

DOCTRINA INTERNACIONAL

A CONTRIBUIÇÃO ITALIANA AO PENSAMENTO JURÍDICO-PENAL ANGLO-SAXÃO*

ELIO MORSELLI

Professor de Direito Penal da Universidade de Perugia, Itália.

A contribuição da Itália para a evolução do pensamento jurídico-penal anglo-saxão pode ser sintetizada em cinco etapas fundamentais, que seguem:

1. A influência da concepção jurídica romana sobre o território inglês, durante os quatro séculos de separação da Inglaterra e império romano;

2. A contribuição do direito *canônico*, da Igreja Católica Romana, a partir de 664 depois de Cristo (época da cristianização), até a cisão anglicana;

3. A contribuição do sistema político normando na Inglaterra — por sua vez muito influenciado pela concepção jurídica de tradição latina — após a batalha de Hatsing, em 1066, ao qual foi se juntar a assimilação dos institutos romanos durante o séc. XII adquirida durante o período de ocupação de boa parte da França pelos ingleses;

4. A contribuição do pensamento iluminista de Cesare Beccaria, na segunda metade do séc. XVIII;

5. A abertura à ciência criminológica através do pensamento positivista de Cesare Lombroso na segunda metade do séc. XIX.

Procurarei, agora, ilustrar de forma breve cada uma destas etapas históricas.

1. Elencamos como primeira etapa a influência do direito romano. Em verdade, constitui um entendimento muito difundido o de que o conteúdo do direito anglo-saxão tenha tido rapidamente, no curso dos séculos, uma evo-

lução original, autônoma e independente do direito de tradição romana. Esse pensamento parece exato, sem dúvida, se feito com referência ao Código do Imperador Justiniano, elaborado no séc. VI, no chamado *Corpus Iuris Civilis*. Naquela época, a Inglaterra havia desistido, há cerca de um século, de pertencer ao império romano; além do mais, o centro do império romano havia se transferido de Roma para Constantinopla. No entanto, essa colocação parece ser verdadeiramente convincente quando se refere ao *conteúdo* normativo do ordenamento jurídico anglo-saxão, mas não se atribuída ao *método* de formação daquelas normas. De fato, aquilo que impressiona os observadores de formação romanista continental é a notável analogia entre o *método* da formação normativa do direito anglo-saxão e aquele próprio da jurisprudência romana, no período clássico dos sécs. II a V, que é justamente o período de separação da Inglaterra em relação ao império romano.

A característica fundamental da *common law* é, como cediço a de ser um *judge made law*. Mas, também o direito romano clássico era sobretudo

* Texto sintetizado — excluídas as palavras circunstanciais — de duas breves conferências proferidas na Universidade de Pretória e “Rand Africaans” de Johannesburg, África do Sul, em agosto de 1989, (trad. de Maria Aparecida Pierangeli Borelli Thomaz, Promotora de Justiça em São Paulo).

um direito jurisprudencial, isto é, um *judge made law*.

O direito inglês, ao lado da *common law*, evoluiu para a jurisdição de *equity*, que encontra correspondência no *jus honorarium*, advindo do pretor romano em contraposição ou como complemento do *jus civile*.

Além disso, o mesmo processo do tipo anglo-saxão, seja civil, seja penal, apresenta-se como impressionante paralelo em relação ao procedimento segundo a *ordo iudiciorum privatorum* romano. Típico, no direito romano, é o processo de cunho acusatório, no qual o Estado assume a função de mediador entre as partes, limitando-se a fixar as regras procedimentais.

Ora, essas coincidências podem ser explicadas de dois modos: um deles refere-se a paralelismo puramente casual, e outro, contrariamente, traz as origens do método inglês no modelo romano. Parece-nos mais plausível esta segunda solução, sobretudo porque é razoável deduzir que quatro séculos de dominação romana na Inglaterra não possam ter deixado um traço profundo na mentalidade jurídica.

Assim é que, quando se afirma — como, por exemplo, o faz René David, na sua obra *Os Grandes Sistemas Jurídicos Contemporâneos* — que a dominação romana não deixara traços de relevo na Inglaterra, isto só é verdadeiro naquilo que se refere aos conteúdos das normas, mas não naquilo que concerne à colocação metodológica, seja do direito material, seja do direito processual.

