

Roberto Lyra Filho

ENC
ORE

TEORIA GERAL DO DIREITO PENAL E CRIMINOLOGIA

990.0
Tese de doutoramento apresentada à
Universidade de Brasília, a 15 de
fevereiro de 1966 .

Orientador: Prof. Dr. F.M.Xavier de
Albuquerque.

(I)

A Ciência do Direito Penal e as "Ciências Penais". Filosofia Penal.

É óbvio que não podemos tratar da Ciência do Direito Penal, antes de admitir que ela existe. Há, de fato, uma Ciência do Direito Penal ?

Desde logo é preciso salientar que a resposta a esta pergunta implica a admissão de uma Ciência do Direito, de que a Ciência do Direito Penal é mera particularização; e, por sua vez, a noção duma Ciência do Direito carrega o pressuposto de uma opção relativa ao próprio conceito de ciência.

FRANCISCO ROMERO salientou que a classificação das ciências é tema derivado (1) e a divergência, a ela pertinente, resulta de concepções também diversas da ciência mesma. O aspecto derivado apresenta-se aqui com as características notadas pelo filósofo espanhol.

O problema (e a índole problemática advém da pura e simples negação, por alguns, da Ciência do Direito) é tematizado, aliás, em dupla derivação. Para chegarmos à noção duma Ciência do Direito Penal, urge que nos capacitemos da existência de uma Ciência do Direito e tal conclusão só pode ser extraída de uma abordagem prévia do problema da ciência tout court.

É a indagação metodológica assim esboçada que nos vai oferecer uma noção mais precisa da Ciência do Direito, evitando confusões que vêm da matriz filosófica, nem sempre posta em termos explícitos pelos que realizam as opções indispensáveis; e essas confusões vêm afetar a própria intimidade do afazer científico. "Toda ciência, mesmo quando o investigador não tenha consciência disto, é construída segundo princípios lógico-epistemológicos"(2).

Está visto que, em nosso propósito de focalizar especialmente a Ciência do Direito Penal, em si e no contexto do que chamamos o sistema das interferências interdisciplinares, essas etapas iniciais, referentes à noção de Ciência e de Ciência do Direito, não podem surgir senão debaixo do aspecto duma orientação, definida como simples tomada de posição. Outro seria o nosso trabalho, ao invés de aplicar uma reflexão epistemológica (3)

geral , nós nos propuzéssemos dissertar sôbre tal assunto , decerto fundamental , no terreno da Teoria Geral do Direito. Para coerência de nossa construção, urge apenas desvendar os "subentendidos" filosóficos , mostrando que não se trata de um celà va sans dire , mas de consciente adoção duma perspectiva . Foi , aliás , acentuando este aspecto que MANZONI (4) chamou a filosofia de "ciência dos subentendidos". Não pretendemos oferecer mais do que um esquema dos "subentendidos" e fazer ver a posição que assumimos perante eles. Trata-se , aqui, dos pressupostos de todo saber científico , em geral, e de cada ciência em particular , que todo cientista enfrenta , expressa ou implicitamente , neste ^{último} caso arriscando-se à opção cega, que GARRACORRI satirizou como "filosofia algo sonambúlica"(5).

Iniciaremos , portanto, o nosso roteiro com uma noção de ciência. É logo aqui que se nos depara este espetáculo semelhante ao referido por ALFRED WEBER , no pórtico da Sociologia: "as palavras são ruído e fumaça"... (6)

Se não temos a pretensão de lançar a paz , nesse campo, a opção nítida fará com que marchemos, pelo menos, com aquela "consciência esclarecida " das próprias dificuldades , que é essencial , no espírito filosófico.

A palavra ciência , de scientia (verbo scire ,saber) (7) comporta muitas acepções. BOCHENSKI (8) desde logo assinala um sentido subjetivo - o saber como propriedade do sujeito humano individual- , e um sentido objetivo - o conjunto sistemático de proposições científicas , independente do conhecimento que este o aquele indivíduo tenha delas ; isto é , num caso o que se entende por ciência como aquisição individual e , noutro, como obra social.

Sob outro aspecto, não menos importante, poderíamos distinguir aquêle âmbito vulgar de um conhecimento que se possui, pouco importante a maneira de adquirí-lo ou o objeto a que se refira (9). Nem tudo de que se tem ciência é Ciência , no sentido que a aparta do conhecimento vulgar , tanto quanto de outros tipos de saber , com o o filosófico. O próprio conhecimento vulgar , no sentido objetivo, pode assumir o aspecto de um corpus de "verdades adquiridas" como era a doxa grega (opinião) (10) , contraposta à episteme , o saber buscado (11).

Stricto sensu, a ciência opõe-se ao conhecimento vulgar . O conhecimento científico é deliberadamente buscado. Como acentua WINDELBAUD(12), ele traz a experiência criticamente depurada e reduzida a conceitos, logicamente encadeados. Trata-se de observação ou especulação metódica

(meta - odós, caminho numa certa direção, o bom caminho). Método é, em síntese, o itinerário a seguir, para chegar à verdade nas ciências, conforme a expressão de DESCARTES.

O conhecimento vulgar será aquela percepção que recebemos duma experiência vaga, incontrolada pela razão, que se apresentou fortuitamente e, não tendo sido contrastada, firmou-se como saber (SPINOZA) (13).

As ciências referem-se, geralmente, a certa ordem de objetos, tal como eles se apresentam à experiência sensível - fenômenos, de faíno-
menon (coisa que surge). São positivas ou empíricas, na sua maioria. Excetuam-se, é óbvio, as matemáticas, ciências, estas, de axiomas, que se constituem de proposições obtidas, partindo de uma série de princípios necessários ou evidentes (GARCÍA MAYNEZ) (14).

Entendemos por ciência um conjunto de conhecimentos metodicamente adquiridos e racionalmente organizados. Foi assim que KANT definiu a ciência como um conjunto de conhecimentos, organizados segundo princípios (15).

Na divisão das ciências e na sua classificação, já veremos onde será possível enquadrar as chamadas ciências normativas e, por via de consequência, a própria Ciência do Direito.

Convém distinguir, desde logo, a ciência da filosofia, que se refere à totalidade dos objetos e à realidade subjacente que eles denunciam, sob o ponto de vista das causas primeiras e princípios supremos. O conhecimento filosófico, acentuou ORTEGA, é autônomo (sem pressupostos) e pantônomo (universal).

A ciência não se confunde com a técnica. Aquela visa a conhecer a verdade; esta visa à aplicação prática: é constituída por um elenco de regras destinadas a orientar a realização de uma atividade qualquer (norma técnica). As técnicas, disse ORTEGA, vivem do saber ou ciência stricto sensu. Em última análise constituem aquilo que KANT chamou imperativos de habilidade. Ao tratar das normas penais, voltaremos ao assunto, para distingui-las, enquanto normas jurídicas, das normas éticas e das normas técnicas (16).

A ciência também não se confunde com a arte que, nas suas origens, veio equiparada à técnica. A palavra grega tecné designava, indiferentemente, arte e técnica. Hoje, a arte pode ser entendida: a) como atividade que visa a produzir a emoção estética e o objeto cultural que esta atividade concretiza (17); b) como disciplina que coordena uma série de normas técnicas, em função dos principais objetivos da vida humana (18).

A ciência utiliza processos e realiza operações técnicas , para atingir seus objetivos teóricos (19). A arte fornece à técnica a coordenação dos sistema de normas operatórias (normas técnicas), que esta última emprega para atingir os seus objetivos práticos. A ciência é teórica, a arte é teórico-prática e técnica é prática. O trabalho teórico de ciência , na Criminologia , por exemplo, enseja a compreensão do fenômeno crime - criminalidade ; nela se inspira a política criminal , que coordena uma atividade planejada , repressiva e preventiva , como arte que é , e desta advém o emprego do instrumental técnico, a fim de executar a política criminal.

Embora não se confundam, ciência , arte e técnica mantêm relações muito íntimas. LEONARDO DA VINCI dizia: a teoria é o capitão e a prática são os soldados. E ORTEGA , que gostava de citar esta frase , notou: "na realidade , não há prática sem teoria . Teoria é simplesmente teoria da prática e a prática é apenas a praxis da teoria . Ação é atuar sobre o contorno das coisas materiais ou dos homens , segundo plano preconcebido numa primeira contemplação ou pensamento. Não é andar aos golpes com as coisas que se acham em torno ou com os outros homens. Isto é o infra-humano. Não há , pois , ação autêntica , se não há pensamento; e não há pensamento autêntico, senão devidamente referido à ação e virilizado por sua relação com ela"(20).

As ciências têm , cada uma, três elementos essenciais: objeto , método e ponto de vista. Objeto é aquilo sobre que incide a atividade científica. O ponto de vista é o ângulo sob o qual a ciência encara o seu objeto e coincide com o que a filosofia tradicional denominou objeto-formal, acentuando que sobre um só objeto material pode recair mais de um estudo científico. O método, nas ciências , será o conjunto de processos mediante os quais se adquire o conhecimento visado.

Pode haver coincidência de um ou dois desses elementos. Coincidindo os três , a ciência é uma só. O Direito, como se verá , é objeto de mais de uma ciência não-jurídica. Distinguem-nas o método e o ponto de vista. Assim , temos a Sociologia Jurídica e a História do Direito , a primeira nomotética e a segunda idiográfica , no sentido de WINDELBAND que , mais adiante teremos oportunidade de lembrar.

Enquanto participam da natureza comum do conhecimento científico , as ciências em geral participam da unidade do saber humano, constituindo, no seu conjunto, e sob o ponto de vista objetivo, aquilo que MAX SCHELER denominava uma "instituição para conhecer a verdade".

Enquanto se especializam , de acordo com os critérios de divisão , baseados nos objetos material e formal e na metodologia , as ciências

delineiam sua relativa autonomia , embora desde logo manifestem relações acentuadas de recíproca influência , tema a que dedicaremos todo o capítulo , esboçando , em confronto com a Ciência do Direito Penal, o sistema das interferências interdisciplinares.

A divisão das ciências decorreu da divisão do trabalho científico e acompanhou naturalmente o crescimento da soma geral dos conhecimentos adquiridos . Na Grécia antiga , por exemplo, não havia fronteiras muito nítidas entre os elementos que compunham a episteme, o saber buscado , compreendendo ciências e filosofia. Ela se opunha tão só à "opinião" ou doxa, formada pelo conjunto dos conhecimentos vulgares.

Todavia, a especialização há muito entrou num ritmo vertiginoso, determinando paralelamente o desenvolvimento da Metodologia , que é hoje departamento essencial dos estudos filosóficos. À Metodologia (ou Epistemologia), vinculada à Lógica , incumbe principalmente a coordenação do conjunto dos conhecimentos , evitando dispersões , acúmulos e incongruências . As ciências novas , aspirando à própria inauguração como setor autônomo , lutam geralmente com o tumulto originário dos elementos ainda não trabalhados , epistemologicamente, de tal sorte que ficam, de certa maneira , comprometidos os próprios resultados de sua atividade, buscando um saber metódico. É o que acontece , conforme veremos , na jovem Criminologia.

Divididas as ciências , é preciso classificá-las , isto é , distribuí-las em classes , de acordo com as afinidades e hierarquia. Há inúmeras classificações das ciências , obedecendo a outros tantos critérios de separação e ordenamento. Em última análise , porém, a diversidade das classificações , como já se observou, é tema derivado , traduzindo concepções diferentes da atividade científica. Daí a imprescindibilidade de assentar , previamente, o conceito de ciência e os critérios de divisão. "Classificar a imprecisão não faz progredir o conhecimento"(21).

Para os fins especiais de nosso estudo, importa distinguir as ciências de axiomas , a que se fez referência , as ciências idiográficas e as ciências normativas. É a adaptação , feita por GARCÍA MAYNEZ , da classificação de WINDELBAND (22).

As ciências nomotéticas estudam os fenômenos em suas relações constantes de sucessão e semelhança: são as ciências de leis (naturais ou culturais), como , por exemplo, a Biologia , a Sociologia e assim por diante. As ciências idiográficas estudam fenômenos in concreto , reconstituindo algo que ocorreu , como , por exemplo, a História. RICKERT notou , a propósito, a oposição entre ciências gene-

ralizantes e individualizadoras. (23)

Convém notar , a esta altura , que , ao falarmos em leis , naturais ou culturais , referimos constatações , isto é , a verificação da constância de certas relações que os fenômenos apresentam , espontaneamente , na sua ordem de sucessão .O que está em foco é , então, o princípio de causalidade. Dado a , será b.

