

Sôbre Cesare Beccaria.

Luiz Luizi

(Do I.B.F. do Rio Grande do Sul)

SUMÁRIO: 1. Do aparecimento do *Dei delitti e delle pene* e seu êxito. 2. Beccaria e a Ciência do Direito, concebida como dogmática jurídica. 3. Beccaria e a Filosofia. 4. Beccaria e a Política Jurídica. A perspectiva exata. 5. O valor e a perenidade da penalística de Beccaria.

1. Foi há mais de dois séculos, em julho de 1764, que apareceu, anônimamente, "*dei delitti e delle pene*", a célebre obra de CESARE BONESANA, marquês de Beccaria. A obra veio a público, conquistando, de imediato, a admiração entusiástica de tôda a Europa. Numerosas edições italianas foram sucessivamente publicadas, e numerosas traduções foram editadas em diversos países europeus. Já em 1807, segundo se lê no apêndice à edição, naquele ano publicada em Brescia, a obra já tinha 30 edições italianas e tinha sido traduzida para 7 idiomas. Passados agora dois séculos, o livro continua famoso e constitui leitura obrigatória de todos os que se dedicam ao estudo e a prática da ciência dos delitos e das penas.

Embora pese a numerosa bibliografia dedicada ao famoso livro, forçoso é convir que persistem, ainda, na sua análise, alguns erros, que diremos de perspectiva, e mesmo equívocos com relação a elementos básicos, capazes de nos permitir da obra uma visão unitária e consequente.

Inexato é ver em BECCARIA um autêntico Filósofo do Direito Penal, e muito menos um jurista, no sentido que

dêsse t ermo se faz em nossos dias. Outro é o ângulo, através do qual, deve ser entendida a penalística do nobre italiano, a fim de que se tenha possibilidade de entender os altos e imorredouros méritos do genial filho de Milão.

2. Não tem BECCARIA a postura do jurista dogmático em face do Direito Penal. Não preocupou ao jovem lombardo o estudo dos textos, das normas, ou mesmo dos costumes penais do seu tempo, no sentido de interpretá-los singularmente e de organizá-los em sistema.¹ Não procurou, indiferente   justiça ou não, da lei positiva, penetrar no seus “conteúdos de signifi a o”, e em face das similaridades dentre êsses conceitos, organizar os institutos jurídicos, para, por fim, orden -los em sistema. A lei penal positiva, foi por  le submetida a outro tipo de análise. Tratou de saber, no mérito, se era justa ou injusta. Ao invés, portanto, de uma mera atividade cognitiva da norma penal positiva, Beccaria situou-se em uma postura valorativa, isto é, f z uma crítica axiológica das normas e dos usos penais de sua época.

A obra de BECCARIA não é, portanto, a do jurista que trabalha com o direito positivo, an dinamente, mas a de quem se preocupa, olhando para o futuro, de traçar as grandes diretrizes de uma legisla o penal, inspirada no respeito à liberdade. Vale dizer: do moderno direito penal, cuja missão prec ua, no dizer de FONTAN BAL STRA,   de

1. O conhecimento sistemático do direito positivo, isto é, a concep o da ciência do direito como organiza o sistemática do “jus conditum”  , posterior a CESARE BECCARIA, datando de meados do século XIX.   Escola Histórica se deve, sem d vida, o chamamento dos juristas   realidade positiva do direito, nas suas dimensões fáticas e normativas. Porém, a chamada jurisprudência superior, o entendimento da ciência jurídica como sistema, é muito posterior às grandes figuras da Escola Histórica. É na Alemanha, com a obra dos Pandetistas e os trabalhos de VON IHERING, que se firma esta orienta o da ciência jurídica, plenamente consagrada em nossos dias. A respeito, cf., a obra de ANTONIO HERNANDEZ GIL, *Metodologia del Derecho*, Madrid, 1945.

garantia da liberdade individual². Bem vistas as coisas BECCARIA foi um autêntico reformador das leis e das práticas penais, lançando os fundamentos essenciais das modernas legislações. Sobradas razões tinha, neste sentido, M. FAUSTIN HÉLIE, quando escreveu em 1856, que os aspectos mais positivos da legislação penal contemporânea, como ainda os progressos futuros, se poderiam creditar à obra do genial italiano³.

