

ASPECTOS CRIMINOLÓGICOS DO NÓVO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

VIRGILIO LUIZ DONNICI

Professor de Direito Penal e Diretor do Instituto de Ciências Penais da Faculdade de Direito Cândido Mendes — 1.º-Secretário da Ordem dos Advogados do Brasil — Seção do Estado da Guanabara.

SUMÁRIO: I — Introdução. II — Evolução histórica do Direito Penal: **a)** Direito Penal Oriental; **b)** Direito Penal Grego; **c)** Direito Penal Romano; **d)** O Cristianismo e o Direito Penal; **e)** Direito Penal Germânico; **f)** Direito Penal da Idade Média. Direito Penal Canônico. III — Escolas Penais: **a)** A Escola Clássica; **b)** A Escola Positiva; **c)** Outras Escolas Penais; **d)** Escola de Política Criminal; **e)** Escola Técnico-Jurídica; **f)** Outras Escolas. IV — O estudo da pena e seus fundamentos. V — A moderna problemática do Direito Penal. VI — O Direito Penal no Brasil. VII — A figura de Roberto Lyra. VIII — A Criminologia no Brasil e no mundo: **a)** O ensino da Criminologia no estrangeiro; **b)** A Criminologia como ciência independente e como profissão. IX — Métodos e técnicas criminológicas. X — A classificação dos criminosos no Nôvo Código. XI — Conclusão.

I — INTRODUÇÃO

Quando a Ordem dos Advogados do Brasil — Seção da Guanabara — iniciou este Simpósio de Conferências e Debates sobre os novos Código Penal, Código Penal Militar e Código de Processo Penal Militar, assumiu uma posição histórica no Brasil: a de fortalecimento da sua instituição, como órgão de seleção, disciplina e defesa da classe e parte integrante, com os juizes e o Ministério Público, na administração da Justiça.

Outra posição histórica assumida neste Simpósio é a de mostrar ao Brasil e ao mundo a transformação social que irá ocorrer como consequência dos novos Códigos Penais, o Civil e o Militar. Somos um país sem tradições nos estudos das Ciências Penais, sem espírito de grupos científicos, estudando-se de maneira individual, e por conseguinte não se criando orientações científicas. Observa-se no Brasil uma ausência total de debates, de polêmicas construtivas e mesmo de estudos sobre matéria penal ou criminológica. É verdade que muitas vezes a condição trepidante da vida moderna impede a procura de uma cultura para uma universalidade de espírito. Daí a razão deste Simpósio, desta concentração, desta aglutinação e deste intercâmbio entre os homens que trabalham no campo das Ciências Penais.

Este permanente contato durante este Simpósio, esta coordenação de esforços, de trabalhos e de pesquisas terá que dar resultados, para que nos auxiliemos mutuamente no campo das ciências penais, para que abandonemos este sistema dos juristas penais brasileiros, de viver em ilhas, fazendo da cultura um compartimento estanque e impermeável. Daí a razão deste Simpósio, com a idéia de mostrar a nova filosofia das leis penais brasileiras, e, para que isso ocorra, é necessário que conheçamos a nossa história no campo das Ciências Penais e a história das Ciências Penais no mundo.

Inicialmente, cabe uma explicação sobre o título da conferência que vou pronunciar: "Aspectos criminológicos do Novo Código Penal Brasileiro".

No Brasil quando se fala em Criminologia, os tecnicistas jurídicos, na sua maioria retributivistas, sorriem delicadamente e vêm logo com as restrições usuais, características dos sistemas punitivos e repressivos, quando ela é uma realidade cada vez mais presente no mundo, surgida com Lombroso, Ferri e Garófalo e com a liderança de Von Lizst na União Internacional de Direito Penal em 1880.

O estudo das ciências sociais, após a Segunda Grande Guerra, especialmente no Brasil, ainda repousando em arcaicas estruturas administrativas, teria que trazer uma contestação aos adeptos dos sistemas legais e institucionais, baseados em conceitos punitivos. Quando se fala em etiologia do crime, quando se fala de uma ciência nova para estudar cientificamente o fenômeno criminal, surgem os protestos dos tecnicistas, contrastando com o extraordinário progresso criminológico que se verifica no mundo inteiro. No entanto, a opinião pública mundial vem percebendo as vantagens da reabilitação social para os condenados, sentindo que ela custa muito menos que os castigos nas prisões. Este interesse da opinião pública é o reflexo do trabalho pioneiro de alguns professores e especialistas, nas Faculdades de Direito e de Medicina, tanto no mundo como no Brasil.

O estreito laço entre a definição do objeto da criminologia e o contexto social faz-se extremamente difícil em termos brasileiros e internacional, sabido que a criminologia tem uma relativa juventude. Daí a necessidade do estudo histórico e doutri-

nário das Ciências Penais para um entendimento do que é e do que se pretende com a Criminologia no mundo moderno e no Brasil.

II — EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PENAL

É difícil fazer-se uma exposição histórica do crime através do tempo, pois teremos que começar com as formas primitivas de pensar, desde a produção de forças anímicas das quais o indivíduo era o executor, passando pelos clãs, tribos, com os seus tabus e proibições, bem como as sanções dotadas de caráter expiatório, religioso e fatal, muitas vezes saindo-se do caráter individual para atingir toda uma coletividade. Teríamos que estudar a vingança, a pena de talião, o destêrro, a "compositio". Daí a razão de Anibal Bruno quando afirma que "a história do Direito Penal tem grande valor ilustrativo, pois é a evolução do Direito Penal no decorrer dos séculos, tanto no aspecto cultural, como no político e humano, um grande processo de transformação" (1). Para os interessados, leia-se Fausto Costa ("Delitto e pena nella storia del pensiero umano" — Torino — Bocca — 1928).

a) Direito Penal Oriental

Tinha caráter teocrático, devendo-se estudar o Código Hamurabi onde a tônica era a pena de talião, passando-se pelas leis mosaicas e o Código Manu.

b) Direito Penal Grego

Para a história do Direito Penal, a antiga Grécia nada trouxe, exceto PLATÃO e ARISTÓTELES, extraordinários filósofos da época, 400 a. C.

PLATÃO

A filosofia platônica tem um fim moral: resolver o problema da vida.

PLATÃO dizia que o mundo é constituído pelas idéias eternas, personificadas, universais, ordenadas em hierarquias estando no vértice a idéia do bem. Todo ser tem alma e o mundo é constituído de uma síntese entre matéria e idéias, em que o corpo é submetido à alma pelas quatro virtudes naturais: sabedoria, temperança, fortaleza e justiça. PLATÃO acreditava na reencarnação da alma.

PLATÃO, no seu livro "República", traça o estado ideal, baseado na natureza humana, com as três classes: a dos filósofos para o govêrno, a dos soldados para a defesa e a dos produtores para a conservação. Acima de tudo, estava o estado com a finalidade suprema de providenciar o bem coletivo, mediante educação espiritual e intelectual reservada às classes superiores.

PLATÃO foi contra a pena-vingança, fôsse privada ou divina, para dotá-la de um propósito utilitário, de reforma e de cura, semelhante aos medicamentos. Foi precursor de correccionalismo (pena como correção). O vício e o crime eram considerados como enfermidades da alma.

PLATÃO foi o positivista da antiguidade. Diz MARC ANCEL que PLATÃO foi um dos primeiros a compreender a noção de prevenção e advertir a idéia de que o fim da pena deveria consistir, não em vingar a injustiça passada, mas preservar o porvir e evitar outros crimes tanto da parte daquele que sofre o castigo como dos

1) Anibal Bruno — "Direito Penal" — Vol. I — pág. 53

que assistem ao castigo inflingido (veja-se "Protágoras" e "Górgias"). PLATÃO, no seu livro "As Leis", apresenta modos de tratamento para os criminosos incorrigíveis, lançando os germes da reeducação e emenda do culpado (2).

ARISTÓTELES

Nasceu em Estagira e tem trabalhos sôbre lógica, física, metafísica, moral e política, bem como retórica e poesia.

Para ARISTÓTELES, a filosofia é a ciência que resolve o problema do ser, estudando a forma das coisas, dedutivamente e mediante o silogismo (raciocínio pelo exame de duas condições que resulta uma terceira). ARISTÓTELES era partidário do conhecimento racional, tirado da experiência, mediante a evidência, e, para êle, o homem tem corpo e alma, cuja característica fundamental é o racionalismo (razão).

Considera o Estado superior ao indivíduo, defendendo a necessidade da escravidão, distinguindo três formas de govêrno: a monarquia, a aristocracia e a democracia.

Acreditava na existência de Deus, que no entanto não cria, nem governa o mundo.

Entendia ARISTÓTELES que as responsabilidades penais originavam-se das morais. É o princípio do livre arbitrio humano, é o entender da Escola Clássica Penal Racionalista. Entendia que o mal e o crime eram produtos do querer livre e racional do homem e a pena devia surgir como retribuição do mal pelo mal (retribucionismo).

c) Direito Penal Romano

Os romanos foram gigantes no Direito Privado e pequenos no Direito Criminal. Bem cêdo, libertaram o Direito Penal do Social. O Direito Penal romano era cruel, havendo penas infamantes, trabalhos forçados e apresentando as seguintes fases históricas:

- a) Expição de natureza tabu, com o caráter sacral da pena;
- b) Direito do "pater", de vida e morte;
- c) Pena de talião e "compositio" — Lei das 12 Tábuas;
- d) "Crimine publica" — "peranellio" (fato contra a existência e a segurança da cidade) e "parricidium" (morte do pater);
- e) "Furtum manifestum" — ladrão dentro de casa à noite.

Diversas figuras penais daquela época ainda são encontradas no Direito Penal moderno ("homicidium", "crimem vis" "falsum", "peculatus", etc.), dominando a concepção que dá ao crime e à pena o caráter público, isto é, o crime considerado como atentado à ordem jurídica.

d) O Cristianismo e o Direito Penal

A característica principal foi o valor decisivo dado à vida humana. Suas principais figuras na evolução do Direito Penal foram SANTO AGOSTINHO e SANTO TOMAZ DE AQUINO.

SANTO AGOSTINHO (354-430) com o livro "Cidade de Deus", apresenta em seu platonismo cristão, uma visão da história humana tendo como centro a figura de JESUS.

2) Marc Ancel — "La Défense Sociale Nouvelle" — pág. 34

3) Anibal Bruno — "Direito Penal" — Vol. I — pág. 68

SANTO AGOSTINHO teve, na mocidade, uma vida dissoluta, mas após a sua conversão ao cristianismo, escreveu vários diálogos filosóficos e muitas obras teológicas, com a preocupação sobre o problema do mal, mostrando que a vontade livre tem supremacia sobre o intelecto.

O valor dado pelo cristianismo à vida humana está bem claro em SANTO AGOSTINHO quando diz nas suas "Epístolas" que "na justiça não se deve esquecer a misericórdia" e de que "ao se odiar o delito não se deve esquecer que o delinquente é homem", numa antecipação da grande criminóloga espanhola que foi CONCEPCION ARENAL e também numa antecipação ao que ROBERTO LYRA afirma, quando diz que não há crimes nem criminosos, mas homens e mulheres que cometem crimes.