Distinguem-se ainda as leis naturais das leis culturais , dentro do âmbito das ciências nomotéticas , porque as primeiras se referem à natureza . enquanto as segundas se referem ao homem, na vida social. Quando falamos em leis culturais , o termo cultura é admitido em acepção ampla , e exprime certas regularidades que condicionam o procedimento e que podem ser traduzidas , se não com o rigor naturalista e determinista das ciências naturais , pelo menos enquanto leis de tendência . A Sociologia , nota RECASENS , não pode estabelecer leis exatas como as da física , mas apenas regularidades ou generalizações com ampla margem de exceções. Há , porém, essa possibilidade de se verificar uma forma aproximada e tendencial da expressão - dado a , será b - em função de certa ordem de condicionamentos que estabelecem previsões sobre a conduta social. (24)

Assim , as leis sociológicas , bem como as leis culturais em geral constituem "uniformidades empíricas predominantes " , como leis probabilísticas ou de tendência.

No âmbito das ciências nomotéticas , portanto, as leis exprimem constatações , verificações que traduzem a operação prática do princípio de causalidade .As próprias ciências idiográficas , embora não procurem as chamadas leis-uniformidade , voltam para a causalidade. Assim é que , no âmbito individualizador das ciências históricas , embora se trate de fenômenos em concreto , fatos determinados, há a procura de suas causas , conquanto, em se tratando de fatos humanos, a causalidade se dispa daquela rigidez determinística das ciências naturais e surja a necessidade dum método de "compreensão", a que nos referiremos adiante.

De qualquer sorte , a palavra lei , no terreno das ciências nomotéticas , exprime o que ocorre no universo e a razão dessas ocorrências. Neste sentido , confunde-se , portanto, com o próprio conceito empírico, tal como notava CROCE (25).

As ciências normativas têm outra feição. Procuram conhecer normas , de forma sistemática. Não são ciências do ser (sein), mas do dever ser (sein sollen). " As ciências sociais causativas distinguem-se das ciências naturais unicamente pelo grau de precisão que se pode

alcançar nestas duas categorias de ciências causais. Ao revés, há uma diferença de princípio entre as ciências naturais e aquelas ciências sociais que interpretam as relações humanas, segundo o princípio de imputação e, não, segundo a causalidade", expõe KELSEN(26).

O princípio de imputação pode ser expresso na fórmula - *adp* a deve ser *b*. As ciências normativas, portanto, não tratam da conduta assim como ela se realiza, mas, nota KELSEN, segundo ela deve realizar-se (27). Isto porque a norma "é expressão do que deve acontecer, independentemente da circunstância de que ocorra ou não; é a preceituação do que se deve fazer ou não fazer, a expressão de um dever-ser, isto é, estabelece a exigência de que algo seja" (GRISPIGNI), (28).

Tanto as ciências idiográficas e nomotéticas, quanto as normativas, voltam-se, entretanto, para o conhecimento da realidade (seja ela embora a realidade das normas), e são ciências, como conjuntos de conhecimentos ordenados segundo princípios; mas diferem nisto que as ciências normativas têm como objeto o conteúdo das normas. O ponto de vista (objeto formal) é peculiar e independente do princípio de causalidade, de que faz abstração. Finalmente, os métodos também são peculiares. As ciências jurídicas (normativas), por exemplo, não empregam nem o método dito positivo ou experimental, nem o método de compreensão que se aplica às ciências culturais (idiográficas ou nomotéticas); ou, pelo menos, a aplicação desses métodos não integra o objetivo fundamental de sua atividade. A experimentação pode vir à tona, indiretamente, no trabalho jurídico, tal como na absorção de conceitos científico-naturais, sujeitos à experimentação, incorporados ao tecido das normas. Assim também, a compreensão pode, subsidiariamente, integrar as tarefas exegéticas do jurista, porém não com a intensidade e a direção explicativa do cientista nomotéticos e, sim, apenas, enquanto serve para a elucidação do conteúdo das normas.

A distinção entre o método naturalista e o de compreensão, devida sobretudo a DILTHEY, não pode ser aprofundada aqui em todas as suas implicações. Para fixar brevemente este ponto, lembraremos apenas que, nele, não se trata da "explicação" (exterior) dos fenômenos, mas da sua "compreensão" (interna), pondo-se o cientista, por assim dizer dentro dos fenômenos, introjetando-os, o que é característica peculiar das ciências humanas, em que o investigador é, ao mesmo tempo, sujeito (enquanto cientista) e objeto (enquanto homem) do procedimento científico (29).

O Direito pode ser estudado como um acontecimento; algo que surgiu, que se manifestou, no tempo e no espaço, que se cristalizou, institucionalmente - e será então objeto material de uma ciência idiográfica - a História do Direito. Mas não é este o único ponto de vista sob o qual o Direito pode ser estudado. Se se procurar a compreensão das instituições jurídicas, enquanto formas de controle social, bem como a dinâmica dessas instituições e sua transformação, enquanto elementos duma estrutura social - o estudo será de Sociologia Jurídica.

Quando se fala em Ciência do Direito, porém, há referência ao estudo sistemático das normas, do seu conteúdo e com o emprego do chamado método jurídico; isto é, faz-se Dogmática Jurídica. É importante salientar, com GRISPIGNI, que justamente porque objeto formal da Ciência do Direito é o ordenamento jurídico (isto é, o conjunto de normas jurídicas que regulam a vida de um povo, num dado momento histórico), o que, em última análise, constitui um fenômeno psico-social, a Dogmática Jurídica, em certo sentido, pode ser considerada uma ciência social ou, mais amplamente, uma Ciência do Homem (do grupo das "ciências humanas"), a qual se distingue das outras pelo seu caráter normativo (30).

O Direito, como ciência jurídica, não se confunde, entretanto, com o ordenamento jurídico ou direito objetivo. O direito objetivo é o conjunto das normas jurídicas vigentes num certo país, em determinado período histórico. A ciência jurídica é o estudo científico-normativo desse direito objetivo. Para esse fim, recorre ao método jurídico, que compreende duas operações fundamentais: exegese (ou interpretação) e construção (do sistema das normas, na ordem lógica das suas relações). Mais adiante, teremos oportunidade de esclarecer o sentido da interpretação, de acordo com a moderna Teoria Geral do Direito. Aqui cabe, entretanto, uma referência a outra operação do método jurídico, incluída por alguns autores no rol dos procedimentos da Ciência do Direito. Trata-se da crítica. Segundo BELLAVISTA, entre outros, o método jurídico abrange também a indicação das reformas, destinadas a assegurar a constante adequação do direito às relações sociais que ele vai regular (31).

Nota-se, porém, que a crítica não integra propriamente a consideração do Direito sob o ponto de vista científico-normativo. A esta consideração incumbe conhecer normas, e não sugerir a reforma do ordenamento. Conquanto ao jurista seja lícito e, mais, até recomendável - que exerça a crítica, esta não faz parte da sua atividade como cientista do direito. Esta lhe dá apenas, pelo conhecimento

especializado , maior autoridade no apontar , com mais precisão e maior rigor técnico, as deficiências do ordenamento. De qualquer sorte , mesmo para criticar o ordenamento, a tarefa preliminar indispensável será conhecê-lo, cientificamente, pois critica mal quem ignora o objeto de seu julgamento.

Seria , quando muito, possível falar numa operação crítica , dentro do método jurídico à maneira de ROCCO (32), no sentido de superar disparidades, desarmonias e antinomias , eventualmente existentes , no próprio seio do direito positivo.

A Ciência do Direito estuda o fenômeno jurídico em si, não como fenômeno social, que é (gênese e prática do direito) , embora isto não importe negar as convergências e relações íntimas das diferentes perspectivas científicas que tomam o direito como objeto material do seu estudo. É o que se esboçará , no capítulo referente ao sistema das interferências interdisciplinares. O isolamento é apenas metodológico.

A Ciência do Direito, enquanto ciência normativa , compreende o ordenamento jurídico em geral , isto é , o conjunto das normas vigentes ou sistema positivo do direito , com as normas objetivamente consideradas e os direitos subjetivos que delas se derivam. Sobre a aplicabilidade ao Direito Penal do conceito teórico geral de direito subjetivo e objetivo, dissertaremos noutro capítulo. Aqui, cumpre apenas fixar como ele entra no âmbito da ciência jurídica particular .

A Ciência do Direito é uma só , enquanto estuda , sob o ponto de vista (objeto formal) único e com método idêntico , o ordenamento jurídico vigente , dentro do qual as normas têm relações de recíproca influência. Todavia , a Ciência do Direito divide-se em várias disciplinas particulares , conforme as normas jurídicas a que se referem: normas civís , penas , processuais e assim por diante. Cada conjunto homogêneo de normas forma um ramo particular do direito objetivo. Reservamo-nos , para consideração posterior , noutro capítulo, a questão relativa à natureza da norma jurídico-penal, isto é, se ela é , pura e simplesmente, norma jurídica , sem mais , ou se apresenta alguma diferença ontológica , apta a distingui-la das demais normas jurídicas.

O Direito Penal objetivo, ramo do Direito Público, abrange as normas jurídico-penais em vigor , isto é , o conjunto das normas jurídicas que definem as infrações penais e cominam as sanções criminais (pena e medida de segurança). Divide-se em Direito Penal

Comum ou Especial, conforme incida sobre as pessoas e infrações em geral ou se restrinja a certas pessoas ou infrações (especialização intuitu personae e ratione materiae) , como o Direito Penal Militar, o Direito Penal Falimentar e assim por diante.

A noção de Direito Penal , que estabelecemos acima, é apenas satisfatória para esta abordagem preliminar . Qualquer outra , mais precisa , demandaria o emprego de conceitos de Teoria Geral do Direito Penal , que não vamos antecipar. Mais adiante se verá que melhor demarca a nossa disciplina a definição de VANNINI , acentuando que as normas jurídico-penais são aquelas que estabelecem as condições gerais e especiais a que estão subordinados o nascimento , a modificação ou a extinção da pretensão punitiva.

Integrando o ordenamento jurídico geral, as normas penais , objeto da Ciência do Direito Penal, mantêm , às vezes , relações muito íntimas com as que pertencem a outros ramos do Direito. Está óbvio que a autonomia da ciência jurídica, de que nos ocupamos , dependerá , por sua vez , da peculiaridade das normas de que cogita . Ainda aqui, deixaremos de lado, provisoriamente , uma ordem de problemas que será abordada mais adiante.

Admitamos , por enquanto, que haja uma Ciência do Direito Penal. Isto não impede que se estabeleçam , entre ela e os demais ramos do direito cientificamente estudado, vínculos mais ou menos íntimos. Os mais estreitos são , evidentemente, com a Ciência do Direito Processual Penal. A relação jurídica de Direito Penal vem a atuar , mediante o estabelecimento da relação jurídica processual. Isto não quer dizer que o direito de punir não existe , independentemente da ação e do processo penais . Quer dizer, sim, que o nascimento da pretensão punitiva ocorre com a prática da infração penal ou do quase crime , mais a sua "realizabilidade concreta" (GRISPIGNI) advém da sentença condenatória , que reconhece a existência in concreto da pretensão manifestada. Nemo damnatur nisi per legale iudicium.

Já se vê por aí que a Ciência do Direito Penal tem relações muito fortes , igualmente, com o Direito Constitucional, não só pela hierarquia das leis , como pelo grande número de disposições atinentes a matéria penal, que se encontram sob a égide do Direito Constitucional. Assim , por exemplo, o caráter pessoal da responsabilidade penal, o princípio da legalidade e muitos outros.

A própria exposição de motivos do Código Penal reporta-se , por outro lado, ao Direito Internacional, lembrando (nº9) as imunidades

diplomáticas e o tão discutido "território fictício".

Para que se avalie a intimidade das relações entre o ordenamento jurídico-penal e processual penal com o civil e processual civil, basta lembrar os arts. 7º, I, 74, 161, 164, 168§1º, 184, 235 et c., todos do Código Penal.

Na parte comercial, o Direito Falimentar; na parte civil, o s Direitos de Coisas e Família; na parte trabalhista, as incriminações relativas à organização do trabalho; na parte administrativa, os crimes contra a administração pública - não há ramo do direito que não mantenha vínculos com o Direito Penal. Há, inclusive, normas penais fora da legislação penal chamada substantiva. Há normas penais, por exemplo, no art. 438 do Código de Processo Penal, no art. 552 da Consolidação das Leis do Trabalho, no art. 86 da Lei Orgânica da Previdência Social. Existem, inclusive, as normas chamadas promíscuas, que o direito positivo agasalha em mais de um Código. Veja-se, por exemplo, os arts. 102 e ss do Código Penal e 24 e ss do Código de Processo Penal.