2. De todo modo, se tudo o que acima foi sustentado pode constituir somente uma hipótese minoritária, isto é, não partilhada pela maioria dos historiadores do direito, pode-se afirmar, com certeza, tudo aquilo que concerne ao segundo ponto enfocado, seja na segunda etapa da influência da concepção latina do direito no período do direito anglo-saxão propriamente dito,

seja durante os cinco séculos que vão das missões de Santo Agostinho de Canterbury, em 596 — época do início da conversão ao cristianismo —, até 1066 — época da conquista normanda.

Neste período, o direito canônico da Igreja Católica Romana, derivação direta do direito romano, influenciou decisivamente e de maneira duradoura as normas, sobretudo as de conteúdo matrimonial e de sucessões, e ainda aquelas referentes a matéria criminal, tanto material como processual.

Esta chegada do direito canônico prosseguiria no período subsequente, ao menos até a época da cisão anglicana de Henrique VIII, mas foi ainda além, estendendo-se a outras ramificações do direito.

Sustenta-se que a jurisdição da *common law* tenha se iniciado somente depois da conquista normanda, e que o sistema da *equity*, por sua vez, teria tido sua origem somente a partir do séc. XIV, sobretudo depois da “Guerra das Duas Rosas”.

Se assim fosse, seria, sem dúvida, puramente casual qualquer paralelismo com o direito romano clássico. Se bem que ainda não se possa estabelecer de forma clara em que medida o *common law*, dito agora no modo normando da *Law French*, *comune ley*, efetivamente se separa do direito anglo-saxão. Guilherme, o Conquistador, proclamou expressamente a vontade de manter em vigor o direito anglo-saxão. E, de fato, também nos nossos dias se continua a ver juristas e juizes ingleses invocando, em algumas ocasiões, e aplicando até, esta ou aquela lei do período anglo-saxão. É provável que a *common law* marque ruptura completa com o direito anglo-saxão somente no sentido de que tenha constituído a plataforma comum e centralizada sobre a qual se unificaram os caracteres comuns dos costumes locais. Mas, ao lado disto, seja do ponto de vista metodológico, seja do de con-

teúdo normativo, a *commom law* constitui, provavelmente, nada mais que o prosseguimento do anterior direito anglo-saxão e este, como se viu, liga-se ao direito romano.

Tal hipótese encontra sua mais válida sustentação justamente no caráter consuetudinário da concepção jurídica inglesa. Por muito tempo as Cortes reais, o *Westminster Courts*, tiveram competência limitada a poucas categorias de causas, enquanto a solução das restantes permanecia confiada ao *Hundred Courts*, o *Country Courts* e depois ao *Courts Baron*, *Courts Leet*, *Manorial Courts*, com a aplicação do direito consuetudinário eminentemente local. A importância das cortes reais foi caminhando, seguindo num crescimento contínuo, permanecendo a administrar justiça durante o Renascimento. Somente no séc. XIX, é que tais cortes se transformariam nos “tribunais de direito comum”, no sentido francês do termo, isto é, tribunais organizados e não excepcionais, esporádicos. Todavia foi se operando uma longa evolução, o que está a confirmar a hipótese de que a *common law* seja essencialmente a continuação do direito anglo-saxão.

O sistema de *equity*, pelo que o antecede, aparenta ter tido origem anterior àquela do século XIV, referida pelos historiadores como de seu início. Do ponto de vista metodológico, tal se refere ao princípio *Remede precede rights*, já insito na *common law*, isto é, o sistema da concessão de *Writs* por parte dos cartórios reais. A *common law* é, de fato, composta nas suas origens de certo número de procedimentos ou *forms of action*. Mas estas são precisamente a correspondência da fórmula *actionem dabo* com a qual o pretor romano elaborou, por séculos, a contínua transformação das regras de direito civil.