Na "Cidade de Deus", SANTO AGOSTINHO acompanha PLATÃO na idéia da pena como correção e emenda, porém a mais importante contribuição ao Direito Penal, à Moral e ao Direito é quando afirma que "a lei humana não se propõe castigar mais do que seja preciso e na medida do que seja preciso, a fim de manter a paz entre os homens e somente naquelas coisas que estão ao alcance dos homens."

Surge, mais tarde, SANTO TOMAZ DE AQUINO, italiano (1225—1274), considerado o Aristóteles do pensamento cristão, como a principal figura da escolástica, com o livro "Suma Teológica".

SANTO TOMAZ DE AQUINO, ao contrário de SANTO AGOSTINHO (voluntarismo sobre o intelecto), entende que há primazia do intelecto sobre a vontade. O tomismo é uma afirmação absoluta da racionalidade, harmonizando razão e fé, com a preponderância do conhecimento sobre a ação.

Para Santo Tomaz de Aquino o homem está em função do livre arbítrio.

Para a integridade do ato moral, para a moral, existem dois elementos: a lei e a intenção de agir de conformidade com a lei.

A SANTO TOMAZ DE AQUINO deve a filosofia penal clássica alguns de seus conceitos fundamentais, como o da racionalidade da lei ("ordinatio rationis"), a preferência da legalidade ao arbítrio judicial e aplicação da pena como consequência do dano causado por uma vontade maliciosa e livre.

e) Direito Penal Germânico

Ao contrário do direito penal romano e canônico que davam relevância ao elemento subjetivo do crime, no direito Germânico o que importava era o dano causado e não o que causou, daí a não-punibilidade da tentativa. Havia a vingança de sangue, bem como a extensão para a família do transgressor, havendo a perda de paz e a "compositio".

f) Direito Penal da Idade Média. Direito Penal Canônico.

No Estado em que foi reconhecida oficialmente a religião cristã, o Direito Penal Canônico foi admitido como Direito Penal, particular e complementar, aplicável mediante o braço secular, aos súditos que incorressem nos crimes por aquele Direito previsto (4).

A repressão era exercida em nome de Deus, distinguindo o crime do pecado, tendo o Direito Penal Canônico a sua mais forte influência no processo, com o princípio inquisitório.

4) Galdino Siqueira — "Tratado de Direito Penal" — ed. 1947 — pág. 46

O Direito Penal da Idade Média teve a influência do Direito Romano, sobressaindo-se a dos glosadores e dos post-glosadores com Gandinus, Arectinus e no Século XVI Julius Clarus, Farinacius e Covarrubias. Após êste período, o maior relêvo é na Alemanha com a Constituição de Carlos V e a obra de Carpvov.

Pelo estudo da função repressiva através da História, verifica-se que o Direito Penal teve diversos períodos, tais como a vingança privada, a vingança divina, a vingança pública e o período humanitário (5), não se podendo negar que realmente nada revela melhor a crueldade dos homens do que a história das penas, mais do que a dos crimes (6).

Com Cesar Beccaria em 1764, iniciou-se o período humanitário, da humanização da pena, e, com John Howard, a humanização carcerária. Daí para cá, surgiram as escolas penais, a filosofia penal liberal, o positivismo penal e a criminologia.

III — ESCOLAS PENAIS

Estudada a evolução histórica do Direito Penal, vemos surgir agora antes do Iluminismo a figura de GRÓCIO, com o seu livro "De Jure Belli ac Pacis", onde constrói a primeira teoria do Direito Penal derivado da razão, definindo a pena como "malum passionis quod infligitur propter malum actionis", ou seja, o mal justo com que se responde ao mal praticado pelo criminoso. É o conceito da retribuição.

O Iluminismo vem com MONTESQUIEU, VOLTAIRE e ROUSSEAU, cuja melhor afirmação foi BECCARIA, com o seu extraordinário pequeno livro intitulado "Dos Delitos e das Penas".

MONTESQUIEU ("Do Espírito das Leis"), em 1748, focaliza as leis penais em relação ao ambiente histórico, afirmando que a pena deverá servir para educar.

ROUSSEAU, com o seu "Contrato Social", ensina que o direito individual, no contratualismo, é despojado do direito pessoal de defesa em favor do Estado, que o exerce em nome da coletividade.

BECCARIA constrói com o seu livro a mais severa crítica ao Direito Penal da época, apresentando idéias para a reforma total do Direito.

A MONTESQUIEU, ROUSSEAU e VOLTAIRE é em verdade comum o pensamento de reação contra as concepções retributivas: esta é uma necessidade que cumpre limitar ao mínimo. Todas as doutrinas utilitárias sôbre os fins das penas, que BECCARIA tanto acentua, têm aqui a sua mais forte afirmação (7).

Com o Iluminismo, nasce uma forte reação contra as penas, que naquela época eram corporais, de caráter infamante, surgindo então as chamadas penas de prisão, com a figura do inglês John Howard, que dedicou toda a sua vida (1720—1796) a estudar as condições dos cárceres, e daí o seu livro "State of Prisons in England and Wales" (1777).

Vieram depois em Filadélfia, no que se refere à execução das penas, o "Solitary System", em 1775, consistindo no isolamento completo do prêso e logo após o "Separate System", com a criação das primeiras penitenciárias na América, desenvolvendo-se os sistemas filadélfico e auburniano (estabelecimento de Auburn), ambos regimes

5) Cuello Callon — "Derecho Penal" — Vol. I — pág. 50 — ed. 1947

6) Anibal Bruno — "Direito Penal" — Vol. III — pág. 22

7) Eduardo Corrêa — "Direito Criminal" — Vol. I — pág. 84 — ed. 1963

celulares, com trabalho para os sentenciados, sistemas que exerceram grande influência na Europa. Mais tarde surgiu o sistema progressivo, dando maior responsabilidade ao prêso, com a figura do irlandês CROFTON, vindo depois os reformatórios, ainda nos Estados Unidos, como o de Elmira, inspirado no sistema progressivo.

a) A Escola Clássica

Teve ela dois períodos: o primeiro, político, sob a égide de BECCARIA, e o segundo, prático, com CARRARA.

As características da Escola Clássica são as seguintes:

- 1.º) método especulativo, racionalista, lógico-abstrato, dedutivo;
- 2.º) sistema dogmático baseado sobre conceitos racionalistas;
- 3.º) imputabilidade baseada no livre arbítrio e na culpabilidade moral;
- 4.º) o delito como ente jurídico;
- 5.º) pena como um mal e como um meio de tutela jurídica.

No campo filosófico a Escola Clássica é partidária do livre arbítrio e os delitos são explicados pela vontade livre dos homens, porque eles têm liberdade moral. A tese livre-arbitrista diz que temos consciência da liberdade das nossas ações e que tal consciência prova a liberdade moral. O livre arbítrio, essência da responsabilidade moral é a base da responsabilidade penal. A imputabilidade é moral, advindo da vontade livre do homem. No livre arbítrio, o homem é dono da sua própria conduta.

O movimento chamado Escola Clássica ocorreu simultaneamente na Itália e na Alemanha, seguido de perto pela França.

Os representantes do classicismo italiano foram FILANGIERI (1752-1788), CARMIGNANI (1768-1847) e CARRARA (1805-1888).

Tanto CARMIGNANI como CARRARA eram professôres de Direito Penal, sendo que CARRARA, de sentido marcadamente tomista (SÃO TOMAZ DE AQUINO). O sucessor do mestre CARRARA na hierarquia suprema do classicismo italiano foi HENRIQUE PESSINA.

Poucas vezes na história do Direito Penal se encontra um sistema de tão harmoniosa genialidade como o que traduzem as páginas, sempre profundas de CARRARA. Em suas mãos, o direito punitivo adquire a dignidade de uma disciplina coerente, de um conjunto de princípios firmemente discriminados, nos quais a força interior logra imprimir certos rasgos de beleza de expressão um pouco grandiloqüente (*).

Para CARRARA a ordem social não se apoia sobre a concepção contratualista de ROUSSEAU, partindo êle do dogma divino da Criação, da existência de um ser eterno e infinito, estando a ordem social sob a direção de uma lei suprema, que tem quatro manifestações: a lei lógica, a física, a moral e a jurídica.

Para CARRARA, delito é a infração da lei do Estado promulgada para proteger a segurança dos cidadãos, resultante de um ato externo do homem, positivo ou negativo, moralmente imputável e politicamente danoso.

Ao dizer CARRARA, que o delito é um ente jurídico, queria significar que o mesmo constitui a violação do direito de alguém.

8) Soler — "Derecho Penal Argentino" — Vol. II — pág. 336

Partindo, portanto, do princípio de que o delito é um ente jurídico, CARRARA deduz o fundamento e o objetivo do Direito Penal, que repousando na idéia de justiça, se destina à tutela jurídica da sociedade, isto é, à proteção dos direitos⁹⁾.

Paralelamente ao classicismo italiano, vem o alemão, ainda que não tivesse tal nome, filho também do Iluminismo, embora sob o imperativo moral de KANT. A grande figura foi FEUERBACH (1775-1833), dogmático, autor da tese sobre a prevenção geral sob coação psicológica no tocante à função da pena assentando o Direito Penal no marco do legalismo, com a formulação do extraordinário dogma "nullum crimen, nulla poena sine lege". Seu continuador foi MITTERMAYER, fundador de uma insigne estirpe de juristas, que levariam a cabo um Código Penal unitário para a Alemanha. Surgiram, então, BIRKMEYER, VON LISZT, MAX ERNEST MAYER e BELLING.

Quanto à França, na sua primeira geração do classicismo, estão PELEGRINO ROSSI, TISSOT e ORTOLAN, sendo que este acompanhando as idéias de BENTHAN (doutrina utilitária no Direito Penal).

Como contestação ao pensamento retributivo da Escola Clássica, surgiu a Escola Correccionalista de ROEDER, que sustentou uma extraordinária polémica com CARRARA. Foi ROEDER quem lançou o germe da sentença indeterminada, influenciando sobremaneira a PEDRO DORADO MONTERO, extraordinário autor do "Derecho Protetor de los Criminales".

b) Escola Positiva

Por que teria aparecido a Escola Positiva? Era o próprio espírito da época, com o determinismo, com as ciências sociais e os métodos naturalísticos, buscando na experimentação todo o material de trabalho.

Contra os adeptos do livre arbítrio, sob o aspecto filosófico, chamados indeterministas, surgiram os deterministas, sustentando que o homem não pode constituir uma exceção da trama universal da causalidade, sujeito a enormes e constantes fatores e considerando que esse múltiplo conjunto de fatores produz uma causalidade psíquica constituída pelo jôgo das motivações (motivos).

Esta controvérsia entre os livre-arbitristas e os deterministas é histórica através dos séculos e no Direito Penal foi mais acentuada com CESAR LOMBROSO, médico, apresentando seu livro "O Homem delinqüente" que alterou o rumo dos estudos penais.

O mérito dos positivistas foi estudar o crime e os criminosos dentro de um campo científico, experimental; eis que até então eram focalizados como entes jurídicos.

Qual o mérito de LOMBROSO? Qual a sua genialidade? "Foi demonstrar a necessidade de estudar a personalidade do delinqüente para surpreender a origem biológica do delito"¹⁰⁾.

