravenções, salientando apenas uma diferença de grau na gravidade e no valor sintomático da periculosidade criminal que é somente dos delitos, concluindo por um critério fundado apenas na espécie de sanção prevista.⁴⁸

A distinção positivista dos motivos do crime entre “delinquência atávica” e “delinquência evolutiva” reflete-se na distinção operada pelo Projeto entre “crimes comuns” e “crimes político-sociais”. O art. 13 dispõe que “são delitos político-sociais aqueles cometidos exclusivamente por motivos políticos ou de interesse coletivo”.⁴⁹ O texto foi reproduzido nos arts. 7 e ss. do Código Rocco, distinguindo, de modo mais restritivo, entre crime “objetivamente político” e crime “subjetivamente político”.

Seguindo uma exposição que agrupa as “formas de manifestação do crime” e a “culpabilidade” em sentido amplo, há importantes inovações com relação ao Código Zanardelli, inteiramente reproduzidas no Código de 1930.

Começando com a *imputabilidade*, o Projeto Ferri abandona a “liberdade de agir” que tinha chegado por meio do art. 34 do Código Penal Toscano, com modificações, no art. 46 do CP de 1889.⁵⁰ O art. 46 do CP havia reduzido a uma simples “voluntariedade” e “liberdade dos próprios atos”, o que era insuficiente para defender a sociedade dos delinquentes loucos – muitas vezes reincidentes – e dos delinquentes habituais, contra os quais se respondia sempre com penas proporcionais à retribuição da culpa moral.⁵¹

A solução adotada foi a “responsabilidade legal” no art. 18 do Projeto, “os autores e partícipes de um crime são sempre responsáveis, exceto nos casos de justificação do fato”.⁵² Se é assim realizado, como observa o Relatório, a última consequência lógica do

48. Ferri, Enrico. *Principii di diritto criminale*, cit., p. 123; Ferri, Enrico. *Relazione sul Progetto preliminare di codice penale italiano* (Libro I), in *La Scuola positiva*, pt. I, 1921. p. 20.

49. *Relazione sul Progetto preliminare di codice penale italiano*, cit., p. 28.

50. Cf. Majno, Luigi. *Commento al Codice Penale Italiano*, v. I, cit., p. 114 seg.

51. A distinção doutrinária e legislativa (arts. 46, 47, 48, 51, 52 a 59 do CP de 1889) entre imputáveis responsáveis e irresponsáveis, mais ou menos responsáveis por excepcionais condições físico-psíquicas, havia levado a graves consequências práticas de absolvição ou condenação, mais ou menos grave, transformando o debate judiciário entre acusação e defesa em uma “logomaquia” e frequentemente em algo pior para deformar a realidade dos fatos humanos. Assim a *Relazione sul Progetto preliminare di codice penale italiano*, cit., p. 9.

52. A linguagem utilizada é deliberadamente privada de tecnicismo, podendo ser substituída com palavras de uso comum e da forma mais clara possível, como explicitamente dito na *Relazione sul*

positivismo é considerar qualquer pretensão irrealizável de mensurar a “culpa” do condenado como estranha à Justiça penal, atribuindo à pena a função de “defesa social” em relação à “periculosidade” do delinquente.⁵³

O Código Rocco recebeu a “responsabilidade” dos imputáveis e dos inimputáveis igualmente por um lado. Por outro, preparou um sistema específico de sanções criminais, restabelecendo as funções retributiva e de prevenção geral da pena do Projeto Ferri e com respeito às funções ressocializadora e curativa, conforme os casos da medida de segurança.

Também o sistema atual prescinde da demonstração do “livre-arbítrio” baseado no “determinismo psicológico”, sem chegar ao mais amplo conceito positivista de imputabilidade na formulação dos arts. 85 e seguintes.⁵⁴ A função atribuída à imputabilidade é de “especializar” a sanção em abstrato prevista pela lei em “medida de segurança” para os sujeitos não imputáveis,⁵⁵ mostrando, todavia, significativos “alargamentos” no sentido da “consciência moral”.⁵⁶ Os distúrbios, sobretudo vinculados à esfera intelectual, poderiam dar lugar a uma valoração desfavorável pela declaração de “delinquente por tendência”.⁵⁷

A codificação atualmente em vigor também recebeu as fórmulas definidoras da responsabilidade a título de dolo ou de culpa. A norma do art. 12 do Projeto de 1921 define como “doloso” o fato “cometido intencionalmente”, ao passo que a responsabilidade por culpa apresenta novidade em relação ao art. 371 do Código Zanardelli, que contemplava somente a inobservância de deveres próprios especiais. A definição da responsabilidade por culpa está baseada no Projeto Ferri na inobservância de regulamentos, ordens ou disciplinas, ou, ainda, por imperícia, imprudência, negligência, imprevidência, segundo a experiência comum e o modo comum de operar em relação à condição social do agente.