3. Não foi, sem dúvida, CESARE BECCARIA um verdadeiro Filósofo do direito. É certo, como se tem afirmado, que o Marquês Lombardo, foi em filosofia um simples partidário das correntes de pensamento dominantes em sua época⁴. Vivendo no chamado século das luzes, CESARE BONESANA, sofreu o influxo dos autores ditos, com uma certa apressada generalidade, iluministas. Longe esteve de ter dado à filosofia qualquer contribuição original. A rigor, talvez pela natureza eventual e a sistemática de seus estudos, o embasamento filosófico que procura dar às suas concepções penalísticas, são manifestamente insuficientes e mesmo contraditórias. Embora tenha sofrido a influência de diversos autores, parece-nos que os influxos filosóficos mais notórios parte de HOBBS, LOCKE e HELVETIUS, pensadores de ideários contrastantes, cujos princípios se tornam de difícil, se não impossível conciliação. Como a quase totalidade dos escritores do seu tempo, o Marquês de Beccaria socorreu-se da

2. FONTAN BALÉSTRA, *Mission de Garantia del Derecho Penal*, Buenos Ayres, 1960.

3. M. FAUSTIN HÉLIE, *Introducción au Traité des Délits et des Peines de Beccaria*, Paris, 1956. BECCARIA, em diversas passagens do *Dei Delitti e delle Pene*, demonstra sua ojerisa aos juristas. No capítulo IX — *Das Testemunhas* —, refere-se aos “peripatéticos juriconsultos”, com evidente ironia. No versar o problema da interpretação das leis, manifesta claramente a sua desconfiança com relação aos intérpretes. E no capítulo VII, chega a afirmar: “Feliz da nação onde as leis não fôsem uma ciência”.

4. RODOLFO MONDOLFO, in *Cesare Beccaria y Su Obra*, Buenos Ayres, 1946.

teoria do Contrato Social. Também a idéia de utilidade social aflora constantemente nas páginas do “*dei delitti e delle pene*”.

A sua concepção do Contrato Social, tem como ponto de partida a preliminar de que os homens viviam, antes de constituírem a sociedade, na mais absoluta liberdade, em guerra permanente de uns contra os outros. “Cansados de viver em um contínuo estado de guerra, e de gozar de uma liberdade tornada inútil pela incerteza de conservá-la”, os homens contrataram “sacrificar uma parte dessa liberdade, para gozar o restante com segurança e tranqüilidade”. E, concluindo: “A soma de tôdas essas porções de liberdade sacrificadas ao bem de cada um, formam a soberania de uma nação”⁵.

Verifica-se, portanto, claramente a influência de HOBBS e LOCKE, nas passagens acima do *Dei Delitti e Delle Pene*.

De HOBBS está presente, a prima facie, a concepção do estado de natureza pré-social, entendido como uma guerra contínua e permanente entre os indivíduos (“*Bellum omnia contra omnes*”). Porém, não só, como veremos, BECCARIA não tira desta premissa as conclusões a que, com rigor lógico, chegou o pensador inglês, como ainda, serve-se desta concepção para extrair ilações completamente antagônicas. E mais: A concepção hobbesoniana do estado da natureza se funda em uma idéia pessimista com relação ao ser humano, ou seja, no egoísmo fundamental e irreversível da natureza humana. E, esta visão do homem conflita e contrasta com a idéia que do ser humano faz todo o iluminismo; e, particularmente BECCARIA, que, como veremos, do homem, como ser essencialmente digno, da pessoa humana, faz a pedra angular, o alicerce das suas idéias penalísticas.