E pensar-se que tôda a teoria de LOMBROSO se originou ao fazer a autópsia no criminoso VILELA, quando descobriu na base do crânio daquele, a fosseta occipital média, surgindo então as suas quatro hipóteses sobre o delinqüente: a) o criminoso propriamente dito é nato; b) é idêntico ao louco moral; c) apresenta base epilética; d) constitui por um conjunto de anomalias, tipo especial, o chamado tipo lombrosiano.

9) Basileu Garcia — "Instituições de Dir. Penal" — Vol. I — pág. 90

10) Roberto Lyra — "Novíssimas Escolas Penais" — pág. 69

Daí dizer VON HAMEL: "BECCARIA nos dias de arbítrio disse ao homem: conhece a Justiça; e LOMBROSO, na época das fórmulas clássicas do Direito Penal, disse à Justiça: conhece o homem".

Para LOMBROSO, a explicação do crime e da criminalidade era justamente uma explicação antropológica. Haveria um certo tipo de homem, com certas e determinadas características corporais e anímicas, uma peculiar "species generi humani", o delinqüente nato, que necessariamente seria levado ao crime. A origem de tal tipo de homem reconduzia a êle as razões do atavismo, que fazem retroceder certos indivíduos aos primeiros períodos da humanidade com os seus instintos primitivos selvagens, ao infantilismo que obstava ao desenvolvimento mental e efetivo e deixava os homens com o espírito de criança ou a certas naturezas epiléticas (11).

Com os estudos de LOMBROSO, passou-se a estudar o criminoso, a sua personalidade, e, com isso, abrindo-se os horizontes da biologia em benefício do próprio criminoso e da ordem social. Com LOMBROSO, foi iniciada a Criminologia. Leia-se THEODOLINDO CASTIGLIONE — "LOMBROSO perante a Criminologia Contemporânea".

O termo Escola Positiva veio naquela oportunidade, com FERRI, advogado, polemista, discípulo de ARDIGÓ, e, era a época da Escola Positiva de AUGUSTO COMTE. A escola foi chamada positiva não porque aceitasse o sistema filosófico de COMTE, mas pelo seu método. A escola sofreu a influência de DARWIN, SPENCER e HAECHEL, com as novas concepções da natureza, do homem, ou seja, a doutrina da evolução.

O positivismo penal via no delito uma realidade biológico-social, constituída de fatores antropológicos e materiais sôbre a humana liberdade, ao passo que os postulados da Escola Clássica fundavam-se no livre arbítrio e no delito como ente jurídico, dando especial importância ao delito, ao contrário da Escola Positiva, cujo principal postulado foi o criminoso, o homem.

Daí a extraordinária atuação de LOMBROSO, chamando a atenção para a correlação entre os fatos morais e os fatos físicos, procurando classificar os criminosos e descobrir dentro da própria natureza humana a causa dos delitos.

Em resumo, segundo a concepção antropológica criminal do delito, fundamentada por CESAR LOMBROSO (1835-1909), o delinqüente verdadeiro, nato (*homo delinquens*), é uma peculiar espécie humana, cognoscível em virtude de determinadas características corporais e anímicas, uma peculiar "species generis humani". LOMBROSO teve como precursores na antiguidade, a PLATÃO e HIPÓCRATES e a sua atuação trouxe uma transformação extraordinária no estudo do Direito Penal, mostrando que o fato criminoso tão-somente era insuficiente no combate à criminalidade e que havia necessidade de se conhecer o homem.

Evidentemente, como não podia deixar de acontecer com esta teoria revolucionária, inúmeros e variados foram os seus opositores, na Itália e na Alemanha (BAER, médico alemão de prisões em 1893), SOMMER e VON ROHDEN com a psicopatologia. O Padre AGOSTINHO GEMELI, na Itália, foi um tremendo opositor de LOMBROSO, de tal maneira que em 1911, chegou a publicar um livro intitulado "Cesare Lombroso I Funerali di un Uomo e di sua Dottrina".

Antes de LOMBROSO, a preocupação dominante sôbre o crime e o criminoso era tão-somente a lei. Após LOMBROSO passou-se a estudar a personalidade do criminoso,

11) Eduardo Corrêa — "Direito Criminal" — Vol. I — pág. 60

abrindo-se os horizontes da biologia em benefício do próprio criminoso e da ordem social.

Mas a grande figura da Escola Positiva foi ENRIQUE FERRI com seus livros "Sociologia Criminal" e "Princípios do Direito Criminal", além de outros trabalhos, inaugurando a fase sociológica da Escola. Com FERRI os estudos do crime e do criminoso, passaram do plano antropológico para o plano sociológico, ou seja, dos fatos endógenos para os fatos exógenos da criminalidade. FERRI desenvolveu a mesma tese de LOMBROSO, negando o arbítrio e o fundamento moral da responsabilidade, para reconstitui-la como responsabilidade social, sob a argumentação de que os homens vivem em sociedade, e, por conseguinte, o crime provém dos fatores biológicos físicos e sociais.

Tem a Escola Positiva como postulados básicos os seguintes fundamentos: a) método experimental, positivo, indutivo; b) responsabilidade social derivada do determinismo; c) perigosidade ou periculosidade do delinqüente; d) o crime como fenômeno natural e social produzido pelo homem; e) a pena não como castigo, mas como meio de defesa social; f) negação do livre arbítrio ou liberdade moral.

Como se vê, a característica principal da Escola Positiva foi realçar a personalidade do réu, procurando uma causa social para o crime.

Na Escola Positiva com LOMBROSO e FERRI, o primeiro na parte antropológica e o segundo na parte social, faltava um conteúdo jurídico e daí GARÓFALO com seu livro "Criminologia", dividido em três partes: o delito, o delinqüente e a repressão penal. GARÓFALO trouxe o que êle chamou de crime natural, que "é a ofensa feita à parte do senso moral formada pelos sentimentos altruístas de piedade e probidade".

Diz MAGALHÃES NORONHA, analisando a obra de GARÓFALO, que o delinqüente é portador de anomalia moral, criando critérios positivos de punibilidade. GARÓFALO, estabelecendo a temibilidade como "a perversidade constante e ativa do criminoso e a quantidade do mal que dêle se deve temer", criou o fundamento da responsabilidade e o critério da pena, através do que êle chamou de "critérios positivos de punibilidade" (12). Dêste conceito, surgiu a periculosidade ou perigosidade do delinqüente, assunto dos mais importantes no Direito Penal Moderno.

Uma das mais importantes conseqüências da Escola Positiva, foi a classificação dos criminosos, sobressaindo até hoje, a de FERRI, em cinco tipos: o criminoso louco, o nato, o habitual, o passional e o ocasional. FERRI produziu um extraordinário livro com muitas tintas literárias, mas, até hoje, de extraordinária aceitação: "Criminosos na Arte e na Literatura", onde examina os diversos tipos de criminosos na literatura moderna mundial, dentro de sua classificação. Assim é que estuda os três famosos criminosos de SHAKESPEARE: MACHBETH (epilético) como criminoso nato, HAMLET (intelectual) como criminoso louco e OTELO, como criminoso passional, além de estudar os personagens de ZOLA nos livros "Tereza Raquin", "Germinal" e "Besta Humana" e de DOSTOIEWSKY em "Crime e Castigo" e "Recordação da Casa dos Mortos".

Com a Escola Positiva, surgiu a Criminologia e hoje os criminosos são estudados sob os mais variados ângulos, procurando-se uma explicação para o crime. Daí o extraordinário livro de MEZGER intitulado "Criminologia", onde estuda o criminoso em cinco aspectos: 1.º pela teoria lombrosiana, (antropologia criminal do criminoso nato); 2.º pela concepção psicopatológica do delito, considerando o delito como enfermidade;

12) Magalhães Noronha — "Direito Penal" — Vol. I — pág. 44

3.º) pela concepção psicanalítica e individual, psicológica; 4.º) pela concepção biológica; 5.º) pela concepção sociológica.

c) **Outras Escolas Penais**

Na Itália surgiu a chamada *Escola do Positivismo Crítico* ou *Terceira Escola*, com ALIMENA e CARNEVALE, e na mesma época na França uma ramificação das Escolas Clássica e Positiva com GARRAUD e GABRIEL TARDE (tem um livro interessante em português: "A Criminalidade Comparada", com prefácio de ROBERTO LYRA), onde estuda a criminalidade dentro das teses de identidade pessoal e semelhança social (imitação).

d) **Escola de Política Criminal**

Surgiu também a *Escola de Política Criminal*, tendo como vultos principais VON LISZT, VON HAMMEL, ADOLFO PRINS e CARLOS STOOS, cujos postulados foram: a) método experimental nas ciências penais e lógico-jurídico no Direito Penal; b) culpabilidade e estado perigoso; c) crime como fenômeno natural e como ente jurídico; d) pena de fim e medida de segurança.

A Escola de Política Criminal teve extraordinárias influências no Direito Penal da época, pois aceitando os postulados das Escolas Clássica e Positiva, lançou o instituto das medidas de segurança, que aparecem nos projetos suíços e nos códigos penais modernos, entre os quais o nosso Código de 1940, com a preocupação máxima de providências práticas em benefício da repressão e da prevenção dos crimes. Dessa escola surgiu em 1880 a União Internacional de Direito Penal, que, com as suas extraordinárias publicações, até 1914, quando findou, trouxe enorme contribuição para o Direito Penal.

A figura máxima foi VON LISZT, cujo "Tratado de Direito Penal" foi traduzido para o Português com prefácio de JOSÉ HIGINO, onde livro e prefácio demonstram a extraordinária vitalidade do autor, como penalista e sociólogo criminal.

Outra extraordinária realização da Escola de Política Criminal é o sistema de tratamento dos menores delinquentes, além do estudo da perigosidade ou periculosidade, tornando claro que o Direito Penal construído sobre o fato era insuficiente para a luta contra a criminalidade, o que deve inicialmente à Escola Positiva.

VON LISZT, fundador da *Escola Moderna Alemã*, viu nas medidas de segurança a necessidade de atender à periculosidade dos delinquentes imputáveis especialmente perigosos ou à periculosidade dos não imputáveis, que, é o quadro moderno do Direito Penal.

A União Internacional de Direito Penal (Union International de Droit Penal), fundada em 1880, por LISZT, PRINS e VON HAMMEL, terminada em 1914, ressurgiu em 1927, sob o nome "Association International de Droit Penal", cujo órgão é a "Revue International de Droit Penal", hoje sob a direção de PIERRE BOUZAT, MARC ANCEL e JEAN PINATEL.

e) **Escola Técnico-Jurídica.**

Nasceu na Itália, como reação ao Positivismo Penal. Seu criador foi MANZINI, seguido de ROCCO, com o seu livro "L'oggetto del Reato".

ROCCO considera imprescindível a concepção determinista do querer para todo o Direito Penal, afirmando a existência psicológica do querer e por conseguinte a responsabilidade psicológica.

O essencial do tecnicismo jurídico é o método, que é o estudo das relações jurídicas sêcas, com o seu conteúdo, em função do direito positivo e do direito escrito, com a negação da investigação filosófica, estudando-se, em suma, o que está cristalizado nos códigos e nas leis.

Não se deve confundir **tecnicismo jurídico com dogmática penal**, pois esta é ciência do Direito Penal, normativa, valorativa, finalista, ocupando-se da lei penal, do delito, do delinqüente e da sanção. Esta diferenciação é necessária. A Escola Técnico-Jurídica apresenta um deslinde de campos; o Direito Penal vigente com seu conteúdo dogmático e seu método jurídico, separado da criminologia, ciência causal explicativa e naturalista, com método experimental e sociológico. (13)

f) Outras Escolas.