3. Em todo caso, através da conquista normanda, ulterior contribuição do direito romano foi a de se render aos

institutos ingleses. O normando foi povo germânico que teve longo domínio também na Itália, sobretudo na Sicília, e que muito absorveu e assimilou das concepções romana e latina do direito. Os normandos, na Inglaterra, eram provenientes da França e falavam francês, ou seja, uma língua latina. A relevância da sua influência no direito inglês vem demonstrada na persistência da *law french language*, na linguagem falada nos tribunais, e do latim contido naqueles escritos até o séc. XVIII.

A época da conquista normanda da Grã-Bretanha coincide com a do florescimento jurídico italiano, sobretudo da escola de Bolonha.

A ligação entre a escola italiana e a nascente *common law* é representada por Lanfrancus Dialecticus, que chegou ao convento de Bec, deixando o ensinamento do direito em Pavia para dedicar-se ao direito anglo-saxão, vez que se tornara arcebispo de Canterbury. Não obstante, pode-se afirmar que o núcleo originário dos conteúdos da *common law* se formaram sob a influência de Lanfranco e de outros juristas com formação no direito romano.

Porém, verdadeira fusão dos institutos germânicos e romanos na *commom law* teve lugar no período de Henrique II Plantageneto, durante o qual o reino da Inglaterra se estendeu também sobre amplo território francês.

Como é notório a todos, do séc. XI ao séc. XV aconteceu, sobretudo na Itália, significativo florescimento dos estudos jurídicos, especialmente com a escola de Bolonha e as Universidades de Padova, Pavia, Perugia, Pisa, Treviso, Arezzo e depois Nápoli, Torino, etc.

Primeiramente os glosadores — tais como Pepone, Imerio, Rogerio, Placentino, Iacopo, Ugo da Porta, Bulgaro, Martino, Azzzone, Odofredo e principalmente Accursio — e, depois, os pós-glosadores, ou comentadores — tais como Bartolo di Sassoferrato, Baldo dos

Ubaldi, Alberto de Gandino (que se ocupou sobretudo do direito penal), Guglielmo Durante, Guido de Suzzara, Iacopo d'Arena, Dino de Mugello, Cino da Pistoia, Giovanni Andrea, Alberico da Rosciate, Luca di Penne — enfrentaram o estudo do direito romano e principalmente do *Corpus Juris Civilis* de Justiniano sobre uma nova base, formulando, assim, premissas para a fundação do direito moderno da Europa continental, que se desenvolveu a partir da codificação napoleônica.

É de se reconhecer que o mundo jurídico inglês permaneceu, naqueles séculos, em boa parte estranho à grandiosa obra italiana de recuperação da civilização jurídica romana. Uma certa influência pode, todavia, ser encontrada especialmente nos ambientes universitários, sobretudo em Oxford. A longa duração, até o séc. XVIII do uso do latim na linguagem jurídica escrita e mesmo o uso do termo latino *Jurisprudence* para indicar a ciência do direito, estão a confirmar tal fato. E, de qualquer maneira, se é verdade que, neste período, a formação da *common law* termina por se tornar de todo autônoma naquilo que se refere à tradição romano-germânica, não devemos esquecer que os princípios de mérito aplicados pelo secretário do rei, no sistema da *equity*, foram inspirados em larga escala tanto no direito canônico quanto no romano, da forma como foram recuperados os juristas italianos.

A bem dizer, a contribuição da Itália neste período foi reconhecida também de outro modo e por outra via. Ao fim da Idade Média, o Renascimento, modificando as artes, as letras e os costumes, principalmente os costumes políticos, partiu de fato da Itália e a partir da Itália foi difundido em outros países, tais como França, Espanha, Inglaterra, Alemanha, Rússia etc. No direito público, particularmente, a concepção moderna do Estado absoluto que na Grã-

Bretanha triunfou com Tudor e sobretudo com Henrique VIII e Elisabeth I, encontrou seu ponto de partida no sistema italiano da *Signorie* e, sucessivamente, no dos Principados. Também a concepção moderna do Estado sob a forma de República, com a participação popular do Governo, encontrou o seu primeiro *pattern* no sistema medieval italiano das Comunas e, sucessivamente, nas Repúblicas italianas vizinhas ao mar, principalmente Veneza e Gênova.