Há notáveis aberturas abandonadas pelo Código atual, como a exculpante por ignorância da lei penal (art. 12, n. 9), causada por força maior ou por erro que não configurasse negligência. A exculpante não era cabível nos delitos sancionados com a “segregação rigorosa” (art. 19, co. 3), que são evidenciados pelo sentido humano enquanto tais, independentemente de qualquer consciência da sua punibilidade. Antecipa-se, assim,

Progetto preliminare di codice penale italiano, cit., p. 15. O Código Rocco – como é notável – refinou a linguagem, sempre clara e linear, que rende um brilhante exemplo de perfeição de técnica legislativa.

53. *Relazione sul Progetto preliminare di codice penale italiano*, cit., p. 38.

54. Cf. Petrocelli, Biagio. *La scuola positiva come «indirizzo tecnico-scientifico»*, in *Saggi di diritto penale*. Padova, 1952. p. 386 s.

55. Gallo, Marcello. *Capacità penale*, in *Novissimo Digesto Italiano*, v. II, 1958. p. 880 ss.

56. Cf. Frosali, Raul Alberto. *Sistema penale italiano*, v. II, cit., p. 628. *Contra*, Saltelli, Carlo; Romano Di Falco, Enrico. *Commento teorico-pratico del nuovo codice penale*, v. I, pt. II. Torino, 1931. p. 556.

57. Ver Frosali, Raul Alberto. *Sistema penale italiano*, v. II, cit., p. 628. *Contra*, Saltelli, Carlo; Romano Di Falco, Enrico. *Commento teorico-pratico del nuovo codice penale*, v. I, pt. II. Torino 1931. p. 556.

notavelmente o debate que distinguiu entre os à época chamados de “crimes artificiais” – sobretudo as contravenções – com possibilidade da excusante da chamada “boa fé” e os chamados de “delitos naturais”, para os quais não se adotaria a exculpante em linhas gerais.

O capítulo segundo do título II enumera um sistema nos arts. 20, 21 e 22 acolhido e aperfeiçoado pelo Código Rocco,⁵⁸ de circunstâncias comuns que indicam maior ou menor periculosidade representando a classificação antropológica dos delinquentes. Assim, entre as circunstâncias de maior periculosidade, algumas dão relevo aos “sintomas” da “delinquência congênita” (delinquente nato ou instintivo ou por tendência congênita) ou “por tendência adquirida”: precedentes penais, anormalidades orgânicas e psíquicas que, por não se apresentarem como enfermidades mentais, revelam “tendências criminosas”.⁵⁹ Outras circunstâncias tratam dos sintomas da “delinquência passional” (art. 22, n. 3 e 4 do Projeto). Interessante é a atenuante da pena por “haver agido por sugestão de multidão em tumulto”, fórmula literalmente acolhida no art. 62, n. 3, do CP de 1930. Até então, por efeito da doutrina de Ferri, a jurisprudência aplicava o art. 47 do CP a parcial enfermidade mental.

Os capítulos III e IV do título II disciplinam o tratamento dos delinquentes reinidentes e dos delinquentes habituais, reconhecidos nos arts. 99 e 102 e seguintes do Código Penal atual. As ideias gerais da Escola Positiva italiana divergiam da Escola Clássica italiana nesse ponto. A reincidência era considerada, geralmente, uma circunstância agravante da quantidade de pena sem mudar sua qualidade da pena para a Escola Clássica, ao passo que para a Escola Positiva “é um dos mais seguros sinais que revelam o delinquente instintivo é incorrigível”.⁶⁰

Segundo Garofalo, era evidente e “pouco lógico, inclusive, acertar a reincidência sempre com penas do mesmo gênero [...]. A melhor prova que o primeiro meio adotado não atingiu seu fim é o cometimento do novo delito”.⁶¹ Conforme a “nova direção”, a reincidência é um sintoma, um elemento para a classificação dos delinquentes para a consequente aplicação de tratamentos especiais, segundo a forma e o grau de temeridade que a reincidência contribuiu a relevar, desconsiderando completamente as arbitrárias limitações de tempo e a ociosa e irracional distinção entre “reincidência própria” e “reincidência imprópria”.⁶²

O Código Rocco considerou a “reincidência” como agravante da pena a infligir-se a um crime cometido sucessivamente a uma condenação definitiva e definiu integralmente

58. Ver os arts. 61, 62 e 133 do CP.

59. Ver o art. 108 do CP italiano de 1930, que contempla o “delinquente por tendência”.

60. Garofalo, Raffaele. *Criminologia. Studio sul delitto e sulla teoria della repressione*. 2. ed. Torino, 1891. p. 370; Puglia, Ferdinando. *Della recidiva. Studi critici di diritto criminale*. Napoli, 1885. p. 53.