Existem os adeptos do neoclassicismo, com LUCHINI, STOPPATO e BATTAGLINI, a Escola Penal Humanista de Vicente Lanza, que subordina o Direito Penal à moral e o pragmatismo da escola de QUINTILIANO SALDAÑA, com o Direito Penal de Orientação pragmática, derivado do positivismo, na qual procura libertar o Direito Penal de todo o dogmatismo, baseando a Política Criminal nos dados da experiência.

IV — O ESTUDO DA PENA E SEUS FUNDAMENTOS

"Há um problema substancial no Direito Punitivo, que é o referente ao seu fundamento jurídico e ao fim da pena." (14).

No Estudo das Escolas penais é que vamos encontrar várias teorias sôbre as penas e na investigação acêrca dos fundamentos e dos fins da pena; as opiniões são as mais díspares, havendo autores (ASUA, VON LISZT, FLORIAN, FERRI) que a colocam antes do estudo da norma penal, e outros no capítulo das penas (SOLER, BINDING, MEZGER, MAGGIORE).

De qualquer maneira não podemos estudar Direito Penal, sem nos situarmos nos fundamentos do direito de punir, nas condições de seu exercício, nos requisitos da responsabilidade penal, nos tipos e nas medidas da pena.

As teorias sôbre a pena estão divididas em **absolutas, relativas e mistas**, classificação feita tão-sômente para agrupar pensadores que não constituíram escola, no dizer de SOLER.

(— 1 — "Punitur quia peccatum est" — pune-se porque pecou.

(— 2 — "Punitur ut peccetur" — pune-se para que não peque.

(— 3 — "Punitur quia peccatum est et ne peccetur" — pune-se porque pecou e para que não peque.

São chamadas também teorias da retribuição ou da reparação e estão contidas no "punitur quia peccatum est" (pune-se porque pecou). BINDING sôbre as teorias absolutas divide-as em dois grupos: a) o delito pode ser reparado e a pena é o único meio da reparação; b) o delito é um mal definitivo e irreparável, surgindo a pena como forma de retribuição (BINDING — Grundriss — pág. 385).

13) Asua — "Tratado de Derecho Penal" — Vol. I

14) Anibal Bruno — "Direito Penal" — Vol. I — pág. 78

A pena, nas teorias absolutas, é instrumento da expiação do crime, podendo ser como *teoria retribucionista*, uma violação da ordem religiosa, moral, jurídica. "*Malum passionis quod infligitur ob malum actiones*" — a pena como sofrimento aos que delinqüem ou como *contragolpe do crime*.

TEORIA DA REPARAÇÃO OU RETRIBUIÇÃO

a) Teoria da Reparação.

Tem como representante KOHLER, para quem o fundamento da pena descansa na *fôrça da expiação e purificação pela dor*. Também chamada da teoria da retribuição expiatória, é precursora do nacional-socialismo.

b) Teoria da Retribuição Divina.

É a doutrina do STAHL e o crime é uma *infração do preceito divino*, onde o Estado não é criação humana, mas exercida por delegação divina.

c) Teoria da Retribuição Total.

Esta teoria considera o delito como violação da ordem moral e a pena como compensação moral (KANT, MAMIANI, MANCINI). É esse um conceito puro e absolutamente moral. ("*Comentários ao Código Penal*" — Ed. Revista Forense — vol. II — ROBERTO LYRA — pág. 26 — 1942).

EMANUEL KANT (1724-1804) foi o chamado filósofo de KONIGSBER homem metódico e de extraordinária disciplina. Segundo DEL VECCHIO, ("*Lições de Filosofia do Direito*" — Ed. Armênio Amado — Coimbra — Vol. I, pág. 164), KANT é sem dúvida o grande filósofo da nossa idade, e, talvez, de todos os tempos.

Enquanto ROUSSEAU realizou uma grande tarefa na parte política, KANT realizou tarefa equivalente na parte especulativa.

Suas obras fundamentais são: "*Crítica da Razão Pura*" (1785); "*Crítica da Razão Prática*" (1785); "*Sobre a Paz Perpétua*" (1795); "*Crítica do Juízo*" (1790); "*Princípios metafísicos da Doutrina do Direito*" (1797).

KANT não foi um penalista, mas tão-somente um filósofo, preconizando a doutrina da justiça absoluta, que exclui na pena toda a idéia utilitária. Para KANT, o delinqüente deve ser punido porque mereceu, considerando êle uma íntima ligação entre a lei penal e o princípio ético. KANT era a favor do princípio da lei de talião, pois não separava o Direito da Moral.

A lei penal para KANT é um imperativo categórico (o homem é livre porque deve, não deve porque seja livre). Diz êle:

"A lei penal é um imperativo categórico e desgraçado o que se arrasta pelo tortuoso caminho do endemonismo (sistema moral fundado sobre a utilidade), em busca de algo que, pela vantagem que prometa, desligue o culpado, no todo ou em parte, da pena, conforme o farisaico princípio coletivo; é melhor que morra um homem que todo o povo. Quando perece a justiça, não tem sentido que vivam os homens sobre a terra."

KANT teve, como bases de sua obra, a liberdade e a moralidade, afirmando êle "que duas coisas me enchem de nôvo a alma de admiração e reverência: o céu

estrelado sôbre mim e a lei moral dentro de mim. Esta lei, o dever, é a maior certeza que nós temos; de tudo podemos duvidar, menos dela”.

d) Teoria da Retribuição Jurídica

A pena surge como reafirmação dialética do direito de obediência ao Estado, violado pelo crime. (EDUARDO CORRÊA — “Direito Criminal” — pág. 43).

O fundamento da pena como instituição jurídica foi dado pelo filósofo alemão HEGEL (1770-1831), entendendo êle que a retribuição é lesão da lesão. O crime é a negação do Direito, mas não é a destruição do Direito, pois o Direito é invulnerável e a aplicação da pena restabelece o império da lei e do Direito.

Diz SOLER — “Derecho Penal Argentino” — vol. II, pág. 328:

“A pena aparece como negação da pretendida negação do Direito; é a demonstração da sua irrealdade e, com ela, o restabelecimento do império inatacável do Direito. Daí a sua necessidade absoluta”.

e) Teorias Relativas ou da Prevenção.

São chamadas também teorias finalistas ou teorias da prevenção.

“Punitur ut ne peccetur” — pune-se para que não peque.

Entendem os adeptos dessa teoria que a pena não é um fim, mas que ela tem um fim, como defesa social, como necessidade social, como meio necessário para a segurança social. Daí, que não se castiga “quia peccatum est” (porque pecou), mas “ne peccetur” (para que não peque).

Existem várias doutrinas acêrca do modo como a pena deve atuar para a finalidade-defesa social, ora como prevenção geral; ora como prevenção especial.

Dá-se a aplicação da prevenção geral, quando a sanção ou a sua ameaça são um modo de prevenir as violações futuras, agindo sôbre a generalidade das pessoas. Quando a atuação é sôbre o agente, a prevenção tem o nome de especial.

1 — Prevenção Geral pela Intimidação.

Ela começa com FILANGIERI (1752-1788), que disse: “o objeto da pena é afastar os homens do delito pelo mêdo ao mal da pena, ao que o cometendo, exponham”.

FILANGIERI aceita BECCARIA e ROUSSEAU, contratualistas, em que a pena surge como reação defensiva para conservação do contrato social, já que o delito coloca o réu fora da proteção da ordem social. (15).

2 — Prevenção Geral pela Coação Psicológica.

Seu autor é FEUERBACH (1775-1883). A pena deve ter aplicação preventiva, por meio de coação psicológica, coação psíquica que se opera da parte do Estado, ameaçando com uma pena a transgressão possível da Lei e mostrando a realidade da aplicação dessa pena, quando a lei é transgredida. (16).

É o autor do “nullum crimem sine lege, nulla poena sine lege”.

FEUERBACH entendia, como determinista, que a fôrça que leva os homens ao crime era de natureza psíquica e daí a coação psíquica da sua teoria da prevenção.

15) Anibal Bruno — “Direito Penal” — Vol. II — pág. 84

16) Soler — “Derecho Penal Argentino” — Vol. II — pág. 331

Diz SOLER que esta teoria influenciou em ALIMENA e IMPALLOMENI.

3 — Prevenção Geral Pela Advertência.

Seu autor é BAUER (1830), com a ameaça da pena.

4 — Prevenção Geral Pela Defesa.

Seu autor é ROMAGNOSI (1761-1835), com o extraordinário livro "Genese del Diritto Penale".

É o autor das expressões "spinta criminosa" (impulso criminoso) e "contra spinta penale" (contra impulso penal). Para ROMAGNOSI, as penas devem incutir temor, para não atormentar ou afligir a um ser sensível, nem satisfazer um sentimento de vingança, nem revogar na ordem das coisas um delito já cometido, mas infundir temor a todo delinqüente, de modo que, no futuro, não ofenda à sociedade.

Deve ser lida a obra de ROMAGNOSI, especialmente na época atual do Direito Penal, quando se vê o avanço cada vez mais crescente da criminologia, num caminhar paralelo ao Direito Punitivo. Inteira razão tinha GARÓFALO quando o chamou pai da Sociologia Criminal e FLORIAN que o considerou como precursor da Criminologia.

f) Teoria da Prevenção Especial.

A idéia da prevenção especial foi criada por GROLMAN em 1798, com a intimidação atuando na personalidade do criminoso.

No entanto, a mais importante das teorias da prevenção especial é sem dúvida a teoria correcionalista de ROEDER, Professor da Universidade de Heidelberg, autor da obra "AS DOUTRINAS FUNDAMENTAIS REINANTES SOBRE O DELITO E A PENA" (1876), onde afirma que "a teoria correcional vê na pena puramente um meio racional e necessário para a vontade injustamente determinada de um membro do Estado, a ordenar-se por si mesma, porque, enquanto a desarmonia que nasce da sua desordem perturba a harmonia de todo o organismo daquele (ESTADO), segundo ela, isto radica o fundamento e o fim da pena e o critério para estabelecer seu gênero e grau".

Segundo a Escola correcionalista o fim da sanção é modificar e corrigir a vontade do delinqüente. É a chamada doutrina da emenda, que teve PLATÃO como precursor vendo no crime não o fato, mas o homem, influenciando em PEDRO DORADO MONTERO, que realiza com o seu "DERECHO PROTETOR DE LOS CRIMINALES", os postulados de ROEDER, com a escola positiva penal.

g) Teorias Mistas.

"Punitur quia peccatum est et ne peccetur" — pune-se porque pecou e para que não peque.

São teorias mistas no que se refere à pena, reconhecendo a **necessidade** ao lado da utilidade, como resultado da luta entre as escolas clássica e positiva, juntando o caráter retributivo da pena, com a reeducação do criminoso, mantendo distintos o problema da pena e da medida de segurança.

V — A MODERNA PROBLEMÁTICA DO DIREITO PENAL

O problema mais importante trazido pelo positivismo penal foi a não-consideração do delito como fato jurídico, mas sim como uma realidade biológica-social acrescida dos fatores antropológicos, tendo como ponto nuclear a personalidade do delinqüente.