O pensamento político de um grande italiano que foi Nicoló Machiavelli e dos filósofos, tais como Tommaso Campanella, Giordano Bruno, Marsilio Ficino, e outro, exerceram além disso grande influência sobre o de Francis Bacon, Tomás Morus, Hobbes, Barkeley, Hume, Locke, etc.

4. Se é certo que as escolas italianas dos glosadores e pós-glosadores não tiveram muita influência sobre o direito britânico, o pensamento jurídico italiano retomou, de qualquer maneira, sua influência no séc. XVIII, e numa medida notável com obra de Cesare Beccaria. Por certo, nenhuma outra obra jurídica italiana teve tanta repercussão fora da Itália e tampouco suscitou tamanho entusiasmo onde quer que seja, quanto o pequeno livro *Dos Delitos e das Penas* de Beccaria, surgido em 1764. Traduzido rapidamente em todas as línguas cultas do mundo, este livro foi extremamente importante na medida em que levou para o campo do direito penal as idéias iluministas de Montesquieu, D'Alembert, Diderot, Elvezio, Voltaire e do mesmo Hume. A sua originalidade não está só circunscrita na idéia em si mesma, mas no espírito novo, na força de persuasão, no entusiasmo e na força de síntese com que o autor não só deu início, mas imprimiu inigualável pujança. Contra o predomínio e o arbítrio, contra a negação do indivíduo e a sua submissão a lei de caráter absoluto e transcendente — e por isso, no fundo,

não reconhecida como valor, mas tolerada como constrição — Cesare Beccaria, como todo o Iluminismo com o qual tem relação, representa a reivindicação do indivíduo, de sua liberdade e da racionalidade da lei. A esta última exigência se reconduzem todas as consequências que Beccaria ilustra no seu livro: universalidade, clareza e precisão da lei, rigorosa aplicação dela, publicidade do juízo e da prova, eliminação de juízes suspeitos ou parciais, caráter de utilidade e de necessidade que deve haver na pena, abolição da tortura, eliminação da pena de morte, etc.; tais deveriam ser, para ele, as garantias dos direitos individuais e os princípios fundamentais para a eliminação de todo o arbítrio no campo do direito.

Portanto, na Inglaterra grande foi a influência do pensamento de Beccaria. Entre os mais famosos expoentes da sua concepção está Blackstone, que cita Beccaria para sustentar o princípio da proporcionalidade da pena, do tema da certeza da pena, que se mostra mais eficaz do que severa e da necessidade de se limitar a pena de morte. A Beccaria ele atribui a glória de ter sido o primeiro a exprimir, com vigor, a opinião iluminista daquela época.

Essa influência foi grande também no sentido de que — se não se chega a adotar totalmente a sua idéia — ela deu ímpeto a um espírito reformador, que levou a lenta, mas segura, melhora do processo penal inglês terminando no grau de harmonização e simplificação adquirido nas colônias através da codificação.

Outros pensadores ingleses que sustentaram de maneira notável a influência de Beccaria foram Romilly e sobretudo Bentham, sendo que disto resultou incidência significativa sobre as reformas práticas, estimuladas pelo pensamento de Bentham.

Frequentes são as referências a Beccaria na correspondência de Bentham.

Em carta a Voltaire (não enviada), ele escreve: "I have built solely on the foundation of utility, laid as it is by Helvetius. Beccaria has been *lucerna pedibus*, or, if you please, *manibus meis*. Perhaps what I have done may be fund but cobweb work. Such as it is, however, it is spun out of my own brain. As such I send it to you".¹ Não é recente tal confissão no sentido de que toda construção do pensamento de Bentham, baseada sobre o conceito de utilidade, foi conduzida à luz daquele pensamento de Beccaria: *lucerna pedibus et manibus*!

Muitas outras referências a Beccaria podem ser encontradas nos escritos de Bentham, o que permite concluir que Beccaria representou estímulo para o pensamento deste e de outros autores com os quais ele colaborou, e que Beccaria foi a fonte das idéias nas quais estavam contidos os germes das reformas fundamentais do direito promovidas por ele.