61. Garofalo, Raffaele. *Criminologia*, cit., p. 368.

62. Garofalo, Raffaele. *Criminologia*, cit., p. 368.

a figura do “delinquente habitual” e do “delinquente profissional” em “tipos” normativos⁶³ identificados no Projeto Ferri. A reincidência e a habitualidade são consideradas circunstâncias agravantes comuns na mencionada “unitariedade” da sanção. Os delinquentes profissionais e por tendência persistente são enquadrados em duas das quatro categorias de delinquentes habituais: mais precisamente naquelas que revelam maior grau de periculosidade e de incorrigibilidade.

Inidoneidade da disciplina da reincidência no art. 80 do CP de 1889 para lutar contra o fenômeno da delinquência habitual e profissional (ou de ofício) com simples agravamentos da pena levou o legislador a apresentar uma série de medidas preventivo-reeducativas que, consideradas ao todo, agravavam significativamente o caráter sancionatório.⁶⁴ As medidas de prevenção especial reconectaram uma série de presunções de periculosidade, expressão do “duplo binário” introduzido desde a codificação de 1930: a pena e a medida de segurança podem se referir a um sujeito imputável.⁶⁵

Uma disposição de derivação positivista frequentemente negligenciada pela doutrina e tratada indistintamente entre as várias disposições “definitórias” abundantes no Código Rocco, cuja identificação deveria ter importância fundamental para a compreensão do sistema, no qual confluíam elementos objetivos e subjetivos, válidos não só para o limitado campo das “formas especiais de periculosidade”, mas para todo o ordenamento penal. O art. 101 do CP dispõe que são considerados crimes da mesma índole para efeitos de lei penal: a) não somente aqueles que violam uma mesma disposição legal; b) mas também aqueles que, apesar de previstos em disposições legais diversas, apresentam características fundamentais comuns na natureza dos fatos que os constituem (critério objetivo) ou nos motivos determinantes (critério subjetivo).

O reconhecimento explícito dos “motivos para delinquir”, como elementos fundamentais da estrutura da “reincidência agravada”, assim como a “funcionalização” da reincidência agravada com relação aos “motivos” para declaração de delinquente habitual (art. 102 do CP), consagra um dos pilares do positivismo criminológico, tensionados a

63. Fundamentalmente neste ponto o trabalho de Calvi, Alessandro. *Tipo criminologico e tipo normativo d'autore*. Padova, 1967.

64. Caraccioli, Ivo. *I problemi generali delle misure di sicurezza*. Milano, 1970. p. 603 ss.

65. No Congresso da *Association internationale de droit pénal* (Bruxelas, 1926), foi aprovada por unanimidade a primeira parte da ordem do dia de Ferri, que estabelecia a necessidade de codificações que previssessem, ao lado da pena, a medida de segurança, seja contra delinquentes mais perigosos por anormalidade ou para aqueles de tendência ou habituais, seja contra delinquentes juvenis, mais ou menos reeducáveis. Na segunda parte, foi aprovada por maioria a previsão de medida de segurança determinada pela personalidade do delinquente mais ou menos reeducável para a vida social, e que as penas e medidas de segurança são atos jurisdicionais, com faculdade ao juiz em aplicar uma ou outra, conforme as circunstâncias do fato e da personalidade do imputado. Esta última foi substituída por uma emenda para dar ao juiz a faculdade de aplicar uma ou outra em conjunto, não obstante não se aceitasse a ideia de identidade substancial entre pena e medida de segurança. Cf. Ferri, Enrico. *Sociologia criminale*, cit., p. 453, nota.

atribuir máxima relevância à pessoa do condenado, à participação “afetiva” no crime e à conduta antissocial.

Além disso, o art. 101 do CP opera a reincidência específica também em relação aos crimes previstos fora do Código Penal, igualmente ao Código revogado. Diversamente, o Projeto Ferri excluía a “mesma natureza” entre os “crimes comuns” e os “crimes exclusivamente militares”, as contravenções, os crimes culposos e os crimes político-sociais não cometidos com homicídio, incêndio, pilhagem e roubo (art. 26). Foi superado o método casuístico de 1889, que considerava de mesma natureza os crimes incluídos em um mesmo capítulo do Código e os indicados por um específico rol em referência às características fundamentais do crime (art. 82). Assim se convalidou o critério de especialidade em concreto na resolução de conflito “sincrônico” de normas, já expresso no art. 15 do CP de 1930.

O Projeto Ferri corrige também os inconvenientes apresentados sistema do “cúmulo jurídico” das penas do Código Zanardelli, estabelecendo que “ao responsável por mais crimes se aplica a sanção estabelecida para o delito mais grave” (art. 23). Os outros delitos são considerados como circunstâncias de maior periculosidade segundo a modulação dos parágrafos do art. 75.

A reintrodução da disciplina da continuação delitiva no Código Rocco – originariamente descartada do Projeto preliminar – causou polêmicas e foi derrubada posteriormente pela “minirreforma penal” de 1974.⁶⁶

5. OS INSTITUTOS DA TEORIA GERAL DO ILÍCITO PENAL

Os institutos de “teoria geral” do crime apresentados como inovações radicais do Código Rocco em relação ao modelo Zanardelliano já constavam na consideração da Comissão. Um exame do Projeto de 1921 demonstra que os problemas da aplicação cotidiana do direito estavam presentes na atenção da comissão, que reputou indispensável superar as dificuldades subjacentes das formulações legislativas precedentes.