Daí FERRI ter construído o seu sistema de prevenção, onde ao lado das sanções vinham os substitutivos penais para eliminar as causas do aparecimento da periculosidade, bem como as condições que levam o homem ao crime.

VON LISZT, discípulo de IHERING, traz, como fundador da Escola de Política Criminal, de fundo jurídico sociológico, a pena-fim, com propósitos sociológicos de readaptação ao delinqüente e não limitada a um abstrato formalismo desumanizado, no dizer de QUINTANO RIPPOLES. Com VON LISZT surgiu o dualismo culpabilidade e periculosidade e é Anibal Bruno que afirma que êle distingue o Direito Penal da Criminologia, limitando-o à exposição dogmática do direito vigente, através do método lógico e que a arma na luta contra a delinqüência (e eu prefiro o termo criminalidade) é o estudo científico do crime em seu aspecto e suas causas interiores (17).

Com a concepção normativa da culpabilidade (Frank, Goldschmidt e Freudental) surgiu o juízo de censurabilidade ou reprovabilidade, que, com a tipicidade de BELING, trouxe a concepção dogmática, jurídica do delito. É a escola jurídica alemã, com o direito penal da culpabilidade, diretamente ligada à pena retributiva, negando legitimidade a todo pensamento naturalístico e pragmático, embora aceitando os dados da experiência criminológica. Este é o primeiro grupo, fazendo Eduardo Corrêa, notável Professor de Direito Criminal em Coimbra, indagar:

“Se porém o fato é, no pensamento retributivo, o critério da medida da pena, como estabelecer a medida exata da retribuição?”

A resposta estará na pena de talião, no Juízo de censura ao homem criminoso, no juízo de valoração dos interesses ofendidos, dizemos nós?

O segundo grupo é de fundo pragmático, dominando na ciência penal dos Estados Unidos da América do Norte e na Inglaterra, países sem codificação de leis penais, tendo como fontes a “common law” e a lei escrita, não havendo construções jurídico-dogmáticas, não havendo tipicidade ou censurabilidade, mas um sistema de precedentes judiciais (“leading cases”), que se ajustam continuamente ao sistema de vida. As críticas dos dogmáticos penais, dos seguidores da teoria jurídica do delito, ao sistema penal anglo-americano, estão respondidas com as amplas e constantes reformas penais, com as notáveis medidas de prevenção contra o crime, com o avanço extraordinário das ciências sociais, da criminologia e da penologia, bem como a extraordinária penetração, cada vez maior, dos institutos do “probation”, (é a nossa suspensão condicional da pena), do “parole” (é o nosso livramento condicional) e das sentenças indeterminadas. No direito anglo-americano, existe também a culpabilidade, o princípio da reserva legal, a proibição da analogia em matéria penal, mas a característica fundamental é Justiça Social.

O terceiro grupo é o dos países Nórdicos, de cunho naturalista, afirmando um pensamento de proteção, surgindo a extraordinária obra do Sueco OLOF KINBERG, que atingiu a culminância com o seu livro “Les problèmes Fondamentaux de la Criminologie”, editado em francês no ano de 1957, sob os auspícios do Centro Francês de Direito Comparado, organização chefiada por MARC ANCEL, livro cuja característica é a profilaxia do crime e a defesa social, num sistema amplo de proteção e prevenção.

O quarto grupo, liderado por FILIPPO GRAMATICA, preconiza a supressão do Direito Penal tradicional, cedendo o lugar ao “direito-dever de defesa social”, aban-

17) Anibal Bruno — “Direito Penal” — Vol. I

donando-se as concepções tradicionais, estudando-se os fatores criminógenos do Direito Penal, abandonando-se a pena em favor de medidas de defesa social, preventivas, educativas ou curativas. Sustenta GRAMATICA pontos fundamentais no seu livro "Princípios de Direito Penal Subjetivo": 1) as instituições penais não corrigem, nem a diminuição da resistência, nem o excesso de impulsos para cometer atos anti-sociais; 2) O Direito Penal na sua concepção tradicional e com os sistemas penitenciários em vigor, responsabilidade e pena, são instituições racionalmente negativas e propriamente criminógenas, particularmente aos fins da reincidência; 3) a prisão como fator criminógeno; 4) a ação criminógena da pena como inatividade do trabalho sobre o sujeito; 5) um sistema subjetivamente corretivo para o indivíduo.

O quinto grupo é o da nova defesa social, movimento liderado pelo extraordinário MARC ANCEL com o seu livro "La Défense Sociale Nouvelle (un mouvement de Politique Criminelle Humaniste), e apoiado pelo não menos extraordinário JEAN GRAVEN, ambos dirigindo a Société Internationale de Défense Sociale. A Nova Escola de Defesa Social é uma reação contra o caráter retributivo da pena, uma proteção da sociedade contra o crime (Defesa Social) por meio da "prevenção contra o crime e pelo tratamento do delinqüente", uma reação contra a exagerada juridificação clássica do direito penal com o Humanismo judiciário e a especialização penal e criminológica do Juiz Criminal. Pela nova escola pretende-se uma revisão sistemática de valores, com a construção de um Direito Penal Pragmático, tendo como finalidade a ressocialização do delinqüente. A proteção Social que a nova Escola pretende, deve ser realizada levando-se em consideração a periculosidade, com um conjunto de medidas extrapenais destinadas a neutralizar o delinqüente, com métodos curativos e educativos. Pretende também a aplicação de uma Política Criminal que dê particular importância à prevenção individual, realizando também um sistema de prevenção do crime e de tratamento dos delinqüentes. Para tanto a Nova Escola de Defesa Social necessita da Criminologia a fim de estudar o fenômeno criminal, juntamente com o Direito Penal como reação contra o fenômeno criminal, em busca de uma Política Criminal, ciência e arte para melhor formulação de regras positivas, dando direções ao legislador. A doutrina da nova escola não pretende suprimir o direito penal, mas fazer com que êle responda às necessidades sociais da hora presente, sustentando que a norma repressiva perde grande parte da sua significação quando se isola do seu contexto sociológico.

A defesa social considera o crime um fato humano, como expressão da personalidade do seu autor, entendendo que o Juiz Penal para julgar o delinqüente, tem que conhecê-lo, em função dos elementos subjetivos da personalidade do autor. Daí o exame biopsicossocial antes do julgamento penal, para exame da personalidade do delinqüente.

Como conseqüência das novas escolas de defesa social, graças a MARC ANCEL, GRAMATICA, JEAN GRAVEN e muitos outros, aí está o trabalho das Nações Unidas realizando congressos internacionais em GENEBRA (1955), LONDRES (1960) e ESTOCOL-

MO (1965) e o próximo (agosto do corrente ano) em Kyoto, sempre sob o tema "Prevenção Contra o Crime e Tratamento do Delinqüente".

VI — O DIREITO PENAL NO BRASIL

Tendo em vista a problemática do Direito Penal, no mundo moderno, qual tem sido a posição brasileira?

Durante os últimos 30 anos, tivemos um Código baseado na culpabilidade e na periculosidade, tudo dentro do chamado tecnicismo jurídico, proveniente do dogmatismo penal italiano, notando-se marcada influência de MANZINI, no dizer de NELSON HUNGRIA. A realidade verdadeira é que a nossa literatura jurídico-Penal sempre se inspirou nas fontes italianas e alemãs. Nunca tivemos uma Escola Penal Brasileira, havendo no Brasil uma formação exclusivamente jurídica do penalista, sempre baseada no direito estrangeiro, ora alemão, ora italiano.

Jamais o penalista no Brasil saiu do campo da culpabilidade. Jamais o penalista no Brasil acrescentou à culpabilidade o conceito de Justiça Social. Daí porque no Brasil o Direito Penal tem sido o mais estável de todos os direitos, jamais refletindo as necessidades brasileiras, onde temos as mais variadas dimensões sociais. Isto talvez explique o desprestígio do Direito Penal no Brasil, desprestígio que também é assinado no mundo inteiro, pois a criminalidade aumenta assustadoramente em todos os recantos.

Daí termos que lutar no Brasil, bravamente, por uma renovação do direito penal, partindo-se do ensino universitário, fraco e defeituoso. O Direito Penal é uma ciência social, é o aspecto do direito que reflete em toda a sua integridade a individualidade de um povo, os seus pensamentos e sentimentos, o seu caráter, suas paixões, o seu grau de civilização, toda a sua alma enfim. Daí VON IHERING afirmar que a história do direito criminal de um povo é um fragmento da psicologia desse povo.

De nada adianta uma nova legislação penal, a mais moderna, se continuam existindo flagrantes desigualdades sociais. Havendo desemprego, havendo fome, terá que existir uma criminalidade, como uma consequência natural. Daí o caráter preventivo no combate ao crime. Hoje, mais do que nunca, o crime é um fato eminentemente social. A sociedade com as suas injustiças, com a sua polícia ou com o negligente abandono de elementares deveres, cria e germina o delito. Daí a verdade dita por FERRI: "menos justiça penal, mais justiça social".

Todos falam e comentam sobre as boas ou más inovações do Novo Código Penal Brasileiro. No entanto, a pergunta mais importante ainda não foi feita. Qual a filosofia penal do Novo Código? A quem se deve essa nova filosofia penal? Por que se fez um Novo Código Penal? O que encerra de útil para o Brasil o Novo Código Penal?

Dizem os críticos ao anteprojeto Hungria e ao próprio Código Hungria, que foram utilizados outros códigos penais e projetos pertencentes a países cuja realidade,

sistema penal e organização penitenciária e judicial têm pouco ou nada a ver com o Brasil (18). Tem inteira razão EMILE GARÇON quando diz que há uma evidente semelhança entre todos os projetos e códigos penais atuais, que obedecem por assim dizer a uma lei da imitação.

Qual a filosofia do Novo Código Penal Brasileiro? Graças à genialidade de NELSON HUNGRIA, passamos do Código de 1940, mesclado de concepções clássicas e positivistas, para um Código de Defesa Social, contendo um Direito Penal da culpabilidade e inovações criminológicas que renovarão, evidentemente, a ciência penal brasileira.

E dizer-se que HUNGRIA em 1942, no seu livro "Novas Questões Jurídico-Penais", dizia da Criminologia ser como uma teia de Penélope, para em 1963, em artigo publicado na "Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal" (vol. I — pág. 5) sob o título "Direito Penal e Criminologia", afirmar:

"Os pontos de mútuo entendimento e ajustamento, porém, entre o direito penal e a criminologia, assinalando harmonia onde outrora só havia radical e exaltada cizânia, estão a assegurar novos e amplos caminhos para um e outro, no sentido de maior eficácia e êxito no combate ao crime e ao criminoso, quer do ponto de vista repressivo, quer do ponto de vista preventivo. Nem só jurismo, nem só biosociologia, mas uma síntese em que se aglutinem os diversos critérios na tentativa de decifração e conseqüente eliminação dessa ameaçadora esfinge de Tebas, que é a Criminalidade."