Todos esses vínculos formam uma espécie de complementariedade, que visualizamos precisamente na teoria do ordenamento jurídico-penal, mais adiante focalizada; porém, quando são mencionadas as "disciplinas complementares" da Ciência do Direito Penal é a outra ordem de relações que se faz referência; isto é, a disciplinas que não pertencem ao elenco da Ciência Jurídica, em sentido estrito e próprio. São outras ciências que trazem elementos para a construção aqui realizada. Assim, a História do Direito, pois a norma jurídica, lembra BELLAVISTA, não sai como Minerva armada da cabeça de Júpiter-legislador. Também o exame comparativo das instituições existentes, não só noutros tempos, anteriores, mas noutros países resultam elucidativas para a compreensão do sistema nacional.

E não apenas as ciências interferem, mas a própria filosofia faz-se presente, com a perspectiva da elaboração dos conceitos utilizados pelo jurista, desde os referentes a matéria que ali repercute, apenas - como a questão da causalidade, por exemplo - até os instrumentos analíticos da Teoria Geral do Direito, que carregam implicações filosóficas, tal como as noções de pessoa, relação, direito subjetivo e objetivo. Esses conceitos, nota MANZINI, não podem ser dados pela Ciência do Direito, na medida mesma em que constituem os seus pressupostos. (33).

A Ciência do Direito, por força mesma das normas jurídicas, reclama a integração (heterointegração) de elementos exteriores.

Voltaremos ao assunto , no capítulo referente ao sistema de inter-ferências inter disciplinares. Ali também se falará sobre as chamadas ciências penais , que a Criminologia veio a substituir , com seu foco unitário, conforme adiante veremos.

Fala-se , igualmente , numa Filosofia Penal , que não é disciplina à parte , e , sim, apenas a aplicação da perspectiva filosófica à matéria penal. Mais adiante teremos a ver outra coisa ; isto é , a Filosofia do Direito Penal , o conjunto de opções filosóficas implícitas nas próprias normas jurídico-penais, tanto quanto as opções que o intérprete introduz , aproveitando-se daquilo que MESSINA chamava de "elementos elásticos" do ordenamento.

Notas

- 1) Estudios de Historia de la Ideas , p. 179.
- 2) I.M. BOCHENSKI , Los Metodos Actuales del Pensamiento, p.36.
- 3) No sentido de RICKERT, Ciencia Natural y Ciencia Cultural, p.26.
- 4) Apud BOZZETTI, Che Cosa è la Filosofia , p.9.
- 5) Apud MACHADO NETO, Problemas Filosóficos das Ciências Humanas, p.17.
- 6) Einführung in die Soziologie , p. 9.
- 7) FERRATER MORA , Diccionario de Filosofia.
- 8) Ob. cit. , p. 31-33.
- 9) Assim, no art. 203 do C.P.P.
- 10) Cfr. GARCÍA MORENTE, Lecciones Preliminares de Filosofia, p.6.
- 11) JULIÁS MARÍAS, Idea de la Metafísica, p. 11 ss.
- 12) Preludios Filosoficos, p. 319.
- 13) Apud CUVILLIER , Brécis de Philosophie , p. 45 (tome II).
- 14) Introducción al Estudio del Derecho, p.127.
- 15) A pud GARCÍA MAYNEZ , ob. cit.
- 16) Assim, ver o capítulo sobre norme penal.
- 17) Ver, e. g., art. 165 do C.P.
- 18) Cfr. ESPINAS , Les Origines de la Technologie , p. 13/14. Ver art. 282 do C.P.
- 19) Ver, e. g., art. 2º, IV, da Lei 3.274, 2/10/57.
- 20) Apud JULIÁN MARÍAS, Ortega: Circunstancia y Vocación, p.188.
- 21) EMMANUEL MOUNIER, Traité du Caractère, p.15.
- 22) Ob.cit. , p. 317 ss.
- 23) Ob. cit., p.93ss.
- 24) RECASÉNS, Tratado General x de Sociologia , p. 131.
- 25) Lógica, p. 233.
- 26) KELSEN-COSSIO, Problemas Escojidos de Teoria Pura del Derecho, p.21.
- 27) Ibidem.

- 28) Diritto Penale Italiano, p . 6 (vol.1).
- 29) MACHADO NETO, ob. cit. , p. 63/67.
- 30) Ob.cit., p. 7(vd.1.)
- 31) Lezioni di Diritto Processuale Penale, p.6.
- 32) GRISPIGNI, ob. cit.,p.8(vol.I).
- 33) Diritto Penale Italiano , vol.I, p. 46.

Il diritto penale italiano, in quanto a tale materia, ha una tradizione e cultura che, pur essendo stata influenzata da varie correnti di pensiero, ha sempre mantenuto una certa autonomia e specificità. Questa autonomia è stata rafforzata dalla dottrina e dalla giurisprudenza, che hanno contribuito a definire i principi e le regole del diritto penale italiano. In particolare, la dottrina ha svolto un ruolo fondamentale nel chiarire i concetti e le nozioni del diritto penale, mentre la giurisprudenza ha contribuito a definire i limiti e i confini della responsabilità penale. In conclusione, il diritto penale italiano è un sistema giuridico complesso e articolato, che ha una lunga e gloriosa tradizione.

Il diritto penale italiano, in quanto a tale materia, ha una tradizione e cultura che, pur essendo stata influenzata da varie correnti di pensiero, ha sempre mantenuto una certa autonomia e specificità. Questa autonomia è stata rafforzata dalla dottrina e dalla giurisprudenza, che hanno contribuito a definire i principi e le regole del diritto penale italiano. In particolare, la dottrina ha svolto un ruolo fondamentale nel chiarire i concetti e le nozioni del diritto penale, mentre la giurisprudenza ha contribuito a definire i limiti e i confini della responsabilità penale. In conclusione, il diritto penale italiano è un sistema giuridico complesso e articolato, che ha una lunga e gloriosa tradizione.

Il diritto penale italiano, in quanto a tale materia, ha una tradizione e cultura che, pur essendo stata influenzata da varie correnti di pensiero, ha sempre mantenuto una certa autonomia e specificità. Questa autonomia è stata rafforzata dalla dottrina e dalla giurisprudenza, che hanno contribuito a definire i principi e le regole del diritto penale italiano. In particolare, la dottrina ha svolto un ruolo fondamentale nel chiarire i concetti e le nozioni del diritto penale, mentre la giurisprudenza ha contribuito a definire i limiti e i confini della responsabilità penale. In conclusione, il diritto penale italiano è un sistema giuridico complesso e articolato, che ha una lunga e gloriosa tradizione.

(II)

A História das Instituições Penais.

Ao tratar das leis culturais , em oposição às leis naturais, já nos referimos à cultura. Ali , porém, tomamos o termo em acepção deliberadamente ampla , que cumpre agora precisar. Como grande número de sociólogos alemães, preferimos distinguir civilização e cultura. Aquela seria o aspecto material desta, compreendendo inclusive toda a maquinária da organização social. Na cultura, teríamos a alma da civilização : o conjunto de aspirações , convicções, valores , que governam a conduta em sociedade e nela traduzem o sistema de "evidências não refletidas"(1), porque o indivíduo as hauriu pela tradição. A civilização concretiza-se em realizações sociais , a cultura é uma herança acumulada (2).

O indivíduo participa , socialmente, de comunidade e associações. MACIVER salienta que as associações servem a fins determinados e interesses parciais. Neste sentido, o próprio Estado é uma associação, embora encarregada de coordenar as associações particulares. As instituições são os meios que as associações empregam para atingir os seus fins. Já a comunidade é coisa diversa: ela significa a vontade geral de vida coletiva, que nutre as associações; é o meio geral em que se entrosam as interações sociais (cooperação , competição, conflito, acomodação, assimilação e assim por diante). A associação utiliza as instituições para disciplina do procedimento social. Mas essas instituições , que integram a civilização, corporificam o espírito da civilização, que é a cultura. As instituições , como instrumentos associativos, constituem organização da vida social para certos fins(3). São, como diz FEIBLEMAN, crenças em ação(4).

Poderíamos tomar , aqui, as crenças , que constituem o substrato da cultura , de acordo com a fecunda incisão de ORTEGA, opondo tais crenças às idéias. Estas são algo que construímos de forma consciente, que elaboramos (5). As crenças , de que é preciso extrair a conotação puramente religiosa , embora a religião íntegra, é claro, o elenco de crenças , são "idéias herdadas", tal como as estudou BRUNSCHVICG (6), lembrando aqueles "oráculos" de LEIBNIZ,

aquela soma de "verdades adquiridas" , que vige até que o desafio da razão procure enquadrá-las num esquema reflexivo .São herança social de um pensamento que se coletivizou , em reiteração costumeira . Nas crenças se está , disse ORTEGA.São admitidas sem discussão, sem a consciência de que podem ser discutíveis.LECLERCQ salienta que se trata de evidências para nós , não de evidências em si - e são evidências para nós , porque as captamos no ambiente cultural e somente com grande esforço nos poremos diante delas em posição reflexiva crítica. "Teoricamente, todas elas podem ser refletidas , mas o homem não dispõe duma capacidade de reflexão suficiente para refletir sobre tantas coisas e à maior parte nem ocorre refletir sobre o que lhe parece evidente"(7). A cultura nasce como crença(8)

Nos limites desta síntese , não poderíamos acompanhar o processo evolutivo das instituições penais , das origens até a etapa contemporânea , em todos os seus pormenores. Mas a Sociologia, com seu método de observação comparativa, constroi certos modelos que nos permitem despojar os fatos sociais de suas minúcias singulares. A História das Instituições Penais aparecerá , portanto, para os nossos objetivos , quase exemplificativamente, preenchendo um esquema , um fio condutor de etapas. Recorreremos também à Antropologia , que vai além da História propriamente dita , esclarecendo o desenvolvimento dos povos primitivos, mesmo quando faltam os elementos documentais dos episódios mais remotos.

Primitivamente, a regra era a vingança privada e não havia um Estado juridicamente organizado , nem mesmo um ordenamento jurídico no sentido em que hoje o entendemos , isto é , um conjunto de normas jurídicas expressamente definidas e formalizadas em leis. Direito, moral e religião fundiam-se no bloco originário , traduzindo costumes e mores, isto é , costumes considerados indispensáveis ao bem estar social e , por isto, sagrados. As normas de controle social, numa sociedade primitiva, são geralmente normas sagradas , impostas sob ameaça de sanções religiosas(9). Como assinala CUVILLIER , o Direito confunde-se , primitivamente, com o sincretismo em que as regras jurídicas se misturam aos ritos religiosos , os costumes e os mores. Mesmo na Grécia , onde o Direito se laicizou bem depressa , a justiça humana da cidade , a diké, inspirava-se na justiça religiosa da família , a temis, e essa transformação constante de temis em diké exerceu poderosa influência nas normas jurídicas (10).

Na sociedade primitiva, propriamente, o fenômeno é ainda mais acentuado. A unidade da cultura, a coesão dos grupos dispensavam legislação ou, mesmo, um conjunto de precedentes, um corpo de jurisprudência, que exprimisse as regras de conduta essenciais à convivência pacífica. O antropólogo KLUCKHOHN viu algo de verdadeiro naquela frase do índio velho: "antigamente, não havia leis; todos sabiam o que era justo e certo"(11).

Após os contactos estabelecidos nas primeiras cidades, as relações entre os grupos exigiram o aparecimento de uma autoridade pública para fixar o vínculo do imperium, o poder soberano, superior às unidades que entram na composição do organismo social. A autoridade superior à ordem privada das famílias, clãs e tribos é o núcleo do Estado.

A diversificação das crenças impõe um controle superior, acima delas, que dite e aplique as normas explícitas, impondo as condutas reputadas essenciais à convivência harmoniosa e coibindo as que se revelam perigosas ou danosas. O direito objetivo, no sentido de regra positiva, destacando-se da moral e da religião, é um "subproduto da situação urbana"(12). EMMANUEL LÉVY chegou a afirmar que, em certo sentido, o "direito é um substitutivo prático da religião", como forma de controle social.

A linha de desenvolvimento, em que pesem saltos, recuos e sobrevivências, pode ser tomada no caminho das famílias, clãs e tribos, para a fixação em cidades, onde nascem os Estados. Na cidade, a convivência exige a formação do direito, que se vai destacando da moral e da religião, sendo aplicado pela autoridade pública.