Duas das mais importantes formas de manifestação do crime são acusadas de excessivo rigor e de expressão da orientação ideológico-política do sistema como se diz até hoje.⁶⁷ Em verdade, elas são resultado do “método” positivo de observação dos fenômenos reais enquanto tais, desligados de todo contexto ideológico e cultural.

66. Sobre os efeitos da reforma de 1974 e para uma reapreciação do tema no Projeto Ferri, cf. Licci, Giorgio. *Considerazioni sulla riduzione ad unità dei comportamenti penalmente rilevanti*, in *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, cit., p. 457 s.

67. Contento, Gaetano. *Corso di diritto penale*, v. II. 3. ed. Bari, 1996. p. 410. Em sentido contrário, Caraccioli, Ivo. *Il tentativo*, in *Studi in onore di Giuliano Vassalli*, v. I. Milano, 1991. p. 200.

a) *O crime tentado e o crime impossível*

O Projeto abandona a distinção entre “crime tentado” e “crime não consumado”, como esforço de simplificação e esclarecimento daqueles que deveriam ser os “pontos cardiais” da estrutura do crime tentado. A distinção é reputada como geradora de incertezas na decisão judicial⁶⁸ e de injustiça substancial do igual tratamento sancionatório entre o crime consumado e não consumado.

Em caso de não consumação do crime por circunstâncias acidentais independentes da vontade do agente, é “facultado” ao juiz aplicar as sanções estabelecidas ao crime consumado, tendo em conta a “modalidade do fato” e da ação esclarecida (art. 16), podendo diminuir a pena conforme a “periculosidade” do sujeito até a concessão de perdão judicial com ressarcimento do dano em algumas situações (art. 76, § 2º).

A observação dos fatos tornava cientificamente impossível isolar a tentativa da personalidade do agente e de suas intenções. Não se pode ajuizar moral ou juridicamente sobre o que o delinquente pretendia consumir senão em relação ao delito pretendido.

Esta última anotação estava bem presente para os compiladores do Código de 1930, sendo transcrita literalmente na atual “a cometer um crime” do art. 56 do CP), que condiciona a interpretação de elemento estrutural realmente inovador nas legislações modernas: a “direção inequívoca dos atos”. Nessa ótica, o Projeto Ferri, apesar do pretensão atecnicismo, continha múltiplas indicações e materiais para o subseqüente Projeto Rocco.

Outros pontos dignos de atenção estão contidos no art. 16, § 2º, com referência aos “meios idôneos” – já presentes no Código Zanardelli e depois transformados em “atos idôneos” – que tenham tornado ineficaz a execução do crime ou quando a execução tenha sido impedida pela “impossibilidade” do fim.

Tal “impossibilidade” deu lugar a um dos debates mais acesos na doutrina italiana,⁶⁹ já era perfeitamente entendida por Ferri, seja no sentido material do termo (inexistência do objeto da ação), seja no sentido jurídico (inidoneidade da ação), que encontrou pleno reconhecimento no parágrafo do art. 49 do CP de 1930.⁷⁰

Essa ideia coerente com a defesa social prevê a faculdade de o juiz submeter o agente à medida de segurança da liberdade condicional não detentiva.⁷¹ Em consonância com a abordagem fortemente garantista expressa nos arts. 1 e 2 do CP, a não punição da

68. Ferri, Enrico. *Principii di diritto criminale*, cit., p. 543 s. Cf., também, Antolisei, Francesco. *Osservazioni critiche sul concetto del delitto mancato*, in *Rivista di diritto e procedura penale*, 1912. p. 1 s.

69. Por todos: Caraccioli, Ivo. *Il tentativo*, cit., p. 206 seg.

70. O Projeto Rocco de 1927, no art. 52, estabelecia que “não é crime quando, por inidoneidade da ação ou por inexistência do objeto, seja objetivamente impossível o resultado de dano ou de perigo”.

71. Ferri, Enrico. *Principii di diritto criminale*, cit., p. 546.

tentativa inidônea foi inteiramente repetida sobre a “desistência voluntária” e a “retração ativa” no art. 15 do Projeto.

b) *A comparticipação criminosa*

O Projeto positivista de 1921 continha diretivas de política legislativa, política criminal e modelos de formulação de preceitos utilizados pelo legislador de 1930 com várias combinações entre elas. Um dos casos de recepção completa de um instituto foi o “concurso de pessoas” na realização do crime, formulado na primeira parte do art. 17 do Projeto Ferri: “quem, como autor, coautor ou cúmplice, materialmente ou moralmente concorre de qualquer modo ao crime, é submetido às sanções estabelecidas para eles”.