Mas HUNGRIA não ficou só nisso. Em 1967, no Congresso de Direito Penal e Criminologia realizado em Brasília, proferiu conferência extraordinária sob o título "Novas Teorias e Diretrizes do Direito Penal", tratando da defesa social, discorrendo com profundidade sobre MARC ANCEL e FILIPPO GRAMATICA e sustentando a validade das escolas defensistas, com as seguintes afirmações: 1) "a recuperação social do criminoso, de simples epifenômeno, passa a ser o preponderante, o precípua escopo da pena" e daí o art. 37 do Novo Código; 2) sustentou a pena com "ne peccetur (isto é, devendo ser aproveitada para o aperfeiçoamento do condenado à vida social, mediante processos de educação ativa)"; 3) falando sobre a medida de segurança disse ser "pelo método unitário, mas sob a rubrica de pena, sem repúdio à tradicional condição de imputabilidade e culpabilidade moral, posto que não há incompatibilidade alguma entre o princípio da responsabilidade psíquica e a concepção finalista da pena". Daí afirmar HUNGRIA, admitir a pena como retribuição e como defesa social.

Com estas novas idéias, HUNGRIA e ROBERTO LYRA, embora por caminhos diferentes, chegaram ao ponto mais importante do direito penal moderno: o abandono de arcaicos conceitos repressivos, de caráter retributivo, em busca da recuperação do criminoso.

18) Manuel Lopes Rey — "Rev. Bras. de Direito Penal e Criminologia" — Vol. XII — pág. 55

VII — A FIGURA DE ROBERTO LYRA

O que existe de criminológico no Novo Código Penal Brasileiro? O que se entende por CRIMINOLOGIA? Existe Criminologia no Brasil? Existe Criminologia na América Latina? Existem pesquisas criminológicas no Brasil e na América Latina?

A resposta é N - ã - O .

No Brasil quando se fala em Criminologia, a figura que sempre será eterna e histórica é a do excelso ROBERTO LYRA, que vem lutando pelos seus ideais desde BECCARIA, desde 1725. ROBERTO LYRA no campo penal e criminológico brasileiro, tem 200 anos. Para os interessados, principalmente para os moços do nosso Brasil, país sem tradições nos estudos penais e criminológicos, leiam a página admirável de ROBERTO LYRA na "Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal" — vol. 13 — ano 1966, onde sob o título "Atualidade de minhas posições e propostas em Direito Penal e Criminologia" mostra que já falava desde 1917 em **criminologia, criminalidade, prevenção contra o crime, recuperação do criminoso, direito penal como ciência social, justiça social, FERRI, LOMBROSO, GABRIEL TARDE, GARÓFALO** e sempre lutando por uma Escola Penal e Criminológica Brasileira, genuinamente brasileira, de acordo com as necessidades brasileiras e longe dos dogmáticos penais alemães, contra a "atomiização germânica do delito".

VIII — A CRIMINOLOGIA NO BRASIL E NO MUNDO

Direito Penal e Criminologia, no mundo atual, têm de caminhar de mãos dadas. O Direito Penal pune uma conduta anti-social e a Criminologia procura explicação para a conduta anti-social. A Criminologia procura penetrar na consciência do criminoso para conhecer os seus impulsos íntimos e profundos, procurando reintegrá-lo na vida normal da sociedade, além de examinar o meio ambiente, procurando soluções para uma prevenção contra o crime. A Criminologia é uma ciência social, pois estuda a criminalidade, que é um fato social.

A Criminologia tem um imenso campo e é a ciência do futuro, com essa alarmante extensão da criminalidade em todo o mundo. Para o estudo das manifestações da criminalidade, necessitamos das pesquisas criminológicas, de estatísticas judiciais, policiais e penitenciárias, sabendo-se que a cifra negra é o maior obstáculo à prevenção da criminalidade. Como poderemos sem a criminologia combater a criminalidade trazida pela imigração rural, a delinqüência juvenil, o alcoolismo, a delinqüência urbana, o tráfico de escravas brancas, o delito organizado, os tóxicos, a delinqüência feminina e mesmo a delinqüência rural? É verdade que funcionará a repressão policial, mas os arcaicos conceitos repressivos e punitivos não impedem a disseminação da criminalidade.

As definições — e eu detesto as definições em matéria científica — sobre Criminologia são as mais variadas, de autor para autor, eis que os criminólogos têm as

suas experiências em campos científicos diversos, trazendo suas idéias de acôrdo com a formação pessoal e daí as definições unilaterais.

Os criminólogos americanos, na sua maioria sociólogos, definem a criminologia como "estudo sistemático do delito e da criminalidade, não sob o aspecto legal, mas em relação aos processos que conduzem ao transviamento e ao comportamento social ou anti-social" (Romney — J. Maier — "Sociology: The Science of Society"). Esta orientação é seguida pelos sociólogos americanos THORSTEN SELLIN, CLINAR, RECKLESS, POLLAK e SUTHERLAND. É SELLIN, ex-chefe do Departamento de Sociologia da Universidade de Pensilvânia, contestado por PAUL TAPPAN, quem afirma no seu extraordinário livro "Culture conflict and crime" que limitar a criminologia ao estudo da conduta criminal definida pela lei, seria quase como limitar a psiquiatria ao estudo dos tipos mentais cristalizados em termos legais e daí êle substituir a expressão "legal norm" por uma mais ampla "conduct norm". A mesma orientação têm os psicanalistas HERSNARD ("Psicologia do Crime") e a dupla Alexander e Staub com o livro "O delinqüente e seus juizes", insistindo que o delito deve ser considerado no plano dos valôres morais.

O campo da Criminologia resultará, pois, definido pelo direito positivo? De qualquer maneira, existem certos fatos sociais como a prostituição, o alcoolismo, a delinqüência juvenil e outros, que a criminologia pode estudar, como ciência social que é, sem que haja um prévio ordenamento penal.

O campo da Criminologia resultará, pois, definido pelo Direito Penal? Veja-se no Brasil onde a lei penal é unitária, as extraordinárias diferenças sócio-culturais entre o Norte e o Sul, entre o Leste e o Oeste, onde o porte de arma, as casas de prostituição e os crimes de sedução são encarados sob os mais diversificados conceitos valorativos.

Como resolver êste impasse? Êle continuará no Brasil, enquanto permanecerem separados Criminologia e Direito Penal, uma voltada para fatos sociais e outro voltado para normas jurídicas. O penalista brasileiro tem que se convencer, de que direito penal e criminologia não são disciplinas paralelas, mas duas ciências combatendo a criminalidade.

É verdade que a Criminologia, ciência jovem, caminha e procura uma unificação metodológica, apesar da imagem falsa proveniente de que ela seja um conjugado de ciências, desde a biologia até às estatísticas. O que não se pode negar é que a Criminologia, ciência eminentemente social (daí FERRI ter abandonado a expressão Sociologia Criminal para a expressão Criminologia), procura fazer-se uma disciplina integrada, dentro de um conteúdo biopsicossocial, procurando uma síntese com a psicanálise, com a psicologia, com a endocrinologia, com a antropologia etc. E a grande luta é entre os criminólogos e os médicos, especialmente os psiquiatras que, no Brasil, foram os primeiros positivistas. Foi ROBERTO LYRA quem levantou o "estandarte da cruzada contra a medicinação do Direito". Na Europa êste problema

é sério e o exemplo está em Benigno di Tullio com a sua famosa doutrina da "Constituição Delinqüencial" para o delinqüente. E no Brasil, aí estão, no passado, GUALTER-LUTZ, e, no presente, LEONIDIO RIBEIRO, LUIZ ÂNGELO DOURADO, CARLOS LEAL, VEIGA DE CARVALHO, NILSON SANTANA, OLÍMPIO PEREIRA DA SILVA e outros.

E para maior discussão, que ainda não apareceu no Brasil, vem a genética do crime. Existirá um cromossomo do crime? Como julgar o delinqüente portador de uma anomalia genética XYY? É o famoso caso de Daniel Hugon, que compareceu à Corte de Julgamento em Paris, em outubro de 1968, por ter estrangulado, em setembro de 1965, uma prostituta de 62 anos. Hugon, examinado do ponto de vista biopsicossocial, acusou um desequilíbrio psíquico, uma tendência epilética, com agressividade, violência e impulsividade. Tentou o suicídio, durante a sua vida, por três vezes e examinado medicamente, verificou-se uma anomalia genética. Enquanto as mulheres têm um conteúdo cromossômico XX e os homens um conteúdo cromossômico XY, Hugon apresentou-se portador de um cromossomo Y, suplementar. O acusado era um XYY. A Justiça Penal Francesa, ainda sob o Código de 1810, monista, condenou-o a 7 anos de reclusão, declarando-o plenamente responsável e que a anomalia genética constituía uma facilitação para o crime. É o retorno à tese lombrosiana do criminoso nato. E aí está o caso de Richard Speck que matou, em Chicago, sete jovens enfermeiras, em 1966, sendo também portador de XYY. E aí estão os trabalhos dos médicos ingleses Patricia Jacobs e Casey nos reclusos, em 1966, os trabalhos de Mary Telfer na Pensilvânia, os trabalhos realizados em 1968 na Austrália e nos Estados Unidos, tudo em torno da genética do crime, dos cromossomos e o crime. Vejam-se os trabalhos publicados no mundo inteiro, nas revistas *Lancet* e *Nature*. Esta genética do crime, quando chegar ao Brasil, e chegará brevemente, não poderá ser resolvida de maneira simplista, colocando os portadores de XYY na rubrica dos inimputáveis. É trabalho penal e criminológico, é LOMBROSO, FERRI, GARÓFALO, GRAMATICA, serão as medidas de defesa social. É a Criminologia, sem dúvida, a ciência do futuro.

Como nós, no Brasil, iremos nos preparar criminologicamente, quando nem nas Universidades o assunto é mencionado, a não ser em esparsos cursos de pós-graduação?

Vejam-se as definições dos criminólogos europeus. Lavastine e Stanciu dizem que criminologia é o estudo completo e integral do homem, com a preocupação constante de conhecer as causas e os remédios para uma atividade anti-social. Jean Graven considera a criminologia como a ciência das ciências do homem, embora advertindo dos perigos do imperialismo criminológico ("La Criminologie et la fonction penal" — *Revue Internationale de Criminologie de police technique* — 1950 — pág. 165). Filippa Gramatica definiu primeiramente a criminologia como ciência do homem, mais que a do delito, para estudo do homem e das causas que o induziram a violar a lei, e, mais tarde, passou a definir a criminologia como a ciência que aprecia o fenômeno anti-social como manifestação humana.

Tenho para mim, ao entanto, que a melhor definição, simples e objetiva, parece-me ser a dos franceses Vouin e Leauté (*Droit Penal et Criminologie* — pág. 19),

quando afirmam que "a criminologia constitui o estudo científico do fenômeno criminal", semelhante à do sociólogo americano Caldwell quando fala em "estudo científico do crime e dos criminosos" ("Criminology" — pág. 3).

a) O Ensino da Criminologia no Estrangeiro

Onde se estuda *Criminologia* com profundidade, é no Instituto de Criminologia da Universidade de Cambridge, sob a direção do Professor Leon Radzinowicz, em curso de pós-graduação. O programa do curso 1969/1970 compreende 4 seções:

1.ª SEÇÃO

Teoria criminológica e sociológica do crime

- 1) *Condições econômicas do crime. A Escola Positiva. O fenômeno do Crime.*
- 2) *Aspectos ecológicos e demográficos do crime e dos criminosos. Aspectos demográficos do crime na sociedade contemporânea.*
- 3) *Recentes desenvolvimentos na Ecologia. Discussão e valor dos estudos ecológicos na teoria e na pesquisa criminológica contemporânea. A natureza e a significação da delinquência oculta. Aspecto demográfico do criminoso. Aspectos demográficos e sociais do crime com violência.*
- 4) *Raça e crime.*
- 5) *Teorias sociológicas contemporâneas.*

2.ª SEÇÃO

Aspectos psiquiátricos e psicológicos do crime e seu tratamento

- 1) *O normal e o anormal.*
- 2) *Psicoses e crime.*
- 3) *Álcool e o vício das drogas.*
- 4) *Psiquiatria e a lei.*
- 5) *Inteligência e delinquência.*
- 6) *Conceito de psicopatia.*
- 7) *Delinquência e perda neurológica.*
- 8) *O Estudo dos gêmeos dinamarqueses.*
- 9) *Criminosos sexuais.*
- 10) *Crimes contra as crianças.*
- 11) *Tratamento psiquiátrico para criminosos em liberdade.*

- 12) Tipologia ou classificação como base para uma teoria criminológica.
- 13) Desenvolvimento da personalidade e suas implicações na Criminologia.