BECCARIA, ao invés de, como HOBBS, concluir que no Contrato Social, os homens renunciaram a todos os seus direitos, entregando-os, numa renúncia total e incondiciona-

5. BECCARIA, in *Dei Delitti e delle Pene*, capítulo II e III, (Origine delle pene e diritto di punire). Também no capítulo dedicado à pena de morte.

da, a um soberano, para poderem viver com segurança, entende que no Contrato Social, os homens renunciaram apenas parte de seus direitos naturais, o indispensável necessário à vida social.

Esta idéia foi inspirada a CESARE BONESANA POR LOCKE, isto é, a concepção de um contrato social em que se verifica a renúncia apenas parcial e condicionada de direitos, devendo o Estado respeitar e garantir a inviolabilidade das liberdades e prerrogativas naturais, não incluídas no pacto constitutivo da vida social. Porém, a diferença de LOCKE, o penalista italiano não afirma que os direitos não alienados no Contrato Social devem ser, não só invioláveis como garantidos pelo Estado, pelo *fato* dos mesmos não terem sido renunciados. A crítica feita por ROUSSEAU a GRÓCIO, segundo a qual o jusnaturalista holandês faz derivar o direito de um *fato*, que também se irroga a JOHN LOCKE, não é possível de ser suscitada contra BECCARIA. Isto porque a juridicidade não se esteia, para o marquês italiano no fato da ausência de renúncia aos mesmos no Pacto Social, mas precisamente na impossibilidade dessa renúncia. E, isto porque esta renúncia é impossível, por se tratar, como, com mais precisão afirmou ROUSSEAU, de uma renúncia a “qualidades inerentes ao homem, direitos da humanidade”.

O fundamento, portanto, da juridicidade, — e este é o axioma básico de toda a penalística Beccariana, — se enraíza na pessoa humana, valor primeiro e fonte da ordem jurídica, e não no fato da transação ou não ocorrida, quando do pacto social.

A idéia de “utilidade”, se encontra também presente nas opiniões filosóficas de BECCARIA. Nêste particular clara é a influência do utilitarismo que HELVETIUS havia então teorizado, com base no sensualismo materialista. Em diversos capítulos do *Dei Delitti e Delle Pene*, principalmente nos dedicados à tortura e à pena de morte, se encontram demonstrações de cunho nitidamente utilitarista, onde BECCARIA procura demonstrar a necessidade ou des-

necessidade de certas medidas penais, conforme sejam, úteis ou não, necessárias ou não, para a segurança e a ordem social.

Porém, como observaram L. LIMENTANI⁶ e RODOLFO MONDOLFO⁷, não foi advertida por BECCARIA a inconciliabilidade entre as idéias do contrato social e o utilitarismo. Se o Estado deve realizar a felicidade do maior número, — como preconizam os utilitaristas, — não pode sentir-se e estar vinculado ao que no Pacto Social lhe foi concedido pelos indivíduos, para proceder a escolha dos rumos e dos fins destinados para chegar àquela felicidade da maioria. O princípio utilitário, se observou com justeza, “não pode concordar com a determinação do fundamento das leis nos pactos e nem com o conseqüente reconhecimento do direito tão sòmente dentro dos limites daqueles”⁸.

Inequívoco é, portanto, que Beccaria sofrendo a influência de vários autores de idéias antagônicas e inconciliáveis, e não tendo uma autêntica vocação filosófica, não só deixou de construir uma concepção filosófica própria, como também não soube nem mesmo ordenar coerentemente as influências recebidas e sugeridas pelas suas leituras. Sob o aspecto filosófico, embora pesem algumas poucas vezes discordantes, parece indiscutível que não foi positiva a contribuição Beccariana.