O distanciamento do Código predecessor de 1889 não poderia ser mais claro para evitar as dificuldades de aplicação decorrentes da tipificação das formas de participação⁷² e para adequar a pena à perigosidade do partícipe, como foi demonstrado. A disciplina do concurso de pessoas no crime é sabidamente enquadrada no âmbito do princípio da periculosidade, como emerge da leitura dos trabalhos preparatórios do Código: “é possível conceber um *plus* ou um *minus* de responsabilidade penal? Sim, não em virtude dos conceitos tradicionais que distinguem a cota de causalidade dos participantes singulares, mas conforme a pessoa seja mais ou menos perigosa ou malvada”.⁷³

O Relatório ao projeto do Código de 1930 é ainda mais preciso

“em matéria de concurso de pessoas no mesmo crime, o Projeto inovou profundamente sobre o direito vigente, abandonando a distinção entre participação primária (coautoria) e participação secundária (cumplicidade), entre participação moral ou psíquica e participação material, entre coautores e cooperadores imediatos, entre cúmplices necessários e não necessários. Exigências teóricas e práticas inspiraram o sistema adotado, que equipara todas as formas de concurso, principais e acessórios, morais e materiais. A forma de participar no crime pode ser levada em consideração, não para atribuir as ações individuais dos concorrentes uma importância causal diversa, mas para deduzir elementos sintomáticos sobre o maior ou menor periculosidade dos culpados”.⁷⁴

72. Cf. Majno, Luigi. *Commento al codice penale italiano*, v. I, cit., p. 222 s.; Saltelli, Carlo; Romano Di Falco, Enrico. *Commento teorico-pratico del nuovo codice penale*, cit., p. 567.

73. Rocco, Arturo, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, v. IV, *Atti della Commissione ministeriale incaricata di dare parere sul progetto preliminare di un nuovo Codice Penale*, pt. XI, *Verbali delle sedute della Commissione* (Libro I del Progetto). Roma, 1929. p. 351.

74. Rocco, Alfredo. *Relazione al progetto definitivo di un nuovo codice penale*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, v. V, pt. I, *Relazione sul Libro I del Progetto*. Roma, 1929. p. 165-166.

A acusação de derivação autoritária da disciplina do concurso de pessoas no crime,⁷⁵ própria do regime imperante à época, deve ser considerada fora de lugar.

À parte da não coincidência temporal do Projeto de 1921 com a mudança do regime político, a supressão de distinções apriorísticas respondia à exigência de melhor individualização da sanção criminal segundo a periculosidade dos concorrentes, explicada nas circunstâncias dos arts. 111 e 112 do CP de 1930, que reproduziam as circunstâncias de maior periculosidade do art. 21 do Projeto Ferri. Especialmente, pode-se citar a execução do crime abusando da conduta de menores, deficientes, doentes mentais, alcoólatras ou servindo-se da conduta de outros delinquentes contemplada no n. 9. São circunstâncias que o Código Rocco classificou, com notável esforço de sistematização, como indícios de maior periculosidade criminal e que podem também funcionar para a afirmação de menor periculosidade, dependendo das circunstâncias de fato (art. 114).⁷⁶

6. O RESSARCIMENTO DO DANO

Já foi indicada a influência que a nova Escola Positiva teve imediatamente sobre o direito positivo em formação e sobre o Código de Processo Penal de 1913, o qual desenvolveu a ideia positivista publicista de tutela indenizatória. Há uma série de disposições fortemente assertivas nesse sentido.

O Ministério Público podia se tornar parte no processo penal, no interesse do menor ou do incapaz de prover a si mesmo “por doença da mente ou do corpo” que não tivesse constituído parte civil quando lesado e se manifestado contrariamente (art. 64 do CPP). O Juiz da instrução tinha o dever de apurar o dano produzido pelo crime mesmo se “o lesado não tenha constituído parte civil” (art. 190, *caput*, do CPP). Igualmente o dever de condenar o imputado ao ressarcimento do dano mesmo sem a constituição de parte civil (art. 430, *in fine*, do CPP).

Por tudo isso, é clara a ideia de ressarcimento dos danos como “meio de luta contra o crime”. Em particular, parece que a sanção do ressarcimento está ligada à finalidade de prevenção semelhante às sanções penais em tal aspecto.