3.ª SEÇÃO

Métodos de pesquisa criminológica

- 1) Princípios, tipos de pesquisas.
- 2) Fonte de dados. Estatísticas, registros administrativos, análise, questionários, entrevistas, testes psicológicos, estudos pilôtos.
- 3) Exame de populações.
- 4) Causalidade e prognóstico. Estudos longitudinais. Problemas de análise causal.
- 5) Experiências e sua avaliação. Contrôles de grupos.
- 6) Técnicas de pesquisas. Estudos de comportamento de grupo. Sociometria.

4.ª SEÇÃO

Desenvolvimento da prática e da teoria penal e o tratamento dos delinqüentes

- 1) Estudos da pena capital.
- 2) O desenvolvimento da teoria penal inglesa.
- 3) O desenvolvimento do sistema penal inglês.

A grande característica do Instituto de Criminologia da Universidade de Cambridge é a pesquisa criminológica. No momento, estão em andamento as seguintes pesquisas.

- 1) Alguns problemas de tratamento e educação nas prisões.
- 2) O tratamento dos delinqüentes habituais.
- 3) A transição entre prisões e a comunidade.
- 4) Tratamento para jovens delinqüentes.
- 5) Pesquisas sobre o probation e o parole.
- 6) Conseqüências sociais da condenação.
- 7) Estudo das sentenças de motoristas perigosos.
- 8) Classificação de crimes.
- 9) Conseqüências sociais da condenação.
- 10) Crimes de violência.
- 11) Predição e prevenção da delinqüência.
- 12) Programas de prevenção delinqüencial.

Outro extraordinário Curso de Criminologia é dado pelo Instituto de Criminologia da Universidade de Montreal—Canadá, sob a direção do Professor Denis Szabo. Também na School of Criminology—University of California—Berkeley—California, sob a

direção dos Professores Bernard Diamond e Paul Takagi. Em Israel, na Universidade de Tel Aviv o Professor Shlomo Shoham dirige também um ótimo Curso de Criminologia e o Professor Israel Drapkin, na Universidade de Jerusalém.

A característica da Criminologia Americana é o fundo pragmático, tendon para a penologia, eis que se expandem cada vez mais os serviços sociais.

Na Alemanha existem cadeiras de Criminologia nas Universidades de Tubingen e de Heidelberg. Na França, existe na Faculdade de Direito da Universidade de Lion um curso de *Criminologia Clínica* ligado à Medicina Forense. É claro que em tôdas estas Universidades existe suficiente numerário para o estudo e para as pesquisas criminológicas, assinalando-se que estes cursos não têm a característica sociológica dos cursos ingleses e americanos.

Nos Estados Unidos existem mais de 60 escolas de serviços sociais, preocupadas com o problema da reabilitação social. Daí os "social workers". Nas Universidades Americanas a Criminologia é estudada nos Departamentos de Sociologia, destacando-se Notre Dame, Wisconsin, Pensilvânia e Illinois. Ali existe também a reação dos conservadores, como no Brasil, que não admitem, no currículo universitário, a criação de uma cadeira de Criminologia. Na realidade, os sociólogos criminais ou criminólogos, tanto lá como aqui, não gozam de prestígio junto aos professores da lei penal, do Direito Penal. Será uma luta entre conservadores e renovadores? Sômente o futuro dirá, tanto lá como cá.

b) A Criminologia como ciência independente e como profissão

Pode a Criminologia ser considerada uma ciência independente? Existe um trabalho do Professor Ellenberger, fazendo um paralelo entre a medicina e a criminologia, com as ciências que as constituem, levando-se em consideração o método experimental. Diz êle: a medicina é baseada na anatomia, fisiologia, química etc. A criminologia é baseada na sociologia, psicologia, antropologia física, medicina, estatísticas etc. A razão de ser da medicina baseia-se na terapêutica e na saúde pública. A razão de ser da Criminologia baseia-se na reforma penal, na penologia, na reabilitação e na prevenção do crime. Tôdas estas ciências funcionam com o método experimental, científico, envolvendo julgamento de valôres, com específicos objetivos éticos: a medicina para curar, aliviar e consolar; a criminologia para combater a criminalidade.

A Criminologia como profissão, como conseqüência do seu contínuo crescimento obrigará a criação de uma deontologia, num futuro próximo, tendo em vista a multiplicidade de conveniências éticas, segrêdo profissional etc.

IX — MÉTODOS E TÉCNICAS CRIMINOLÓGICAS

Sôbre o problema do método ou dos métodos em Criminologia, discuti inúmeras vêzes com o Professor Sebastian Soler e eu lhe dizia das minhas inquietações em 1967, sôbre a Criminologia, se individualizadora ou sociológica, lembrando-lhe ainda, que em certa época êle a chamara de "hipótese de trabalho".

Soler respondeu-me com uma carta em fevereiro de 1968, que guardo num quadro e que lida por Roberto Lyra, dêle mereceu as seguintes palavras: "Guarda esta carta, é extraordinária. Soler é um sol."

"Eu não quero que me interprete como não tendo simpatia pelas disciplinas criminológicas. Exatamente o contrário é a verdade. Uma amostra das dificuldades que se encontram nesse terreno a vejo precisamente em sua carta. O propósito de aclarar e liquidar esse tipo de equívocos é o que me tem inspirado em minha crítica e tenho sido mal interpretado. Vacila você, com efeito, entre diferentes tipos de estudo que você mesmo chama "clínica individualizadora" ou "criminologia sociológica".

Você aqui põe exatamente o dedo na ferida. Para mim, **todo estudo, todo sem exceção**, é legítimo e necessário. O que exige é que saibamos bem o **que** queremos estudar, em primeiro lugar, porque segundo seja isso, haverá uma maneira correta de fazê-lo, **uma só** e muitas maneiras incorretas. Por isso creio que é necessário não se deixar confundir e para que os estudos criminológicos sejam realmente valiosos como podem e devem ser, têm de estar traçados com perfeita delimitação, tomando o que é psíquico como psíquico, o estatístico como estatístico, o sociológico como sociológico etc., tomando muito cuidado com as superposições, de maneira que não façamos sociologia sobre uma constante metáfora biológica, como tem ocorrido, sobre a base de pensar a sociedade como se fôra **realmente** um organismo e não como algo com **certos rasgos** que se parecem a organismo e outros que **não se parecem nada** a um organismo. O mesmo se passa com estudos individualizados, segunda tenham um destino de tabulação estatística ou de investigação do caso. Tudo tem interesse. Em sociologia, todo tipo de relações ou conexões deve ser investigado em concreto, ainda que aparentemente mais afastadas, seja qual seja o resultado que tenham. O que conta é que o método seja correto.

Para nós outros, os advogados, é necessário ter um cuidado muito especial para não invadir zonas próprias da biologia, da psicopatologia etc. Essas são ciências **per se** e nada fáceis, de maneira que nossa bagagem ordinária ante elas é insuficiente. Há que estudar, aparte, aquelas ciências. Inversamente não falemos dos transtornos que têm feito os médicos postos em juristas e legisladores.

Como orientação geral, eu, pessoalmente, daria preferência ao estudo de problemas socio-estatísticos sobre temas bem concretos; porém, isto é uma simples referência fundada em grande medida na verificação de que em nosso país faltam muitíssimos dados. Suponho que por aí ocorrerá algo parecido. Para tal há que pôr-se em dia sobre a moderna metodologia sociológica. Segundo você pode ver, minha exigência tende à pureza metódica e à perfeita determinação objetiva, requisitos que podem passar inadvertidos se, dentro da mesma designação "criminologia", colocamos, sem advertir primeiro do fato ao criminólogo, materiais de diferente natureza, como se, com saldos e retalhos de outras muitas ciências se pudesse constituir outra ciência autônoma e unitária.

No caso de criminólogos advertidos como você, não há perigo algum. Trabalhe no tema que trabalhe, você o fará bem; estou segura disso, porque conheço seu empenho, sua inteligência e sua perfeita pureza intelectual."

Há que se fazer, em Criminologia, a diferença entre método e técnica.

A Criminologia que procura uma síntese, dentro das mais variadas disciplinas que ela procura integrar, terá que adotar um método sociológico, como recomenda

Soler. Se a *Criminologia tem um contexto biopsicossocial*, temos que, dentro do **como** e do **porquê**, de maneira causal-explicativa, procurar com os elementos naturalísticos, uma unidade psicossociológica. O método para estas indagações é fundamentalmente *sociológico*, deixando o *jurista*, pouco avêso às ciências sociais, numa difícil situação para penetrar no problema criminológico. Daí a necessidade de uma especialização penal e criminológica.

Quanto às técnicas, temos as estatísticas, os inquéritos chamados *Social Survey*, a ecologia, o *case-study* (e aqui entram os irmãos Sheldon e Eleanor Gluck), as técnicas antropológicas de Sjöbring, Olaf Kinberg, Benigno di Tullio, Verwaeck, De Greef, a biotipologia criminal de Kretschmer (tipos somáticos) e Pende (tipos endócrinos).

Modernamente, surgiu a *Caracterologia Criminal*, criação dos holandeses, Heymans (filósofo e psicólogo) e Wiersma (psiquiatra). Ampliada por Le Senne e Resten, tem como base o caráter, sendo o conjunto das disposições congênitas que forma o esqueleto mental do homem. O único trabalho sobre o assunto, no Brasil, é do Professor Everardo Luna em "*Estudos de Direito em homenagem a Nelson Hungria*". Esta nova ciência tem crescido extraordinariamente nos últimos tempos, especialmente na *criminologia individualizadora*, clínica.

X — A CLASSIFICAÇÃO DOS CRIMINOSOS

As definições de crime, do ponto de vista criminológico, são feitas ainda sob os mais variados aspectos: o antropológico criminal, psicanalítico, biológico, psicológico, sociológico ou caracterológico. Daí a síntese criminológica que se procura dentro de um contexto biopsicossocial, eis que a *Criminologia no mundo é uma ciência jovem*.