Como expressão jurídica da sociedade politicamente organizada, que substitui o primitivo vínculo de sangue das famílias, pelo vínculo da cidadania, o Estado caracteriza-se em especial pela diversificação das funções, atribuídas a um conjunto articulado de órgãos públicos. Em tese, pode-se afirmar que o Estado se apresenta quando as formas de controle social passam a ser exercidas por um sistema diferenciado de órgãos(14). O Estado é uma associação em que as principais funções de governo, a formulação do Direito, sua aplicação e a defesa comum são diferenciadas e coordenadas (HOBHOUSE) (15).

É óbvio que o direito objetivo, mesmo ganhando autonomia, continua muito sensível à influência da moral e da religião. Na órbita destas últimas é que se procura o ideal de Justiça a que, pelo menos em tese, aspiram todas as instituições. Mas, entre as mani-

festações históricas e sociais da Justiça , concretizada nas fórmulas jurídicas, e o ideal absoluto de Justiça , o direito ideal, há sempre uma espécie de tensão. O valor absoluto excede invariavelmente o valor obtido(16). A Justiça humana , comparada com a divina , é injustiça, dizia SÃO GREGÓRIO MAGNO. Em qualquer hipótese , a lei eterna não nos é diretamente acessível , em si mesma , e sim pelas suas irradiações , que a razão tenta definir , sob a forma de lei natural(SÃO TOMÁS DE AQUINO).

Todos esses aspectos situam-se , porém , no plano filosófico e religioso . Na ordem positiva , no plano dos ordenamentos jurídicos estatais , há relações que não destroem a autonomia do direito, entendido como norma que emana do Estado. A prova desta autonomia reside no fato de que , sempre que a separação entre o direito e seu padrão absoluto de Justiça atingiu um ponto de intolerável contradição, o reajuste se fez pela construção de outro direito positivo, remodelando-se o sistema, para dar a este novo direito, pela reforma ou pela força , a mesma garantia soberana que o direito substituído se atribuiu. Há, de qualquer forma, como lembrava MARITAIN , entre as duas órbitas , ideal e positiva, aquela tensão geradora de erros , recuos , diversidades (17), que , entretanto, não afeta a soberania estatal, na medida em que é sempre esta que afinal se invoca para estabelecer o direito vigente. Pode haver um direito positivo em franca e até deliberada contradição com o direito ideal e a Justiça absoluta ; ele não deixa por isso de ser o direito vigente , até que outras normas o venham substituir. A noite não é prova da inexistência do sol; mas o que a aurora ilumina ou a noite sombreia é , em qualquer caso, um sistema de normas estatais.

A Constituição , todavia , se reporta ao padrão ideal de direito, que procura concretizar. Admite um elenco de direitos fundamentais, anteriores e superiores à organização política especial (que vêm a operar sob a chancela desta última), menciona os padrões universais de Justiça, como princípios de liberdade e solidariedade humana, determina a conformação da ordem econômica e social aos critérios do Justo e até invoca , em seu preâmbulo, a proteção divina.

As relações entre o ordenamento jurídico e a moral também são muito complexas . Deve-se ter em vista que a moral não se confunde com a moralidade , que é a moral vigente , num meio e em determinada época. Esta última constitui um espécie , transitória , convencional, daquela , que é o gênero , permanente e voltado para valores supremos. A moralidade tende a modelar-se de acordo com a moral, mas , ainda

aqui, não há coincidência entre o visado e o obtido. O direito procura consagrar o mínimo ético indispensável à segura e ordenada convivência social, em dado momento histórico(18). Liga-se, portanto, à moralidade, como solução prática para a disciplina da convivência social e, não, à moral, que é objeto das prescrições religiosas ou da especulação filosófica. Embora desligada, como a religião, do bloco originário que a confundia com o direito, a moralidade concreta ainda mantém com estas relações íntimas. O próprio legislador afirma que o Direito Penal é uma disciplina de caráter ético(19). É preciso, entretanto, evitar a confusão entre o ético e o jurídico: pode haver um direito contrário à moral, no sentido absoluto, e até mesmo à moralidade, que é relativa, pois a moralidade não é socialmente uniforme, variando, dentro de um só país, de lugar para lugar, de classe social para classe social.

Sobre as relações entre direito e moral, atente-se, por exemplo, no art. 2º do Código de Processo Civil; mas é evidente que, no caso, a força vinculante do legítimo interesse moral ganha relevo jurídico por força do próprio dispositivo que o consagra, assim como, no homicídio privilegiado, sob outro aspecto, o motivo de relevante valor moral, também por força de lei, suaviza a cominação do art. 121, § 1º, do Código Penal, sem que, por isso, deixe de haver crime.

Os historiadores referem-se à vingança privada como uma fase individualista, atuante apenas quando os grupos sociais ainda constituem organizações demasiadamente frágeis para assumirem a tutela dos bens e interesses básicos. De qualquer forma, a reação instintiva, irrefletida, de fazer justiça pelas próprias mãos foi a maneira original que manifestou a repulsa a pretensões contrariadas. Ora, tal reação não se esgota no âmbito da vingança privada, que pode ser tanto individual, como coletiva (defâmia ou clã). Existiria sempre uma desproporção, entre ofensa e reação, nesses ímpetos, e uma tendência a ultrapassar a responsabilidade pessoal do infrator ou o endereço pessoal da ofensa. Se a infração foi cometida por um de seus membros, o grupo inteiro é responsabilizado (DECUGIS)(20) e o grupo vinga-se também coletivamente, na solidariedade da sua tosca e indiferenciada constituição.

A vingança privada apresenta várias etapas e sobrevive à instituição de um poder público, em surtos de violência privatista (21), atingindo a sua culminação na vingança pública, que esboça a absorção da vingança particular, sem ainda corrigir a desproporcionalidade entre reação e ofensa ou (muitas vezes) a coletivização da responsabilidade e do castigo.

Segundo GRISPIGNI (22), a primeira etapa foi de reação impulsiva, por instinto de conservação, acompanhada pela vingança privada como juridicamente indiferente. A punição, neste momento, seria verdadeira e propriamente a reação ilimitada, conforme as contingências do momento. Quando exercitada pelo chefe de família ou da horda, a vingança restringe-se aos fatos ofensivos do poder de chefia e defesa coletiva; às ofensas individuais, cada qual reage ao seu bel prazer.

BRUNNER assinalou a importância, entre as sanções ao membro do grupo pela comunidade a que pertence, da "perda da paz". Trata-se da expulsão, sendo retirada o apoio do núcleo a que estava vinculado o infrator(23).

De toda sorte, as infrações e a expiação ganham, nestas sociedades já rudimentarmente organizadas, um ritual mais complexo e sempre ligado ao religioso. GRISPIGNI destaca, enquanto segunda fase, a expiação religiosa, tendo já a vingança privada a índole socialmente obrigatória. Após o período em que o sentido religioso se manifestava na forma animista e totemista (24), aparece a divindade como tutelar do grupo inteiro. Talvez aí não esteja uma segunda etapa, propriamente, mas um desdobramento da etapa inicial, inclusive com a mais ampla socialização do totem. A pena mais grave para o membro do grupo permanece como retirada da "paz": é o friedlos germânico, os isgoi dos antigos russos, o utlag dos saxões, que se transformou no outlaw inglês; e o hali dos árabes.

O crime supostamente irrita os deuses, fazendo com que o grupo afaste o infrator, a fim de não receber as repercussões dessa ira(25). Tal expulsão, impregnada de conteúdo religioso, tem certa afinidade com a excomunhão religiosa, que é uma sanção terrível para o crente, muito pior do que a morte. Já foi comparada também à atimia grega, que importava em banimento.

As duas linhas propostas pela investigação histórica destacam, portanto, a vingança de sangue (Blutrache) e a "perda da paz". Em qualquer caso, perante ambas, as práticas observadas só atingem o nível propriamente jurídico, mais restrito do que simples realidade sociológica geral, isto é, o sentido jurídico em sentido estrito (26), quando aparece uma norma superior, que impõe a vingança, disciplinando-a ou (no caso da procriação), quando supõe uma comunidade formada, na qual está imanente o direito de banir e, não apenas várias famílias vivendo em mera contiguidade local(27).

Na evolução, sobressaem os traços embrionários da vingança pública. Esta, sem perder a característica de vingança, transfere a

reação penal para o Estado nascente. Aí começa a desaparecer a vingança privada, sem prejuízo de sobrevivências, que atingem o nesso tempo(28). A vingança pública introduzirá posteriormente dois instrumentos de suavização da desproporcionalidade entre ofensa e reação: o Talião e a composição. Com eles, marchamos no itinerário sintetizado por VON IHERING: a história da pena é uma contínua abolição(29). Aparece a retribuição Taliônica muito antes da sua introdução no Pentateuco. Ela já vinha nos Códigos de Hamurabi (caldeu, 2082 a C) e de Manu (Índia, segundo uns do século XIII ou XII a C; segundo outros, do século V).

Dentro deste contexto de evolução das instituições é que poderemos enfeixar todo um Direito Penal "primitivo" na larga faixa histórica só encerrada com a Revolução Francesa. Nele, a predominância e, por fim, a exclusividade quase absoluta da vingança pública vão transformando, aos poucos, o aspecto vindicativo, que se torna meio para um fim—"Impedir a ocorrência dos delitos por parte da generalidade dos súditos (prevenção geral); a pena é tomada como instrumento de intimidação"(30). Em todo caso, a função punitiva "espiritualiza-se", no terreno das idéias, como fórmula de retribuição moral(31).

Em que pese a publicização e a laicização, que vão acentuando os novos aspectos da justiça penal, pouca dúvida resta de que nas sociedades antigas o vezo religioso permanecia como núcleo e andávamos distantes do que se possa imaginar como legislação penal leiga. CUELLO CALÓN observa que códigos daquelas épocas recuadas não eram nada do que hoje entendemos como um código, mas o amontoado de preceituações de todo gênero, misturando normas civís, políticas, religiosas, penais, administrativas...(32). Ademais, mantêm-se elementos de responsabilidade coletiva (33).

Para chegarmos à laicização jurídica mais nítida, temos de recorrer ao direito grego, cujas fases vão da vingança privada e de clã até a vingança pública, em que a autoridade se vai também progressivamente afastando da base religiosa e tendendo a fundar a intimidação e repressão em elementos cívicos e morais. Por isso THONISSEN utilizou o direito grego para assinalar, mais uma vez, o berço helênico da civilização ocidental.

O direito romano não apresenta, na legislação criminal, a mesma riqueza notada no seu direito privado. CARRARA dizia que os romanos foram gigantes em direito civil e pigmeus em direito penal.

Originariamente , o Direito Penal romano segue os trâmites evolutivos das formas primitivas: concentrado na ilimitada autoridade do pater familias, atravessa os períodos vindicatórios . Na Lei das XII Tábuas , o esquema institucional já acolhia o talião e a composição . Implantando-se a ordem estatal mais firme - note-se , segundo ROBERTO LYRA , que os dados sobre a Lei das XII Tábuas são contravertidos (35) - a cisão entre os crimina publica e delicta privata já traduz a oposição entre os interesses coletivos e os de aspecto meramente pessoal e doméstico. Esse dualismo acaba tripartindo-se , nas três ordens de infração penal, recobrando também três ordens de regulação jurídica: a doméstica , a comum e a militar, em sentido crescente. "Os crimes militares , na defesa contra o inimigo externo , mereciam cuidados especiais"(36).

. Neste ~~reamo~~ histórico , estamos enfrentando as instituições - convém advertir - tal como se apresentavam, sem a preocupação de filiá-las à estrutura social , mostrando como a tutela penal de bens e interesses em última análise corresponde à estrutura da sociedade em exame. Na breve análise da Sociologia Criminal, mais adiante incluída , procuraremos mostrar que "o crime é conceiturado e punido de acordo com os fundamentos de cada organização social (...) Comina-se , aplica-se , executa-se a pena em função da sociedade"(37) e as próprias desigualdades inerentes à estratificação social repercutem no sistema jurídico-penal implantado . Isto , é óbvio , sem que um mecanicismo de "infraestrutura" venha reduzir a visão, a ponto de equiparar todo aquele sistema à simples tutela de interesses privilegiados pela posição dominadora , no poder. Nada obstante, basta notar , por exemplo, o tratamento diverso dado às classes - como o que estabele^{ce} distinções entre livres e escravos , nas sociedades escravocratas - para notar que a estrutura social influencia fortemente a disciplina jurídico-penal.

Dissemos que não é impossível condensar , como fase primitiva, o rol de etapas que antecedem a revolução francesa, desde a noção de vingança , individual e coletiva, ou ainda divina , até à vingança pública tendente à laicização. O traço comum desse roteiro emerge , bem claramente , a contrario sensu, quando opomos o direito assim amplamente considerado com os princípios e instituições que irrompem , na Época das Luzes , e acham o seus próprio caminho institucional na revolução francesa.