Mais concretude tiveram essas regras esparsas no Projeto de 1921. O ressarcimento do dano é posto em primeiro plano na concepção “integral” dos meios de luta contra a criminalidade, que é a pedra angular do sistema criminal de Enrico Ferri. O duplo

75. Seminara, Sergio. *Tecnica normative e concorso di persone nel reato*. Milano, 1987. p. 26 s.

76. Uma doutrina contemporânea com plena consciência disso definiu a atual disciplina da participação com uma conotação de “atipicidade” estrutural, devida à maior temibilidade da criminalidade coletiva. Em razão disso, desvinculou-se o juiz de esquemas rígidos para poder fazer frente à necessidade repressiva contingente, respondendo às necessidades de defesa social devidas à multiplicidade de casos concretos que a criminalidade coletiva apresenta, Insolera, Gaetano. *Concorso di persone nel reato*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, Aggiornamento, v. I, 2000. p. 68.

prejuízo (público e privado) decorrente do crime aparece em Ferri como unidade ideal, de modo a induzir a acreditar que o Estado não deve se desinteressar do referido prejuízo que concerne aos interesses da pessoa ofendida ou lesada.⁷⁷

Daqui decorre que o ressarcimento do dano não pode ser confiado somente à iniciativa privada, mas deve ser assumido pela função pública estatal, em razão do caráter “sancionatório” de instrumento de defesa social pela reconhecida finalidade preventiva reconhecida expressamente por Ferri. A experiência mostra que as sanções pecuniárias e patrimoniais possuem eficácia dissuasiva maior do que as penas de prisão para alguns criminosos: “a obrigação de ressarcir o dano, sem as dificuldades para o ofendido de ingressar com uma ação civil, pode constituir para o condenado um dissuasor mais eficaz que a prisão”⁷⁸. Nesse sentido, é natural reconhecer que o ressarcimento dos danos *ex delicto* venha disciplinado como uma função do Estado, sem chegar a ter natureza penal, mesmo que realizada dentro do processo penal sem necessidade de uma instância especial para o ofendido ou lesado.

O art. 90 do Projeto não só estabelece que a condenação penal “não prejudica” o ressarcimento dos danos, mas também afirma significativamente o princípio que toda sentença condenatória deve

“impor a obrigação de restituir o retirado à parte lesada e aos seus herdeiros e de ressarcir o dano, fixando a soma total se esta possa ser estabelecida desde os documentos processuais ou uma soma proporcional ao dano causado, à gravidade e modalidade do crime e às condições econômicas do imputado e sua família e do lesado e seus herdeiros”.

7. PERICULOSIDADE CRIMINAL E MEDIDAS DE SEGURANÇA

A influência mais importante do positivismo criminológico sobre o Código Rocco é normalmente apontada no instituto – amplamente recebido e sistematizado – da medida de segurança.

A distinção entre “penas” e “medidas de segurança” está longe de ser clara e decisiva, sobretudo pelas suas aplicabilidades aos imputáveis, confirmando o ponto de vista positivista de sua identidade substancial. Mesmo assim, a opção metodológica do Código de 1930 diferencia-se notavelmente da previsão de duas verificações da “capacidade para delinquir” e da “periculosidade social” da pessoa que cometeu o fato, quando se teme que possa cometer novos fatos previstos como crimes.

As instituições fortemente garantistas da ideia do novo Código Penal vincularam o juiz a aplicar a medida de segurança tendo em conta a pena prevista em abstrato pelo

77. Ferri, Enrico. *Principii*, cit., p. 409.

78. Ferri, Enrico. *Sociologia criminale*, v. II. Torino, 1930. p. 451 ss.

crime cometido e das condições físico-psíquicas do réu, bem como da codificação de determinados tipos normativos de delinquentes perigosos.

Sem alongar no assunto, o que exigiria muito mais aprofundamento,⁷⁹ basta recordar as características salientes do positivismo presentes no sistema de medidas de segurança. Além da duração determinada apenas no mínimo, algumas mais notáveis são aplicadas a figuras de delinquentes que a psicologia e a antropologia criminal definiram esquematicamente. Por exemplo, a colônia agrícola e a casa de trabalho aplicam-se aos criminosos habituais, profissionais e por tendência – que os positivistas chamavam “delinquente por tendência congênita” – sem qualquer limitação artificial para o juiz. Assim como o moderno instituto do “reexame” da periculosidade, adotou o conceito positivista de “relatividade” e “sanabilidade” da periculosidade.

8. REFERÊNCIAS

- Altavilla, Enrico. *La scuola positiva e Filippo Grispigni*. In: *La Scuola Positiva*, 1956, *In memoria di Filippo Grispigni*.
- Altavilla, Enrico. *L'opera scientifica di Arturo Rocco nella visione di un positivista*, in *La Scuola positiva*, 1926.
- Antolisei, Francesco. *Osservazioni critiche sul concetto del delitto mancato*, in *Rivista di diritto e procedura penale*, 1912.
- Antolisei, Francesco. *Pene e misure di sicurezza*, in *Rivista italiana di diritto penale*, 1933.
- Brusa, Emilio. *L'ultimo progetto di Codice penale olandese*. Bologna, 1878.
- Brusa, Emilio. *Sul nuovo positivismo nella giustizia penale. Riflessioni di un critico che preferirebbe il vecchio*. Roma-Torino-Napoli, 1887.
- Calvi, Alessandro. *Tipo criminologico e tipo normativo d'autore*. Padova, 1967.
- Caraccioli, Ivo. *I problemi generali delle misure di sicurezza*, Milano, 1970.
- Caraccioli, Ivo. *Il tentativo*, in *Studi in onore di Giuliano Vassalli*, v. I, Milano 1991.
- Caraccioli, Ivo. *Manuale di diritto penale. Parte generale*. 2. ed. Padova, 2005.
- Ceniceros-Martinez, José, Angel. *Eugenio Florian. Homenaje*, México, 1940.
- Cipriani, Franco. *Storie di processualisti e di oligarchi. La procedura civile nel Regno d'Italia (1866-1936)*, Milano, 1991.
- Contento, Gaetano. *Corso di diritto penale*, v. II, 3. ed., Bari, 1996.
- Dezza, Ettore. *Zanardelli: un codice positivista?*. In: Vinciguerra S. (Ed.). *Il Codice penale per il Regno d'Italia (1889)*. Padova, 2009.
- Ferri, Enrico. *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*. Bologna, 1881.