No Brasil, no entanto, onde a *Criminologia* ainda não existe, mas que terá de existir, queiram ou não, com o Novo Código Penal Brasileiro, é de elementar cautela ficarmos na universalidade do conceito jurídico do crime, expressão de Pelaez, quando afirma que o estado atual dos estudos sociológicos, psicológicos e psiquiátricos impõe ao criminólogo e ao juiz uma indagação completa sobre a personalidade do delinqüente, indagação que compreenda também as eventuais anormalidades biopsíquicas, na medida em que elas possam influir, tanto sobre a capacidade de entender e querer, como sobre a total valoração da própria personalidade. E desta maneira, a medicina e mais propriamente a *psicopatologia*, têm uma tarefa específica na investigação criminológica, ainda que esta tarefa deva ser limitada na própria esfera de estudo.

Dentro deste espírito é que o juiz criminal brasileiro terá que aplicar o artigo 33 (menores) e o artigo 52 (aplicação da pena privativa de liberdade), sendo este artigo o mais importante na nova filosofia penal brasileira, trazida pelo Novo Código Penal.

O artigo 52 importa numa realidade biopsicossocial além do juízo de censurabilidade, mas, obrigará o juiz brasileiro, sem dúvida alguma, a uma especialização penal e criminológica, que já era preconizada no Projeto Alcântara Machado em 1938, onde se afirmava:

"O capítulo trata as normas a que deve obedecer o juiz na aplicação da pena. Esse, um dos problemas cruciais em matéria repressiva. Sistema, como é o do anteprojeto, inspirado todo ele na necessidade de prevenir o crime

e de tratar o criminoso de acôrdo com a sua maior ou menor periculosidade, depende, para o seu êxito, da maneira por que usar o juiz dos poderes que lhe são outorgados."

E Alcântara Machado, citando Cosentini, que falava dos conhecimentos adquiridos em direito penal nas universidades, indagava: "Estará a nossa magistratura penal preparada para uma tarefa dessa magnitude?" Dai êle afirmar a prudência do seu anteprojeto, que adotava o sistema da pena relativamente determinada.

E agora o Nôvo Código Penal Brasileiro concede — diz a exposição de motivos — "a ampliação dos poderes discricionários do juiz na aplicação da pena, com vista à realização de uma justiça material e à escolha da medida adequada para que se cumpram os fins das penas, das quais não se exclui a justa retribuição". Não é esta a filosofia penal que Hungria preconizou, mas sim, retribuição e defesa social. Como aplicar a nova filosofia penal sem uma especialização penal e criminológica? Especialização penal os juizes brasileiros já a possuem, mas lhes falta a especialização criminológica.

E aí vêm também as prisões abertas, paixão de Nelson Hungria. Quem irá determiná-las? O prolator da sentença condenatória ou o juiz das execuções criminais? Quais os meios que terá o juiz para mandar o condenado para a prisão aberta, se as nossas leis penais não têm o exame biopsicossocial preconizado pela Criminologia?

São avanços da nossa nova lei penal e Alcântara Machado, em 1938, tinha justos receios na aplicação da pena e naquele tempo ainda não se falava em prisão aberta, como hoje se fala.

E ainda mais. Vem o Nôvo Código, no capítulo da aplicação da pena, no artigo 64, com o criminoso habitual ou por tendência, com a aplicação da pena indeterminada (que não é do Projeto Hungria, nem da Comissão Revisora), com a habitualidade presumida e a habitualidade reconhecível pelo juiz.

Alcântara Machado, em 1938, no seu anteprojeto, que foi revisto e não aceito por Hungria, Vieira Braga, Marcelio de Queiroz e Roberto Lyra, falava nos criminosos de ocasião, por tendência, por habitualidade e por reincidência.

O Código de 1940 não admitiu a classificação de criminosos, afirmando Francisco Campos: "Ora, para a identificação dos tipos das duas primeiras categorias (referia-se ao projeto Alcântara Machado — criminosos ocasionais — e por tendência), não há seguros critérios objetivos. Não existem características constantes ou indícios infalíveis para diferenciar entre criminosos que o sejam *per accidens* e os que sejam por tendência. Quanto aos criminosos por tendência, nem mesmo se pode asseverar que existam, isto é, não se pode afirmar que haja uma inclinação especial ou fatalística para o crime; mas, ainda que se pudesse admitir isso, não seria lógico que um Código Penal fundamentalmente informado na liberdade volitiva incluísse entre os imputáveis o delinqüente que o é por irresistível tendência. Quanto aos criminosos habituais, não há razão para destacá-los da família dos reincidentes, uma vez que a êstes seja aplicado, como no sistema do projeto, um tratamento especialmente rigoroso."

Como surgiu esta classificação de criminosos no Nôvo Código Penal? Segundo o anteprojeto Hungria, em termos de legislação comparada, temos o Código Italiano

de 1930, o Código Grego de 1950, o Código Iugoslavo de 1951 e o Anteprojeto Soler de 1963.

Se naquela época, em 1938, com Alcântara Machado, a classificação de criminosos não foi aceita pelo Código de 1940, como surgiram agora estes tipos criminológicos? Teriam sido os modernos estudos criminológicos sobre a personalidade do delinqüente? Seria o princípio moderno da humanização da pena? E a pena indeterminada, como apareceu? Serão as espíritos de Roeder, de Pedro Dorado Montero, de Platão, que preconizavam a pena como emenda?

Os modernos estudos conduzem à classificação de criminosos a formação de tipos criminológicos, mas a realidade brasileira não conhece criminosos por tendência em número suficiente para uma colocação penal, da maneira como foi caracterizada no novo Código ou seja, *aquêle que comete homicídios, tentativa de homicídio ou lesão corporal grave, revelando extraordinária torpeza, perversão ou malvadez*. E porque, a não-colocação neste tipo de criminoso, daqueles que cometem crimes sexuais? Ademais as discussões *criminalógicas sobre o criminoso por tendência não chegaram a uma conclusão definitiva*, se êle é um enfêrmo mental ou um delinqüente natural por tendência. Como se situará o juiz penal, no exame da personalidade dêste tipo criminológico? Não se poderá prescindir, *jámais*, nestes casos, da psiquiatria, que deverá ser uma componente obrigatória para o exame da personalidade. Daí Florian, o grande positivista, ter afirmado não ser o delinqüente por tendência um enfêrmo mental, pretendendo o exame do caráter do réu, nos seus aspectos endógenos ou exógenos, já renunciando a chegada da Caracterologia. Vejam-se as críticas do Padre Gemelli⁽¹⁹⁾ no ano de 1946, contrárias ao artigo 108 do Código Penal Italiano que é de 1930, onde fomos buscar, de maneira integral o artigo 64 § 3.º do Novo Código Penal. Vejam-se as críticas de Bettiol⁽²⁰⁾, no ano de 1958, quando afirma que o delinqüente por tendência não encontra correspondência sequer na realidade natural. Veja-se o extraordinário livro de Franco Ferracuti e Marvin Wolfgang — *“Il Comportamento Violento — Moderni aspetti criminologici”*, do ano 1966, onde a violência e o homicídio são estudados em todos os pontos de vista possíveis, desde o sociológico, psiquiátrico e psicométrico, para ficar-se numa incerteza criminológica da anormalidade ou normalidade mental do delinqüente violento, do delinqüente por tendência do Novo Código Penal Brasileiro.

Quanto aos delinqüentes habituais, que no Brasil são os autores de furtos, o que não é uma afirmação radical, mas uma realidade brasileira, temos o mesmo problema, inquietante, pois autores como Mittermaier, Exner e o brasileiro Theodolindo Castiglione⁽²¹⁾, afirmam que nestes tipos de delinqüentes existe uma grande quantidade de psicopatas. O delinqüente habitual fica sem resistência ante às dificuldades da vida, apresentando graves *distúrbios da inteligência e do caráter*, bem conhecidos da psiquiatria criminal, ao contrário do criminoso profissional. É o que afirma Jean Pinatel em 1963 na sua Criminologia (*“Traité de Droit Penal et de Criminologie”* com Pierre Bouzat). Como se situará o juiz criminal no exame da personalidade dêste tipo criminológico?

19) Padre Agostinho Gemelli — *“La personalità del delinquente nei suoi fondamenti biologici e psicologici”* — pág. 312 — ed. 1946

20) Bettiol — *“Derecho Penal”* — ed. 1965 — Bogotá — pág. 597

21) Theodolindo Castiglione — *“Rev. Bras. de Direito Penal e Criminologia — Vol. II — pág. 146*

Melhor seria que o novo Código ficasse no exame biopsicossocial, que é a característica metodológica da Criminologia, esta jovem ciência do futuro.

XI — CONCLUSÃO

Não existem teorias acabadas e totais. Tudo se transforma, tudo evolui. As ciências, sejam elas quais forem, têm como base a investigação e por esta razão, elas jamais se acabam ou finalizam. Ficam sempre num constante debate ou pesquisa, em acertos ou desacertos, sempre à procura de novos rumos e novos campos, com o objetivo primordial da verdade. É o que acontece com a Criminologia, ciência procurando afirmar-se sempre, à procura da verdade científica, se podemos chegar a este exatidão científica. A Criminologia busca a perfeição do homem, que é o caminho impossível, mas sempre tentado e sonhado. A Criminologia quer dar uma explicação ou um remédio para a volta da normalidade, tanto individual como social. É o que se propõe esta ciência nova, com os métodos mais diversos, ainda numa confusão metodológica, mas não podendo fugir do estudo do meio circundante e da personalidade, nos aspectos biopsicossocial.

Sendo uma ciência nova, inúteis são os radicalismos, como aquela expressão de Asua, quando afirmou que a Criminologia, no futuro, irá abarcar o Direito Penal.

O Direito Penal deverá ter uma moderna dimensão social ao lado da Criminologia, com uma subordinação da regra penal à necessidade e à utilidade social. É a eterna discussão entre o direito penal retributivo e o direito penal utilitário. O penalista sente, hoje, que não pode ser simplesmente um jurista, discutindo as condições legais da imputabilidade ou os elementos jurídicos do delito, numa técnica unicamente jurídica. Chegamos a uma encruzilhada, indagando se as leis de fundo intimidativo têm condições para paralisar os desajustes sociais.

Daí a razão de necessitarmos de uma Criminologia Brasileira, onde o advogado criminal e os juizes e promotores também, especialmente nas grandes cidades, onde a criminalidade cresce, participem dos fatos, como servidores sociais, contribuindo para uma melhor justiça social. Precisamos de uma Criminologia para que sejam analisados os desvios dos padrões de comportamento com reflexos criminógenos. Temos que examinar as manifestações de criminalidade no Brasil, lutando, sobretudo, pelo início da pesquisa criminológica.

Os clássicos conceitos punitivos, as chamadas sanções retributivas, pela sua ineficácia, têm que ser substituídas por uma nova concepção, de prevenção contra o crime, de combate aos desajustes sociais, de auxílio à infância abandonada, de assistência à família, criando-se uma política social com a planificação do desenvolvimento, examinando-se, com cuidado, os problemas da desorganização social relacionados com a crescente industrialização e urbanização. Impõe-se um fortalecimento da vida familiar e religiosa, com uma política de bem-estar social, mais escolas e habitações, seguro social e participação do público no problema da criminalidade.

Daí a necessidade de uma inter-relação entre o Direito Penal e as ciências sociais, para uma correção das distorções da legislação penal por meio de uma adequada política criminal, tendo a Criminologia (individualizadora e sociológica) como fonte principal na obtenção das causas da criminalidade. A tendência moderna vê no crime um problema de ordem social e criminológica.

Esta é a moderna problemática da Defesa Social e da Criminologia.