4. A perspectiva exata para se aferir o mérito de CESARE BECCARIA é a do Político de Direito Penal. Em verdade, o *Dei Delitti e Delle Pene*, é historicamente o primeiro e lidimo Manual de Política Jurídico-Penal. Em fazendo obra de Política Juridico-Penal, e mais latamente obra de Política Jurídica, BECCARIA foi um crítico do “jus conditum”, isto é, das leis e práticas penais de seu tempo, e um formu-

6. L. LIMENTANI, *Cesare Beccaria*, em *Riv. Int. di Fil. del Diritto*, vol. VI, fls. 567.

7. R. MONDOLFO, *op. cit.*.

8. R. MONDOLFO, *op. cit.*, trad. espanhola 1946, fls. 29.

lador de postulados inovadores, que vieram a se transformar em leis, vigentes e incorporadas nos modernos Códigos Penais.

Ao fazer obra de Política Penal, evidente é que o marquez lombardo se orientava por dogmas e princípios que lhe serviam de medida e de orientação. Aliás, todo o trabalho de crítica do direito vigente e formulação de novas normas, mais justas e condizentes com a realidade social está obrigatoriamente vinculada a valores matrizes, a uma escala axiológica. Se, se julga iníquo e injusto um determinado costume ou um determinado dispositivo legal e por serem os mesmos contrários a específicos valores, isto é, a princípios que se nos apresentam como primeiros e absolutamente válidos. Também se, se pretende enunciar novas leis mais condizentes e adequadas em substituição a leis anacrônicas e desajustadas, evidente é que esta formulação de novos princípios legais obedece a um princípio orientador, posto em termos de valia indiscutível.

Qual foi este axioma básico que orientou o pensamento de BECCARIA, que palpita no âmago de suas páginas, e que se vislumbra por todo o *Dei Delitti e Delle Pene*?

Uma análise superficial poderia conduzir a afirmação, que o princípio da “Utilidade social”, posto em termos Helvetianos, é o dogma fundamental de seu pensamento. Porém, a dialética utilitária, superficialmente e largamente usada por Beccaria, é, de per si, insuficiente, posto que, condicionada. O princípio de utilidade é obrigatoriamente referencial e relativo. Depende de um fim. Algo é útil ou inútil se é idoneo ou não para realizar o objetivo que se visa. A utilidade ou não das penas infamantes, bem como, a utilidade ou não das torturas, está condicionada ao fim que se almeja. De resto, um utilitarismo visando a felicidade do maior número é esteio flagrantemente insuficiente, para justificar e embasar as teses básicas da penalística Beccariana, posto que, a pena de morte, as penas infamantes, as acusações secretas, as torturas, — tão rude e acerta-

damente combatidas, — podem encontrar a sua necessidade e utilidade na realização da felicidade de maiorias eventuais.

Em verdade, o princípio fundamental em que se alicerça a obra de Cesare Bonesana se encontra formulada no capítulo xxviii do *Dei Delitti e Delle Pene*: Non vi é libertá ogni qual volta le leggi permettono che, in alcuni eventi, L'uomo cessi de esser persona, e diventi cosa”

Na inviolabilidade moral do homem, na sua concepção como pessoa e fim, e na ilegitimidade de seu uso, como meio e coisa, é, portanto, que se esteiam as concepções penais de Beccaria. Aliás, esta idéia, que é contribuição inestimável do cristianismo só se afirmou no mundo moderno, por obra dos iluministas. O homem, compreendido como ente moral inviolável inclusive perante o Estado, a pessoa humano como um “prius” face ao Estado, não poderia ter-se afirmado no clima intelectual e político da Contra-Reforma, e nem entre as fogueiras da inquisição ou no império das monarquias absolutas. Sòmente com o advento do iluminismo, é que o indivíduo passaria a ser entendido como uma realidade anterior ao Estado, que mesmo neste se integrando, conservava uma série de direitos originários, a que não renunciara e não podia renunciar. E, no concernente a êstes direitos, que são intrínsecos ao homem, ao Estado não é deferido ignorá-los ou violá-los, mas sim respeitá-los e fazê-los respeitar. Portanto, lícito é afirmar que o iluminismo fêz do conceito do homem, como entidade moral inviolável, inclusive para o Estado, uma espécie de religião laica, apesar de seu racionalismo irreligioso.