79. Cf., para questões relacionadas, Pelissero, Marco. *Crisi e mutazioni del sistema del doppio binario*, in *Verso una riforma del sistema sanzionatorio?*. Torino, 2008. p. 129 s.

- Ferri, Enrico. *Il nuovo Codice di Procedura Penale. Prime impressioni*, in *La Scuola positiva*, 1914.
- Ferri, Enrico. *La camorra accademica nel concorso di diritto penale a Padova*, ivi, 1897.
- Ferri, Enrico. *La scuola positiva nelle università estere ed italiane*, in *La Scuola positiva*, 1899.
- Ferri, Enrico. *Sociologia criminale*. 5. ed. Torino, 1930.
- Ferri, Enrico. *Prelezione al corso di diritto e procedura penale nella R. Università di Siena*. Siena, 1883.
- Ferri, Enrico. *Principii di diritto criminale*. Torino, 1928.
- Ferri, Enrico. *Stoppato, Ferri e le riforme positiviste*, in *La Scuola positiva*, 1911.
- Florian, Eugenio. *Il metodo positivo nella scienza del diritto penale*, in *La Scuola positiva*, pt. I, 1926.
- Frassati, Alfredo. *Diritto penale o sociologia criminale?*. Torino, 1892.
- Frassati, Alfredo. *La nuova scuola di diritto penale in Italia e all'estero*. Torino, 1891.
- Frosali, Raul Alberto. *Sistema penale italiano*. v. II, Torino, 1958.
- Gallo, Marcello. *Appunti di diritto penale*, v. IV, *Della estinzione del reato e della pena*. Torino, 2006.
- Gallo, Marcello. *Capacità penale*, in *Novissimo Digesto Italiano*, v. II, 1958.
- Gallo, Marcello. *Il contributo di Francesco Antolisei alle dottrine generali del diritto penale*, in *Studi in onore di Francesco Antolisei*, v. II, Milano 1965.
- Gallo, Marcello. *La piccola frase di Mortara*, Torino, 2014.
- Garofalo, Raffaele. *Criminologia. Studio sul delitto e sulla teoria della repressione*. 2. ed. Torino, 1891.
- Garraud, René. *Traité théorique et pratique du Droit pénal français*. t. I. 3. ed. Paris, 1913.
- Goltsche, Friederike. *Der Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuches von 1922 (Entwurf Radbruch)*. Berlin-New York, 2010.
- Grispigni, Filippo. *Errori e leggende tedesche sulle teorie della Scuola positiva italiana*, in *Progresso del Diritto Criminale*, 1911.
- Grispigni, Filippo. *Florian giurista della scuola positiva*, in *Eugenio Florian. Maestro del positivismo penale*, Quaderni di "Criminalia", Milano, 1940.
- Grispigni, Filippo. *Il nuovo diritto criminale negli avamprogetti della Svizzera, Germania ed Austria*. Roma-Milano-Napoli, 1911.
- Grispigni, Filippo. *Il penetrare e il diffondersi della Scuola positiva italiana in Germania*, in *Archivio di antropologia criminale, psichiatria, medicina legale*, 1911.
- Grispigni, Filippo. *La lotta delle scuole criminali in Germania*, in *La Scuola positiva*, 1908.
- Grispigni, Filippo. *La trasformazione del diritto penale nella più recente legislazione straniera*, in *Annuario di diritto comparato*, 1940.