Dentro , portanto, daquele clima "primitivo" é que se pode passar em revista , exemplificativamente , os ângulos confirmatórios de

pormenores históricos. Assim, por exemplo, o direito germânico, em que se reproduz todo o itinerário inicial, com a vingança de sangue, a "perda da paz", a composição, a distinção entre crimes privados (resgatáveis com indenização ou Busse), a multa pública (Wergeld) e o Friedgeld (dinheiro da paz), que aplaca as iras do poder público e evita a perda mais temida, equivalente ao banimento. CUELLO CALÓN acompanha essa evolução (38), que MEZGER esmiuça, a partir do laço familiar da Sippe, com o poder primitivo do seu chefe, caminhando para a defesa coletiva, que funde as unidades primárias (antes em conflito, sem autoridade superior que o dirimisse). Um traço característico, assinalado por MEZGER (39), estará na participação do poder público na própria composição, bem como no surgimento das penas públicas, reservadas aos mais graves ataques contra a coletividade.

As ordálias (provas) e o duelo jurídico atestam a sobrevivência sacral, de vez que se confia em que Deus fará com que o inocente vença provas e duelos. O Wergeld só vai desaparecer com a legislação carolina (Carlos V), que sobrevem no alvorecer da idade moderna. A Constitutio Criminalis Carolina marca, inclusive, a época em que a atividade punitiva passa definitivamente para o Estado (40).

O Direito Penal da Igreja representa o primeiro passo rumo à humanização das penas, introduzindo elementos de caridade, compaixão e preocupado com a recuperação social e o arrependimento dos réus (41). Mantem-se, entretanto, no Direito Canônico o sentido vingativo-repressivo, apenas desdobrado, aqui, em tríplice aspecto: "o arrependimento do réu, a intimidação e a expiação do delito cometido" (42).

Apesar disto, a Igreja certamente desempenhou um papel suavizador, se compararmos as suas aquisições institucionais ^{e sobretudo ideológicas} com o que então prevalecia ao redor. Foi por este motivo que GARÇON pôde afirmar: "não seria talvez um paradoxo sustentar que foi unicamente pelo direito revolucionário (da revolução francesa) que as altas concepções cristãs de emenda e reabilitação penetraram no direito penal leigo" (43). CUELLO CALÓN já assinala, também, que os remanescentes de vindita e severidade penal excessiva, encontrados no direito canônico, representam a contaminação temporal, enquanto a Igreja se organizava como Estado (44). Daí as cruzes, acentuadas por LORIANI, como simples acidente: ele mostra que nada daquilo pode ser tomado como expressão típica, se quisermos entender a influência, certamente avançada, da Igreja sobre as instituições e idéias leigas (45).

Durante a Idade Média os influxos combinados dos sistemas que brevemente recapitulamos delineiam o perfil das legislações européias:

direito romano, direito germânico e direito canônico. Este quadro irá perdurar até o advento do período humanitário, que substitui definitivamente o período primitivo, naquele sentido lato, que já referimos(46).

O período humanitário ecoa com as idéias que foram buscando o rumo da institucionalização . Trata-se de um movimento que se estende ao longo dos séculos XVII, XVIII e XIX , e no qual desempenham papeis de relevo os apóstolos da reforma , como BECCARIA e HOWARD, tanto quanto os homens da revolução francesa , entre os quais se destacam, especialmente, MONTESQUIEU e ROUSSEAU . "Seu esforço abriu o sulco em que ia brotar se memente que serviria de base aos homens da escola clássica"(47).

A esses nomes , ASÚA acrescentaria ALFONSO DE CASTRO, marcando, com zelo nacionalista , uma precedência histórica em relação a BECCARIA , sem, contudo, a repercussão e influência da obra deste. E aqui estão naturalmente imbricados os aspectos de idéias e de instituições , pois o movimento de reforma carrega para as conquistas institucionais a ardente propaganda do Iluminismo , dos Enciclopedistas e de seus continuadores(48).

Pode ser condensado o ^{lado} ~~panorama~~ institucional-humanitário nos termos deste panorama: " O Direito Penal assume nele um caráter inequivocamente público, posto que o delito compromete os interesses sociais. O Estado, surgido de contrato social, tem o monopólio da justiça repressiva e a exerce em nome da vontade geral, para realizar o bem do maior número(princípio da utilidade comum)... Desaparece a arbitrariedade , substituída pela garantia da legalidade, já enunciada na Carta Magna de João sem Terra (1215) e , depois , sustentada pelos bills of rights norteamericanos, a legislação austríaca de D. José II e o art. VIII da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789). Não há delito nem pena , sem prévia lei. Ante a lei, todos são iguais" (49).

Toda a evolução das instituições penais que antecede a revolução francesa , sem prejuízo de certas antecipações sem maior firmeza e substância , mantém a vingança e a severidade das penas. Por esse motivo é que estendemos a noção dum período primitivo até aquela data e episódio que , na história francesa , adquire projeção dum símbolo da cisão consumada entre o humanitarismo e o primitivismo anterior.

A gama de princípios da revolução francesa , que nela buscaram inclusive a consumação institucional, não se limita , porém, à igualdade perante lei e ao princípio de legalidade. Em forma completa , ela pode ser descrita neste elenco:1) princípio da legalidade ~~xx2x~~ na anterior

definição do crime;2) princípio da legalidade na anterior cominação da pena ;3) princípio da proporcionalidade da pena ao delito;4)princípio da garantia de defesa do réu ;5) princípio da decisão favorável , na dúvida;6) princípio da interpretação mais favorável ao réu, no que tange à inteligência da lei;7) princípio da presunção de inocência , até a definitiva condenação (50).

O Estado Liberal , em cujo seio armou-se o panorama institucional citado, representava um aspecto individualista do sentido retributivo:"separa-se o delito do conjunto da personalidade e se o considera como um valor real que se pode compensar com outros valores reais"(51); é a igualdade puramente formal , que se detém na proporcionalidade da pena e na consideração do delito como ente jurídico abstrato , como se se lavrasse um "anticontrato" , entre o agente supostamente "igual", livre e responsável, e o Estado repressor , supostamente isento e representante sem mácula da coletividade.Por outro lado, a pena não seria exclusivamente retributiva , mas também intimidatória , de novo implicando a noção de seres livres ,com "algo a perder", à maneira dos pensadores e , posteriormente , legisladores-proprietários .

A verificação da ineficácia intimidativa apareceu depois e o princípio determinístico - então difundido nas ciências - criou problemas para a noção de responsabilidade.Apareceu o estudo das "causas" sociais e individuais do crime, estabelecendo a dicotomia entre o legalismo estatal e o avanço da pesquisa , que tendia a negar a "liberdade da vontade" . O recurso foi o aparecimento , agora firme e com repercussões institucionais bem precisas, da idéia de "cura", "emenda" , em lugar de "castigo". Essas noções , como veremos no capítulo seguinte , apresentam antecedentes muito remotos , mas o seu aparecimento , no quadro institucional , é obra da influência da Escola Positiva , que as recolheu, sistematizou e impôs , como inspiração dos legisladores modernos. Estes associam, de forma geral, o teor clássico-humanitário do "castigo" proporcional às subseqüentes preocupações com uma defesa social, baseada no "tratamento" do delinqüente, mais do que (tão só) na sua punição.

Esse ecletismo fez com que o Direito Penal de nosso tempo de teor marcadamente reeducativo e preventivo (52) , pudesse ser cognominado de "Direito Penal em trânsito" (53), com ênfase crescente no aspecto "curativo" e de antecipação do crime, pelo combate às suas "causas". Embora não se possa dizer, com radicalismo sociologista, que o crime é simples resultante de condições do meio social , também

é inocultável que as condições do meio propiciam e avolumam os surtos delinqüenciais. Daí a necessária harmonia de construção duma Teoria Geral do Direito Penal que, sem abandonar as garantias jurídicas, aqui rastreadas, no perfil histórico e na inspiração liberal, abra espaço para as contribuições criminológicas. De certo modo o clou da nossa tese - e que, afora os reajustamentos de perspectiva realizados em todo o reexame do material histórico e doutrinário, lhe dá o sentido de uma reflexão e, talvez, contribuição pessoais, está na busca daquele equilíbrio, expressa na flexibilização máxima do sistema de interferências interdisciplinares. Esta, obviamente, atribui o relevo maior ao encontro da tradição jurídico-penal e da elaboração criminológica. Já o velho VON LISZT dava-nos o mote a glazar, com as conseqüências que possamos extrair de tal empenho. O ângulo prático do empreendimento teórico a que nos abalanchamos está evidentemente em pensar os instrumentos duma política criminal de enlace jurídico e criminológico. Pois, como assentava, lapidarmente, o mestre alemão, a melhor política criminal é a política social. Mas, concedido isto, ainda restaria a tarefa de organizar juridicamente os veículos de sua atuação. VON IHERING, já lembramos, dizia que a pena está em "contínua abolição". Tomada a inspiração criminológica, urge disciplinar juridicamente o que se pode situar aí, em lugar do que se vai "abolindo". E isto envolve uma reconstrução teórica prévia, em que se tenha a visão nova da Teoria Geral do Direito Penal, não incompatível com a política social, mas dando-lhe a dimensão criminal, e, em última análise, jurídico-criminal. Esta, a nossa tese..

Notas

- 1) JACQUES LECLERCQ, Introdução à Sociologia, ps. 18ss.
- 2) Apud ARMAND CUVILLIER, Manuel de Sociologie, vol.2, p.673.
- 3) Community, passim.
- 4) The Institutions of Society, p.53.
- 5) Ideas y Creencias, ps. 4ss.
- 6) Héritage de Mots, Héritage d'Idées, passim.
- 7) Ob. cit., p. 159..
- 8) "A cultura é maneira de pensar, sentir, crer" (CLYDE KLUCKHOHN, Antropologia, p. 33).
- 9) CHRISTOPHER DAWSON, Religião e Cultura, passim.
- 10) Manuel de Sociologie, vol. 2, p.467.

- 11) Antropologia, p.39.
- 12) RALPH LINTON, The Tree of Culture, p.122.
- 13) Apud RAYMOND CHARLES, Histoire du Droit Pénal, p.9.
- 14) Cfr. MORRIS GINSBERG, On the Diversity of Morals.
- 15) Ibidem.
- 16) LE SENNE, La Destinée Personnelle.
- 17) É a tese desenvolvida em MAN AND THE STATE.
- 18) MANZINI, Diritto Penale Italiano, vol. 1, p. 30.
- 19) Exposição de Motivos do Código Penal, nº 4.
- 20) Les Étapes du Droit.
- 21) Diritto Penale Italiano, p.47 (1ª vol.).
- 22) A reação privatista aparece com ênfase no Brasil, merecendo destaque, a respeito, os estudos de NESTOR DUARTE, COSTA PINTO e outros.
- 23) Apud EDUARDO CORREIA, Direito Criminal, p. 79.
- 24) A respeito, FRAZER, Le Totémisme.
- 25) DECUGIS, ob. cit.
- 26) EDUARDO CORREIA, ob. cit., p.79.
- 27) Ibidem.
- 28) Temos vestígios de autotela até no direito atual, na proteção da posse, na legítima defesa. Ver ZAMORA E CASTILLO, Proceso, autocomposición, Autodefesa.
- 29) CUVILLIER, ob. vol. cits., p.495.
- 30) GRISPIGNI, ob. vol. cits., p.49.
- 31) Ibidem.
- 32) Derecho Penal, I, p. 69.
- 33) CHARLES, ob.cit., p. 20.
- 34) FONTÁN BALESTRA, Derecho Penal, ps. 47 ss.
- 35) Comentários ao Código Penal, II, p. 17.
- 36) ROBERTO LYRA, ob. vol. cits., p. 15.
- 37) Ibidem (p.13).
- 38) CUELLO CALÓN, ob. cit., I, p. 75.
- 39) Tratado de Derecho Penal, I, p.20.
- 40) FONTÁN BALESTRA, ob. cit., p.59.
- 41) CUELLO CALÓN, ob. cit., I, p. 75.
- 42) Ibidem (p.76)
- 43) ROBERTO LYRA, Expressão Mais Simples do Direito Penal, p.25.
- 44) CUELLO CALÓN, ob. cit., I, p. 78.
- 45) Ibidem.
- 46) Ibidem (p.78).
- 47) BALESTRA, ob. cit., p.60.
- 48) MEZGER, ob., vol. cits., p. 32.