Muito disso pode seguramente ser reportado à tese de Beccaria no sentido de que toda prova relevante deve ser levada perante o Tribunal, para valorar o seu peso e o seu significado, e ainda a preferência, de acordo com Beccaria, à codificação, bem como no reconhecer no código ideal, as expressões de linguagem simples, necessitando o menos possível de interpretação judiciária. Tanto Beccaria quanto Bentham desejavam ver os juízes como aplicadores, e não como intérpretes da lei, diante do temor de que a interpretação pudesse equivaler à substituição da obra do legislador. Beccaria, certamente, viu o processo como um silogismo: o juiz que aplica uma lei clara ao fato resultante de uma apropriada averiguação. A mesma atitude foi adotada por Bentham, que nutria pelos juízes grande desconfiança.

Mas, o séc. XIX que se avizinhava, reservava uma outra importante contribuição italiana para o pensamento penalístico do mundo.

5. Como Beccaria traduzia no campo do direito penal as idéias do Iluminismo, também o positivismo de Comte, Spencer, Stuart Mill, Darwin, encontrou um intérprete no setor da criminalidade em Cesare Lombroso, a quem se deve a criação da criminologia. O grande mérito de Lombroso foi o de haver difundido os métodos da pesquisa científica para o estudo do homem autor do crime e de haver, desse modo, promovido as indagações acerca dos problemas da criminalidade. É certo, contudo, que a maior parte de suas afirmações não são hoje mais seguidas. E, nos países anglosaxões — também sob a influência de um outro italiano, Enrico Ferri —, a criminologia desenvolveu-se com grande prevalência sobre bases sociológicas, antes que antropológicas ou biológicas. Todavia, é certo que no século passado o mais forte impulso ao desenvolvimento da criminologia foi dado por Cesare Lombroso.

Lombroso é conhecido, sobretudo, pela sua teoria do *criminoso nato* e incorrigível.

Trata-se de tipo antropológico de indivíduo que, em virtude da sua anomalia congênita, seria fatalmente levado ao delito, independentemente das condições ambientais, e exteriormente reconhecível por particulares características degenerativas anatômicas (como má formação do esqueleto, assimetria craniana e facial, dimensões excessivas ou reduzidas do cérebro, fronte baixa, maçãs do rosto proeminentes, etc.) e particulares características psicológicas (falta de senso moral, crueldade, indolência, etc.). Com uma segunda teoria, Lombroso tenta explicar a conduta criminoso, vale dizer, aquela do atavismo: o delinquente congênito constitui uma regressão em direção aos tipos humanos primitivos ou até em direção aos ancestrais pré-humanos e, como tais, repre-

senta as características e os instintos ferozes da humanidade primitiva e dos animais inferiores. Conduta normal em face de um estudo da origem da humanidade, o seu comportamento é, ao contrário, criminoso diante da atual civilização humana à qual tal delinquente não pode adequar-se porque impedido por desenvolvimento congênito deficiente.

Ao lado do criminoso nato, que segundo Lombroso representa 35% dos delinquentes, ele reconhece a existência do criminoso louco e do criminoso ocasional; este último representa — no seu modo de ver — a categoria mais difundida e não dissemelhante para a constituição dos homens normais e que é levada ao delito sobretudo em virtude de fatores ambientais adversos e, por isso, reeducável.

As afirmações de Lombroso estão hoje — como disse — em grande parte superadas. Todavia, elas continham intuições e antecipações geniais. Em muitas partes de sua pesquisa Lombroso, de fato, precedeu Freud e toda aquela corrente do pensamento que hoje se qualifica como criminologia psico-analítica. Certamente, a sua contribuição foi fundamental no sentido de que abriu por primeiro, para o mundo do direito, uma perspectiva de todo nova, de todo livre das implicações ético-valorativas e objetivamente científica. É justo, portanto, dividir a história do pensamento penal em duas épocas: antes de Lombroso e depois de Lombroso.

NOTAS

1. Eu construí somente sobre o princípio da utilidade, na forma como projetado por Helvetius. Beccaria tem sido *Lucerna Pedibus* ou, se preferir, *monibus meis*. Talvez o que eu tenha dito possa ser uma teia de aranha. Tal como é, todavia, foi fruto do meu próprio cérebro. Da forma como eu enviei para você.