- Grispigni, Filippo. *Le teorie generali del reato e della pena secondo Arturo Rocco*, in *La Scuola positiva*, 1913.
- Grispigni, Filippo. *La odierna scienza criminale in Italia*. Milano, 1909.
- Insolera, Gaetano. *Concorso di persone nel reato*, in *Digesto delle discipline penalis- tiche*, Aggiornamento, v. I, 2000.
- Kantorowicz, Hermann. *Der italienische Strafgesetzentwurf und seine Lehre*, in *Festschrift für Otto Lenel*. Leipzig, 1921.
- Licci, Giorgio. *Considerazioni sulla riduzione ad unità dei comportamenti penal- mente rilevanti*, in *Scritti in memoria di Giuliano Marini*. Napoli, 2010.
- Maggiore, Giuseppe. *Correnti filosofiche e riforme penali*, in *Scritti giuridici in me- moria di Eduardo Massari*. Napoli, 1938.
- Majno, Luigi. *Commento al codice penale italiano*. 2 v. 3. ed. Torino, 1911.
- Majno, Luigi. *Il nuovo codice penale e la Scuola positiva*, in *Monitore dei tribunali*, 1890.
- Neppi Modona, Guido. *Scuola positiva e diritto penale trenta anni dopo*, in *Scritti in memoria di Giuliano Marini*. Napoli, 2010.
- Nuvolone, Pietro. *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, in *Enciclopedia del diritto*, v. XXVI. Milano, 1976.
- Pelissero, Marco. *Crisi e mutazioni del sistema del doppio binario*, in *Verso una rifo- rma del sistema sanzionatorio?* Torino, 2008.
- Petersen, Julius. *Willensfreiheit, Moral und Strafrecht*. München, 1905.
- Petrocelli, Biagio. *La Scuola positiva come «indirizzo tecnico-scientifico»*, in *Saggi di diritto penale*. Padova, 1952.
- Progetto del Codice penale per il Regno d'Italia*, vol. I, *Relazione Ministeriale*, Libro I, in *Atti Parlamentari della Camera dei Deputati*. Roma, 1887.
- Puglia, Ferdinando. *Della recidiva. Studi critici di diritto criminale*. Napoli, 1885.
- Pulitanò, Domenico. *Diritto penale*. 9. ed. Torino, 2021.
- Ranieri, Silvio. *Il diritto penale e la tradizione giuridica italiana*, in *Monitore dei tribunali*, 1921.
- Ranieri, Silvio. *Il problema del metodo giuridico nel pensiero di Filippo Grispigni*. In: *La Scuola Positiva*, 1956, In memoria di Filippo Grispigni.
- Rocco, Arturo. *Il problema ed il metodo della scienza nel diritto penale*, in *Rivista di diritto e procedura penale*, 1910.
- Rocco, Arturo. in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura pena- le*, v. IV, *Atti della Commissione ministeriale incaricata di dare parere sul progetto preliminare di un nuovo Codice Penale*, pt. XI, *Verballi delle sedute della Commis- sione* (Libro I del Progetto). Roma, 1929.
- Rocco, Arthuro. *Loggetto del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alle teorie generali del reato e della pena*. Torino, 1913.

- Rocco, Alfredo. *Relazione al progetto definitivo di un nuovo codice penale*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, v. V, pt. I, *Relazione sul Libro I del Progetto*. Roma, 1929.
- Ruggiero, Gianluca. *Un giurista dimenticato: Raul Alberto Frosali*, in *Archivio penale* (web), 3/2021.
- Santoro, Arturo. *Il risarcimento del danno da reato nel sistema criminologico ferriano*, in *Enrico Ferri. Maestro della scienza criminologia*. Milano, 1941.
- Saltelli, Carlo; Romano Di Falco, Enrico. *Commento teorico-pratico del nuovo codice penale*, v. I, pt. II. Torino, 1931.
- Sauer, Wilhelm. *Lo stato presente della scienza del diritto penale con particolare riguardo al progetto preliminare italiano del 1921*, in *Per il cinquantenario della "Rivista penale", fondata e diretta da Luigi Lucchini*. Città di Castello, 1925.
- Sbriccoli, Mario. *Il diritto penale liberale. La «Rivista Penale» di Luigi Lucchini*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*. Milano, 1987.
- Seminara, Sergio. *Tecniche normative e concorso di persone nel reato*. Milano, 1987.
- Stoppato, Alessandro. *La scuola giuridica italiana e il progresso del diritto penale*. Bologna, 1908.

PESQUISAS DO EDITORIAL

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A responsabilidade civil é independente da criminal, em termos: a propósito da contribuição da criminologia positivista à transformação da responsabilidade civil, de Maira Rocha Machado – *RBCCrim* 65/317-344;
- O Código Criminal do Império e seu papel no Direito Penal brasileiro, de Bruna de Carvalho Santos Pineschi e Daniel Aquino de Sousa – *RBCCrim* 131/79-115;
- Sistema Criminal e Direito Penal do inimigo: uma análise crítica do conceito de inimigo aplicado à realidade brasileira, de Silma Pacheco Ramos – *RT* 1007/207-225; e
- "Uma linguagem antijurídica" as críticas ao projeto de parte geral de Código Criminal italiano da comissão Enrico Ferri na *rivista penale* (1919-1923) "*an antijuridical language*": the criticism to the project of the general portion of the italian criminal code by the enrico ferri comission in *rivista penale* (1919-1923), de Ricardo Sontag – *RBCCrim* 104/31-52.