- 49) AFTALIÓN, OLANO & VILANOVA, Introducción al Derecho,
- 50) ROBERTO LYRA, Expressão, cit., p.24/25.
- 51) RADBRUCH, Introducción a la Ciencia del Derecho,
- 52) Ibidem.
- 54) ANIBAL BRUNO, Direito Penal, I, 1,

História das Idéias Penais

Embora tenhamos ordenado a nossa exposição, distinguindo o aspecto institucional do arcabouço das idéias (no sentido orteguiano), é impossível uma separação radical. As idéias, como atitude reflexiva, criadora, nascem em um determinado momento histórico, em certo ambiente social. Êsses fatores, se não determinam a direção do pensamento, influenciam-no e, ao menos, oferecem-lhe os limites do panorama sobre o qual o espírito exercerá sua atividade. O pensador mesmo, enquanto ser social, incorpora à sua personalidade elementos ou componentes sociais que, também não constituindo rígidas determinantes, por outro lado, não são meramente superficiais. Na fórmula de Ortega, eu sou eu e minha circunstância; os elementos desta entrosam-se com minha personalidade, intervem nela. Ademais, as idéias exercem influência e, a tal ponto que, muitas vezes, notamos que se fixam como crenças e inspiram, até, alterações institucionais. Basta lembrar, por exemplo, todo o fecundo movimento que antecede a revolução francesa. O que foi, inicialmente, aquisição do pensamento desperto, reflexão individual, integrou-se depois, na atmosfera cultural e exerceu uma pressão característica nas formações institucionais. Há certo elenco de princípios que, hoje, nos parecem de tal sorte evidentes (crenças), até exigindo um esforço considerável, para que o encaremos na sua natureza real de elementos históricos-condicionados, como vigência social, e, mais remotamente oriundos da acurada reflexão individual. Com surpresa, ao retermos uma obra como a de Beccaria, verificamos que tantas coisas nos parecem tão óbvias que, à primeira vista, nos escapa o sentido, à sua época, de originalidade ou, mesmo temeridade...

Na estudo sumário das idéias penais, que faremos, ficarão patentes êsses vínculos entre as idéias, em sintonia com a circunstância, e por outro lado, sua projeção nas instituições.

Quanto aos povos primitivos, não é possível falar, com rigor, em idéias penais, a não ser com a ressalva de que, nesses grupos, a reflexão consciente só ocorre perante coisas havidas como extraordinárias, em que a sucessão "normal" dos fatos é interrompida inesperadamente.

Foi o que estudou Kelsen, em obra fundamental e pouco divulgada, entre os que situam o seu pensamento em um âmbito "formalista", desvinculado das preocupações com os aspectos sociológicos e antropológicos, sob os quais também pode ser encarado o direito (1). É que a distinção metodológica entre os diferentes pontos de vista sob os quais se observa e descreve cientificamente o Direito não elimina a sua convivência e, em certos pontos, interferências.

O homem primitivo rege-se, predominantemente, pelo sistema da crenças, que não constituem, a rigor, um fenômeno puramente intelectual. Recaséns notou ^{que a} crença ou convicção é, sobretudo, emocional (2). O grupo primitivo é unitário, culturalmente

30

homogêneo, e, nêle o papel fundamental é desempenhado pelas crenças, verdades adquiridas, que se inscrevem no indivíduo pela pressão característica dos modos coletivos, atuando, no contôrno social, em forma de vigência (3). Por isso mesmo, o grupo primitivo é fortemente conservador, resistente à mudança cultural, em regra, há de atingir pela precipitação decorrente de contacto. Isolados, aqueles grupos preservam pureza, na homogenidade tradicionalista de sua estrutura e relações.

Em nosso estudo sobre as idéias penais não arrancaremos, porém, de um passado tão remoto, pois o que se pode chamar de idéias penais está, ali, ainda informe, dissolvido na mole originária. Também as idéias penais expostas na Antiguidade e na Idade Média pareceriam à primeira vista, escapar ao nosso objetivo. Como pondera Cuello Calón (4) são, antes, opiniões e elucubrações sobre o delito, a pena seu fundamento e fim, considerados no aspecto filosófico, puramente. Todavia, nas doutrinas penais, inclusive as modernas, atua, forçosamente, um substrato filosófico; e ele é, com grande parte, o ponto nodal, que orienta as opções; marca as distâncias entre os penalistas e, dentro das escolas, é formulado e diversamente resolvido (5).

As posições fundamentais sobre a índole do direito de punir já vêm esboçadas, em seu aspecto originário, desde a Antiguidade. Vamos reduzi-las, didaticamente, a três aspectos fundamentais: a pena como retribuição; a pena com intimidação, a pena como instrumento de reeducação e defesa social.

Na construção platônica, o filósofo, descendo do plano do ideal absoluto da ordem política de suas obras iniciais, traça, em as Leis, o esboço de uma forma concreta e histórica de organização da cidade. Na República, tratava-se do governo dos sábios, entendendo-se que as leis seriam supérfluas. Na segunda fase, considerando a prática e a natureza humana em concreto, as leis revelam-se necessárias (6). Aparecem estas, portanto, no esquema de um Estado ainda absolutista, leis penais com função educadora. O delinquente é considerado um enfermo, de acordo com o princípio socrático de um ninguém é voluntariamente injusto. As leis penais são curativas. A pena é remédio. Entende-se, porém, que o Estado, perante o delito, encontra-se perturbado em sua higidez e, no caso de incorrigibilidade, admite-se a supressão do delinquente, para o bem comum.

Na obra platônica, há afinidade evidente com as futuras posições reeducadoras e defensoras, embora, como nota del Vecchio, as concepções da delinquência, como enfermidade (sobretudo nas primeiras posições de Lombroso), aparecem sob o aspecto de regressão atávica, enquanto que Platão refere, uma deficiência intelectual: a enfermidade consiste na ignorância do verdadeiro, isto é, da virtude, que é conhecimento da verdade.

Em Aristóteles, a justiça é dividida em retributiva e simalagmática; a primeira, refere-se à distribuição de bens e honrarias: a cada um, conforme seus méritos (princípio de igualdade); a segunda, rege as relações de troca, em que o prin

21
cípio de igualdade se aplica de forma diversa; trata-se de medir, imprecisamente, o lucro ou dano, isto é, as coisas e ações em seu valor objetivo, considerando-se iguais os termos pessoais (7). A justiça sinalagmática aplica-se não só às relações voluntárias e contratuais, mas inclusive às involuntárias, decorrentes do delito e da pena. A justiça sinalagmática é comutativa, quando determina a formação das relações de troca; é judicial, quando tende a fazer prevalecer aquela medida, no caso de controvérsia, mediante a intervenção do juiz.

Na idéia sinalagmática está o núcleo das posições retributivas, no sentido do esquema simplificador que propusemos.

Entre os filósofos da Igreja, destacaremos duas figuras capitais; Santo Agostinho e São Tomás; o primeiro, em uma linha retributiva e defensiva, o segundo acentuando, além da retribuição, o cunho intimidatório. Vejamos, brevemente, como se caracterizam essas posições. Santo Agostinho opõe a Civitas Dei, a cidade de Deus (comunidade religiosa, representando o bem), à cidade terrena (originária da separação da humanidade - Caim e Abel). Nesta última, a justiça é retributiva (a pena como um mal oposto a outro mal). A verdadeira justiça (Charitas) seria dom divino (suprema Lei); desobedecê-la é pecar e isto acarreta penas celestiais e terrenas, embora não haja uma exata correspondência material entre o delito e a pena, à maneira taliônica (8). O fim do Estado é garantir a paz terrena e a pena restabelece a paz que o delito perturbou: é meio de garanti-la.

Em São Tomás, a cidade terrestre conforma-se ao império de Deus, que traça limites ao poder do Príncipe, realizador na terra da vontade divina. São Tomás reconhece três tipos de leis: a lei divina, que é revelada (Lei eterna) nas escrituras - aspectos teológicos, a Lei natural, a que tem acesso a razão humana, especulativamente - aspecto filosófico; e a Lei humana, que procura formular a substância "natural" do Direito, constituindo o direito positivo. A pena é instrumento inerente às leis natural e humana. São Tomás sublinha a função intimidativa; o temor garantiria o respeito à lei, embora sem prejuízo de um elemento paralelo de sentido ético e correccional no castigo (10). Mas, na ênfase fundamental, a tese tomista é retributiva - *aequale^m recompensationem passionis ad actionem proecedentem* (11), ou seja, a teoria da contra-paixão.

Nesta breve recapitulação, já vimos, portanto, esboçadas todas as posições que prevalecerão na doutrina penal: retribuição, intimidação, recuperação e defesa social. O núcleo das proposições retributivas estriba-se no *punitur quia peccatum est*, enquanto que as intimidatórias obedecem ao princípio *punitur ut ne peccetur*.

O retributivismo assenta em algo de instintivo; é o traumatismo provocado pelo crime; é o clamor imediato pedindo castigo. Essa retribuição continua presente, inclusive, nos dualismos contemporâneos: pena aflitiva e medida de segurança reeducativa, readaptado para. Requinta-se o mecanismo, do Talião primitivo às exigências

92
mais elásticas dos sistemas institucionais modernos; mas o substrato é o mesmo.

Todavia, cumpre notar que a tese retributiva recebeu, historicamente, fundamentações muito diversas: retribuição religiosa, retribuição moral e retribuição jurídica.

A retribuição religiosa ^{tem} ainda com grande ênfase nas concepções medievais, que assinalamos, fase em que a própria filosofia estava muito intimamente ligada ao núcleo religioso e à idéia da origem divina do direito.

Exemplo típico da retribuição moral encontra-se na obra de KANT. Ele procura assentar na razão a tese retributiva. A justiça reclamaria a exata retribuição do mal causado (12). Em Hegel sistematiza-se a retribuição jurídica: o direito seria invulnerável; atacado pelo infrator, a violência provoca violência (jurídica) e o delinquente a ela sucumbe; sobrevem a pena: praticando, voluntariamente, a violação do direito, o criminoso quer a pena. Fontán Balestra assinala a distinção entre o retributivismo jurídico e o de aspecto moral: no primeiro a tende-se ao externo, à mutação produzida no meio pela ação ilícita; no segundo mede-se o interior, a vontade criminosa, denominada culpabilidade moral, a perversidade interna do delinquente, na expressão de Kant (13).

As posições intimidatórias (também finalistas ou de prevenção) apresentam grande variedade de matizamento, governada pela idéia central de que, ao invés de punir, como retribuição ao mal, pune-se, ao revés, para intimidar o delinquente para evitar (prevenção) novas infrações, seja a prevenção geral, erga omnes, pelo castigo exemplar, seja a prevenção especial: a) a intimidação individual do criminoso, a fim de impedir que reincida ou, b) o cunho paternalista da mera advertência. Fala-se, ainda, em prevenção especial no sentido de emenda ou reeducação, a que nos referimos, com respeito às teses defensistas (defesa social).

Dentre os que postulam a função intimidatória da pena, abandonando o puro esquema retributivo, para ~~acentuar~~ acentuar a sua função pragmática de coação psicológica, deve-se mencionar, pelo relêvo de sua obra, Anselmo Feuerbach, conhecido como o fundador da moderna Ciência do Direito Penal e pai do filósofo Ludwig ^{Von} Feuerbach. No seu Lehrbuch, Feuerbach (Anselmo) sustenta que a prevenção exige que sobre a coletividade atue uma coação psicológica, interna. Em caso de possível infração do Direito, ela deveria exercer um influxo inibitório; tal coação residiria na ameaça legal da pena. O fundamento da ameaça é a necessidade de garantir os direitos de todos (segurança) e o fundamento da imposição é a precedente ameaça (legalidade). Feuerbach extrai desses pontos o princípio que empolgará as consciências, para concretizar-se em repercussões institucionais extremamente difundidas (vêde o cap. 2): nullum crimen, nulla poena sine lege. Mas é preciso notar que, no direito romano, já se encontrava a idéia precursora (poena non irrogatur nisi quae cuaque lege vel alio iure specialiter huic imposita est). (1) Em Feuerbach, o princípio da legalidade ou reserva legal firma-se neste que a ameaça há de surgir da

lei, de forma preciosa. O maior mérito de Feuerbach há de ser visto no esforço plenamente logrado, de deslocar o arbítrio judicial, mediante o estabelecimento de conceitos e tipos preciosos e claros, em cuja formulação era mestre insuperável (Allfeld) - (15).