Posto, pois, na base da penalística de BECCARIA, tão relevante princípio, — de imediata inspiração iluminista, mas de origens cristãs, — é que a sua obra nos aparece como um todo consequente e orgânico. Em tôdas as severas e candentes críticas contra as penas excessivas, as torturas, os interrogatórios sugestivos, etc., é fàcilmente identificável, por detrás dos argumentos utilitaristas, às vêzes de forma

ostensiva, e outras vêzes subrepticamente, o imperativo do respeito a pessoa humana, considerada como um fim em si mesmo, e não como um méro instrumento, isto é, como uma “res”. Também todos os princípios inovadores enunciados por BECCARIA se enraízam no dogma moral da dignidade ímpar da pessoa humana. “O nullum crimen sine lege”, a pena compreendida como “punitur, no pecetur”, a suavidade das penas, e principalmente a afirmação clara do “Estado de Direito” em oposição ao império do arbítrio, são decorrências fundamentais de uma concepção da valia especial da pessoa.

É nesta concepção que está, bem vistas as coisas, a verdadeira inovação de BECCARIA. Nesta reivindicação, frente aos arbítrios, desmandos e crueldades da justiça punitiva, da dignidade moral do homem, que mesmo no cárcere continua sendo uma pessoa e não uma mera coisa.

5. Certo, portanto, é que não assiste razão a alguns autores que têm entendido que a obra de Beccaria foi apenas a de um “divulgador feliz de idéias alheias”⁹. Em verdade, muitas das críticas e dos princípios que se encontram no *Dei Delitti e Delle Pene* já haviam sido formulados por outros autores. MONTESQUIEU, na 80.^o de suas *Lettres Persianes*, e nos capítulos IX e XII do livro VI do *Esprit de lois*, havia formulado restrições à severidade e à crueldade das penas, e tentado demonstrar a superioridade das penas suaves sob as formas bárbaras da justiça punitiva¹⁰. Sôbre a inutilidade e as crueldades da tortura muitos autores já haviam se insurgido. Porém, antes de BECCARIA ninguém havia considerado o problema dos delitos e das penas de forma sistemática, aliando à demonstração racional, uma viva emoção, que fez com que as páginas

9. UGO SPIRITO, in *Storia del Diritto Penale Italiano*, Roma, 1925. No mesmo sentido, G. DEL VECCHIO in *Lezioni di Filosofia del Diritto*, 9.^a ed. Milão, 1953, fls. 109.

10. BECCARIA menciona MONTESQUIEU como precursor, na *Introduzione*, capítulo I, do *Dei Delitti e Delle Pene*.

de sua obra, penetrando “pelas portas dos tribunais e das prisões, fizesse por êles passar um raio de piedade humana”¹¹.

No fundo a polêmica em tórno do mérito da obra de BECCARIA, se deve à falta de uma exata perspectiva, da qual deve ser examinada. E, as vêzes à inexatidão da perspectiva certa se deve creditar a razões de ordem imediatamente políticas. Sòmente quando se parta dos axiomas básicos que inspiraram o jovem lombardo é que se pode, por sôbre as aparentes contradições, apreender a unidade essencial de seu pensamento.

Tentamos nestas páginas nos desincumbir desta tarefa. Pareceu-nos ser esta a melhor homenagem que no bi-centenário do aparecimento do *Dei Delitti e Delle Pene*, se possa prestar à memória do marquês de BECCARIA, cujo nome já está escrito, sem temor de êrro, na galeria dos grandes benfeitores da humanidade.

11. PIERO CALAMANDREI, in *Prefacio* à ed. do *Dei Delitti e Delle Pene*, publicada em versão espanhola, em 1958, Buenos Ayres, ed. Juridicas Europa-America.