A teoria da coação psicológica suaviza-se, na posição de Bauer, substituindo a ameaça pela advertência, num conceito paternalista do Estado. "A lei penal deve ir ao encontro dos motivos do crime, por meio de advertência, e não, da intimidação" (16).

Ver-se-á, mais adiante, que a prevenção geral, como advertência ou ameaça, traiu seu próprio sentido finalístico, ao revelar-se, por si só, desajudada por instrumental complementar, seguramente incapaz de operar como intimidação eficaz; por outro lado, o sentido da prevenção especial foi adquirindo outro caráter e passou a servir, não como coação psicológica individualizada e, sim, como elemento de reeducação e emenda. Não se confiaria mais o delinquente às suas próprias forças individuais inibidoras (17), suplementando isso com "tratamento" específico, voltado para as "causas" dos desajustamentos manifestados. Tal metamorfose será aprofundada ao advento do positivismo (Escola Positiva) italiano e, sob certo aspecto (acentuadamente eclético), nas concepções mais modernas. De qualquer forma, adiantaremos que essa idéia de prevenção especial, ligada à emenda e ao tratamento, já tem raízes (embora toscas) na própria Antiguidade e na Idade Média, em que pese o seu cunho diverso; em Platão, ético-socrático; ²¹⁷ Santo Agostinho, São Tomás, de feição religiosa. Mais adiante, a mesma noção ressurge no correcionalismo de Roeder (necessidade de uma reeducação que o Estado ministrara ao delinquente por seu próprio bem), associando aos positivistas o nome do espanhol Dorado Montero que repelia inclusive o nome Direito Penal, para abraçar a designação, um tanto lírica, de Direito Protetor dos Obiminosos.

Junto às concepções intimidatórias e retributivas, vimos que se esboçam, desde as primeiras reflexões sobre o nosso tema, as idéias defensistas (defesa social). Também aqui se manifestam diferenças de fundamentação, mais racionalista em Carrara e mais pragmática em Romagnosi, por exemplo. Carrara propugnava o critério da defesa justa. A existência da sociedade civil impõe a tutela jurídica e o Direito de Punir, em abstrato, funda-se na justiça. Concretamente, o fundamento da punição seria a defesa, exercida nos limites do justo, na medida em que se revela imprescindível para a realização da tutela jurídica (direitos da humanidade) (18). Romagnosi fundamenta a punição no direito (social) de preservar os indivíduos e o estado gregário em que se achem defendendo-se do ataque. Ao impulso criminoso (Spinta criminosa) opõe-se uma contra-spinta penal. Neste ponto, Romagnosi aparece como verdadeiro precursor da escola positiva. A defesa, nesta perspectiva, não resulta de vinculação ao valor - justiça -, mas a uma concepção

34

utilitária e organicista da sociedade. E o que, mais tarde, se verá nos positivistas italianos. Garofalo acentua que, na sociedade, ocorreria o mesmo que se observa nos organismos (sentido biológico), pois estes reagem a violações de suas funções naturais. Há uma influência decisiva dos paralelos entre o social e o biológico, à maneira de Spencer, o que chega em Ferri, por exemplo, ao exagero da concepção da pena como uma espécie de "desassimilação artificial dos elementos nocivos". Voltaremos ao assunto ao tratar especialmente das escolas penais, estudando, inclusive, o avanço socialista, que procura enquadrar a defesa social na visão do Estado como associação institucionalizada apenas para garantia da "classe dominante", usando as leis (inclusive as penais) para seus desígnios egoístas e a sanção penal, como arma para manter a própria estrutura. A influência marxista é, aqui, evidente e conduz à visão unilateral do problema da criminalidade. Mais adiante acentuaremos a distinção, que se viram conduzidos os próprios socialistas, entre a defesa social e a defesa do Estado, perante a divisão dos crimes em infrações de perigo e danos comuns e infrações de meracriação política (19).

Neste ponto, cumpre, desde logo, fazer uma apreciação dos aspectos positivos e negativos das posições básicas referidas: retribuição, intimidação, defesa social e reeducação. Não nos parece que elas se excluam, reciprocamente ou, por outro lado, que se trate de assunto superado, dispensado consideração.

Não é possível confundir, no plano filosófico-especulativo, o plano abstrato dos valores, e a tarefa de reprimir, praticamente, a delinqüência, como atividade de auto-preservação do Estado ou, mais amplamente, da Sociedade. Pouco importa que se afirme, como Eusébio Gomez (20), que, se a defesa social reclama o emprego de medidas concretas, a legitimidade destas não exige demonstração. Se se pensa, com isto, haver eliminado qualquer opção filosófica, há um equívoco evidente: o que se fez foi acentuar que a "necessidade não tem lei", sendo, portanto, legítima - isto é, justa - a defesa social, o que é um critério, em última análise, racional e, não, meramente prático. Nele vai implícita uma reivindicação filosófica - referida ao valor justiça (é justa a defesa, porque necessária) e ao momento gnosiológico (de conhecimento) da necessidade (por que órgão? é legítima a constituição? é concreta a sua apreensão?). Mesmo a atitude pragmática (trocar a verdade pela utilidade, a pretexto de que a primeira é indiferente ou inapreensível) já comporta uma opção filosófica; O pragmatismo é também uma filosofia, embora de vistas curtas e fundamentação arbitrária.

Se, por um lado, é indiscutível que o problema dos fundamentos da pena (buscando sua legitimidade) não se apresenta como problema "interno" do Direito Penal (21), isto não nos permite esquecer que as doutrinas penais *sensu* aglutinam-se, em função de tais opções prévias e superiores (no âmbito filosófico). As posições das escolas penais governam-se por tais critérios últimos (22).

O retributivismo religioso está, evidentemente, superado até no plano filosófico, referindo-se a uma taboa de valores que só pode ser alcançada em suas próprias postulações pela fé na revelação de uma Lei Eterna, Salvo a coincidência de, no terreno especulativo, a razão aí chegar por sua própria força (23).

Quanto ao retributivismo jurídico ou moral, substituirá o princípio , racionalmente impecável da compensatio mali cum malo, porém, lutando, sob um aspecto, com a dificuldade de ajustamento do critério legal, histórico-condicionado da definição dos crimes e a própria definição do que é, intrinsecamente, o mal (em oposição às incriminações contingentes, de mera, criação política); e, por outro lado, com as dificuldades do critério de equivalência entre o mal e seu castigo. Aliás, neste último ângulo, já Santo Agostinho assentava a impossibilidade de uma correspondência material. O problema em síntese é semelhante, e.g., às dificuldades que no direito privado se apresentam com respeito ao ressarcimento do dano moral.

As posições intimidatórias, por outro lado, não foram definitivamente afastadas. O próprio Grispigni, ao defender a unificação das sanções, fala em predominância da prevenção especial, no sentido de reeducação ou emenda (24). De qualquer forma, a eficácia preventiva (coação psicológica) já se desloca para o terreno prático, utilitário. A consideração da legitimidade reingressa, por exemplo, quando se fundamenta a ameaça penal pela necessidade de exercer a tutela jurídica, subordinando-a, como Feuerbach, à prévia definição dos crimes e combinação das penas ou subpondo-a, como Carrara, ao justo - ainda aqui um convite à especulação axiológica, enquanto estabelece limites à justiça da defesa.

Essas observações situam-se, é claro, no terreno da Filosofia Penal (vêde o cap. 1), mas há, dela, uma dupla interferência no terreno dogmático jurídico: 1º) enquanto o sistema legislativo espousa uma determinada orientação, na matéria (filosofia do direito penal); 2º) enquanto as interferências interdisciplinares autorizam, senão impõem, uma certa margem de especulação filosófica.

Notas

- (1) - Sociedad y Naturaleza, passim.
- (2) - Tratado General de Sociologia, p. 202
- (3) - Recaséns, ib.
- (4) - Derecho Penal, I, p. 44.
- (5) - Aníbal Bruno, Direito Penal, I, t. 1, p; 79
- (6) - A propósito, vêde del Vecchio, História de la Filosofia del Derecho.
- (7) - Sobre o assunto, vêde del Vecchio, ob. cit.
- (8) - De civitate Dei, XV, 1 e 2 apud Gramática, Principios de Derecho Penal Subjetivo.
- (9) - De Regimine Principium.
- (10) - Summa Theologica, p. I, quaest. 48, prop. III.
- (11) - Summa, II, quaest. 61, prop. IV.

UNA - BIBLIOTECA CENTRAL

- (12) - Vede a Crítica de Razão Prática e os Princípios Metafísicos da Teoria do Direito.
- (13) - Derecho Penal, p. 86
- (14) - Vede a Exposição de Motivos do Código Penal, nº 6 e, ainda mais adiante, o cap. 6, nota 6.
- (15) - Apud Mezger, Tratado de Derecho Penal, V. 1 p. 36
- (16) - Apud Balestra, ob. cit. p. 89.
- (17) - No estudo da criminologia (capítulos 9/15, ^{955/} veremos até que ponto essa resistência individual ainda é considerada fator na dinâmica do delito.
- (18) - Vede Carrara, programa.
- (19) - Vede e.g., Roberto Lyra, Em Defesa da Analogia, in Revista Brasileira de Criminologia, jan.-março 1948, p. 14 e segs
- (20) - Apud Roberto Lyra, Comentários ao Código Penal. V. II
- (21) - Roberto Lyra, ob. cit., V II
- (22) - Aníbal Bruno, Direito Penal, V. I t. 1, p. 79.
- (23) - É este todo o problema da filosofia cristã, pois não se filosofa com cartas marcadas. Não poderíamos, é claro, "resolvê-lo". aqui, on passant, com uma breve remissão, salvo no que se refere a desvendar uma opção pessoal, que fazemos, enquanto cristão e católico, de filosofar independentemente de nossa fé, conquanto cientes e conscientes do range of reason (âmbito da razão). Para uma noção dos meandros especulativos do tema, reportamo-nos à longa consideração de Blondel, sobretudo em sua correspondência com Valensin e no trabalho com que o primeiro participou do famoso debate da Sociedade de Filosofia (Paris).
- (24) - Diritto Penale Italiano, V. 1 p. 87.

UNA - BIBLIOTECA CENTRAL

As Escolas Penais

No exame das escolas penais, procuraremos acentuar a correção da tese de Mezzer, segundo a qual o Direito Penal, hoje, pelo menos para nós, integrados em determinado clima cultural, descansa "quanto ao seu conteúdo espiritual, em dois princípios básicos: as idéias da época das luzes e os complementos da prevenção especial, no sentido das modernas direções penais" (1), isto é, sobre o "background" das garantias liberais, associadas, no plano institucional, às conquistas da revolução francesa, ao dualismo das funções de castigo (retribuição, intimidação) e emenda (defesa social e recuperação). Radbruch filiou as teorias da retribuição e intimidação à concepção liberal do Estado de Direito e as teorias de prevenção, (especial, moderna) à tendência social do Direito Penal moderno (2). Como vimos focalizando essas idéias de retribuição e intimidação desde as suas mais remotas raízes históricas, é preciso observar, aqui, que elas só ganham conteúdo liberal ou liberalizante, a partir do cadinho da Época das luzes e da gigantesca e fecunda convulsão ideológica que antecede a revolução francesa.

O iluminismo caracterizou-se como um pensamento em pó de guerra, pela autonomia da razão. A Filosofia e, com ela, as ciências emanciparam-se da tutela teológica, encaminhando-se cada uma para seu terreno próprio. O Direito e o Estado comparecem ante o tribunal da razão crítica do homem. Acentua-se, até o exagêro, a força do espírito humano, em correlação com o substrato cultural do individualismo e do liberalismo, que vêm assentar nos canteiros revolucionários, onde floresce, com notável impulso criador, uma espécie de homo quaerens, o homem interrogador, em desafio (3). O iluminismo (Aufklärung) alemão mantém afinidades evidentes com o enciclopedismo francês, enquanto elementos do elenco ideológico, de que a revolução francesa será o símbolo, triunfa, na consagração institucional. Beccaria, citará, expressamente, D'Alembert, Diderot etc. - "nomes ilustres que ninguém pode ouvir sem emoção" (4). A corrente de idéias, que Beccaria representa, é muito justamente batizada como período humanitário do Direito Penal (inclusive em suas repercursões institucionais). Embora seja aristocrata milanês, há em Beccaria, uma cintilação de idéias liberais e "românticas" - "a filosofia do coração acima da filosofia de espírito" - que provocam a observação de Cuello Calón (5): "Este livro (Dei Delitti e Delle Pene, 1764), de reduzidas páginas e enorme repercursão, não é tratado, mas uma ardente acusação contra a barbárie do Direito Penal do Antigo Regime, lançada no momento crítico, com inigualável felicidade". O capítulo final do livro resume as suas diretrizes básicas: a pena deve ser pública e só o Estado cabe a administração/

50

da Justiça; a pena deve ser pronta: ligar-se-á, com a maior celeridade, ao crime de que é retribuição (castigo); a pena deve ser necessária, reduzida ao mínimo possível e proporcional ao delito; a pena deve ser determinada pela lei anterior, assim como o crime.

A obra de Beccaria não é, a rigor, obra de criminalista e, sim, doutrina penal, "fórmula com finalidade política" (6). "Este se bate pela humanização das leis penais num esquema contratualista", (7).

Há quem inclua o nome de Beccaria na chamada Escola Clássica, em um período "teórico", anterior ao jurídico, propriamente dito. Preferimos, entretanto, deixá-lo no limiar dessa escola, pela sua posição mais ampla, de pregação/política. Não se trata de um jurista, mas de um agitador de idéias e defensor de reformas.

Aliás, é preciso observar, com Asua, que a Escola Clássica é um título que não engloba unidade de doutrina ou corpo harmônico de princípios. "Nenhuma escola de si mesmo chamou de clássica, nome que teria sido reputado excessivamente vaidoso, pois clássico significa o consagrado, o ilustre, o excelso". As posições, reunidas sob este rótulo, afinal resultam de um artifício polêmico da escola positivista, em oposição à qual é possível delinear um lastro comum dos que se convencionou chamar de clássicos.

Poderíamos resumir essas características principais, sublinhando os seguintes pontos, defendidos, em geral, pelos clássicos: a) responsabilidade moral, baseada no livre arbítrio; b) consideração do crime, como este jurídico; c) método "lógico-abstrato" ("racional-redutivo"); d) pena-castigo. Na escola Clássica avultam as obras de Filangieri, Romagnosi, Carmignani, Pessina, mas, indiscutivelmente, a figura mais importante é Carrara, que já se disse com evidente exagero, ser inexcedido, até hoje, em exegese e construção. É preciso não esquecer, também, os que, na ciência, jurídica-penal alemã, defenderam os contra-fortes / clássicos, a partir de Feuerbach (Anselmo), considerado pai da nossa disciplina, lembrando em seguida, Binding, Birkmever e Beling. Binding teve grande relêvo, sobretudo na teoria geral do Direito Penal, com a sua indagação, referente à norma jurídica-penal; Beling marcou sua posição na teoria de crime, desenvolvendo agudas e originais construções pertinentes à teoria da tipicidade.

Se quiséssemos encontrar um divisor de águas, entre as concepções clássicas e positivistas, diríamos que, nas primeiras, o crime, enquanto ente jurídico, é considerado abstratamente, desligado da pessoa do delinquente, e a pena, como castigo, exgota, nesse ângulo repressivo, a sua finalidade; já para os positivistas, o ponto fundamental é o delinquente e a sua periculosidade, enquanto protagonista do episódio criminoso, e a tendência é a eliminação da pena-castigo, substituindo-a por sanção criminal, enquanto medida de defesa social, de ênfase/reeducadora.

Os positivistas, em geral, pelo menos os chamados positivistas históricos, que defendem a pureza ^{pretenderam} das concepções originárias da escola, ~~pretendem~~ ^{pretenderam} assim, ter as suas posições esquematizadas de acordo com os seguintes pontos(8): a) responsabilidade social, baseada no determinismo (o positivismo; determinista, admite que todo o homem é responsável porque vive em sociedade); b) consideração do crime como fato humano e social; c) método indutivo e aparentado ao das ciências naturais, introduzindo tremenda confusão de fronteiras, entre os campos criminológicos e jurídico-penal (9); d) pena como instrumento de defesa social, para a reeducação e readaptação do delinquente.

Os positivistas pretenderam, com o seu advento, marcar a inauguração da fase "científica" do Direito Penal - o que não é exato; os que eles chamavam de ciência ~~empírica~~ é a ciência não-normativa, sobretudo a antropologia e a sociologia criminais, que se inserem no campo das investigações criminológicas, e, não jurídico-penais.

Consideraram-se fundadores da escola positiva Lombroso, Ferri e Garofalo. "A divisão do trabalho" diz Roberto Lyra (10), "colocou Lombroso no campo antropológico, Ferri, no campo sociológico e Garofalo no campo jurídico. Acentue-se que essa divisão ocorreu ao sabor das próprias posições individuais (Lombroso voltado para o estudo do homem delinquente e Ferri, principalmente, para a criminalidade como fato social). Note-se também, que a inclusão de Lombroso, numa escola-jurídico-penal, é típica da confusão positivística, pois Lombroso não foi jurista embora tenha sido, indiscutivelmente, figura importantíssima do terreno da Antropologia-Criminal, de que poderá, mesmo ser considerado o fundador.

Voltaremos a Lombroso, a Ferri e Garofalo, mas o trabalho propriamente jurídico, na escola positiva, nasce com Florian e, até certo ponto Puglia.

O entrelaçamento de clássicos e positivistas desencadeou (como era fatal) uma série de acomodações e ecléticos.

A "Terza Scuola" (Alimena, Carnevale, Impallomeni, Vaccaro) inaugurou essa fileira, combinando os ângulos principais de visão dos dois enderços em luta. Da mesma forma as escolas sociológicas francesa (Garraud) e alemã (Von Liszt).

Em 1889 a União Internacional de Direito Penal foi fundada por Von Liszt, Von Hamel e Prins e traçou os rumos de um positivismo crítico, que se pode compendiar nos termos da escola de política criminal (de larga influência nas legislações criminais posteriores, pelo seu cunho eclético): a) método positivo (das "ciências naturais") nas ciências penais e lógico-abstrato no Direito Criminal; b) indagação, tanto da culpa moral, como do estado perigoso; c) o delito como fenômeno natural e como ente jurídico; d) penas e medidas de segurança como duplo meio de defesa contra o crime" (11). Aliás, o Código Penal vigente no Brasil, é de confessado teor eclético.

Além das correntes de cunho filofonte, como o idealismo atualístico

40

(Gentile, Spirito) ou o humanismo (Lanza, Falchi) (12) e do pragmatismo (Saldana), que procura trazer para o Direito Penal o pragmatismo jurídico, inspirado em William James (13), o endereço mais expressivo (radicalmente oposto ao positivismo) é a chamada escola técnico-jurídica (Manzini, Rocco, Massari, Battaglia, Finzi); esta direção defende o método jurídico e o "enfoque" tipicamente normativo, eliminando a consideração do conteúdo nomotético (antropológico e sociológico-criminais do crime); assenta a responsabilidade, não no livre arbítrio (que afasta das suas cogitações, por ser matéria alheia ao jurídico), mas na normalidade e toma a pena, como reação jurídica, reservada aos imputáveis (rigidez bio-psíquica), com o provimento complementar da medida de segurança, para os não imputáveis.

O tecnicismo jurídico italiano sofre a influência da doutrina alemã, da qual se distingue, sobretudo, pela negação da investigação filosófica, reputando-a deslocada na ciência do Direito Penal. Mas é preciso notar que, depois de uma primeira fase positivística, a - filosófica, à Manzini ou Beling, voltam-se alguns técnicos-jurídicos para o velho jusnaturalismo, reintroduzindo, como fundamento da pena, a liberdade de querer (Maggiore, Petrocelli),... Resolve-se portanto o tecnicismo jurídico em um neo-classificismo dualístico (distinção entre imputáveis e não imputáveis), com ênfase na pureza metodológica: "O tecnicismo jurídico ^{na sua essência} uma nova metodologia, mas a que sempre foi seguida pelos que trabalharam a ciência jurídica. De forma que não vem a ser outra coisa senão a chamada do Direito Penal ao método próprio e comum de todas as disciplinas jurídicas. A verdadeira essência do movimento ^{constituiu} em restituir ao método jurídico-penal sua verdadeiro posição no âmbito da metodologia jurídica, geral, em reafirmar que a Ciência do Direito Penal é uma ciência jurídica igual às demais de estirpe idêntica" (Petrocelli).

No seio da polêmica entre clássicos (neo clássicos) e positivistas houve uma série de transações: o tecnicismo jurídico, por exemplo, não se manteve imune às infiltrações modernas, de inspiração positivista, como a ideia da perigosidade criminal, a sistematização das medidas de segurança, a consideração do criminoso como realidade social e humana, na economia do Direito Penal, o que lhe dá o seu colorido eclético apesar das restrições com que essas inovações são admitidas em sua doutrina" (14).

Mas as concessões não foram unilaterais. A partir da obra de Florian, o positivismo foi atenuando muito a rigidez de suas posições. Para comprovar o que grau atingem essas concessões, basta rever, com Altavilla, as reivindicações atuais (15). Ele afasta, com Rocco (técnico-jurídico), toda indagação sobre a liberdade de querer, deslocando a matéria do plano filosófico, para o terreno científico do estudo do mecanismo volutivo, embora, com Bettioli, assinala que a formação do ato da vontade é uma das questões fundamentais do Direito Penal. Faz profissão de fé "positivista" (no sentido de que o Direito não pode ser senão o positivo, pelo menos enquanto objeto de ciência do Direito Penal), com nota liberal de que a formalização das normas jurídico-penais e a limitação do juiz ao campo que elas

circunscrevem é essencial para evitar a arbitrariedade.

Concede mais: com Petrocelli, técnico jurídico, acentua que o estudo de cada delinqüente não pode estar compreendido na ciência jurídica, pois o objeto desta são coisas abstratas, figuras de crimes, categorias de delinquentes, e não cada fato, cada criminoso. Pede, portanto, que sejam utilizados pela norma penal (observação de lege ferenda) dados similares "de homens estudados naturalisticamente, para que, no momento da aplicação, a categoria se decomponha, e reapareça o indivíduo". No âmbito propriamente dogmático, Altavilla já sugerira o aproveitamento dos "órgãos respiratórios" da lei, inserindo no teor da ciência jurídica aqueles elementos, sobretudo criminológicos, "recebidos" ou não vedados pelo esquema normativo.

Diante da acomodação positivista às lindes dogmáticas, avulta, ainda mais expressivamente, a revisão geral de GRISPIGNI, que inclusive abandona o rótulo da Escola Positiva, para defender um "novo endereço técnico-científico".

É a esta contribuição que dedicaremos uma atenção especial, após breve referência à chamada escola socialista. Aqui, a pretensão é oferecer uma nova iluminação de todo o sistema jurídico penal, acentuando as determinações econômicas, mediante as quais o direito representaria a entronização dos interesses duma classe dominante, em detrimento de outra, desfavorecida. As críticas endereçadas ao ordenamento jurídico, sob tal ponto de vista, demonstram, certamente, que o direito não é imune à influência da estratificação social e que, em diferentes aspectos, ali se espelha uma garantia normativa da estrutura social assente. Esse ataque é estimulante, no sentido de que dirige a atenção para distorções e iniquidades e sugere a sua correção. Por outro lado, todavia, a crítica socialista não chegou a oferecer um remédio jurídico, enquanto alternativa, limitando-se - a) a reconduzir o problema criminal, em tese, às "bases" socio-econômicas, como se, com a troca do modo de produção, fizesse emergir uma sociedade sem crime; b) a contrastar, nos países que pretendem haver implantado o socialismo, esse "trânsito" para a sociedade ideal, com um sistema normativo autoritário, bastante violento, rígido, e sacrificando direitos e garantias individuais e, sobretudo, direitos humanos de inconformistas e grupos oprimidos; c) a enrigecer o teor normativo, num "trânsito" que não avança um passo para a sociedade ideal,

além de manter-se , teoricamente , num economicismo unilateral , que oblitera as contradições e reconduz todo o direito à "infraestrutura", como se ele não fosse senão um instrumento de dominação. É uma leitura unilateral dos fatos (17).

A construção de Grispigni respeita a distinção metodológica , entre a perspectiva normativa da ciência jurídica, e o ângulo causal-explicativo da Criminologia. Mantendo a proposta da unificação de sanções (pena e medida de segurança), aplicáveis , no pressuposto da prática de infração penal, volta , entretanto à "responsabilidade legal" do positivismo , na medida em que desliga sanção de culpabilidade , chegando ao paradoxo de , na preocupação subjetiva com o delinquente (individualização , exame de periculosidade), esquecer o ângulo subjetivo da responsabilidade , com dano para as garantias do mesmo sujeito (que , assim, está submetido à ameaça de restrições muito graves à liberdade , sem culpa correspondente- o que não lhes retira a índole aflitiva com só dar-lhes o nome de restrições assistenciais). As medidas de segurança , em todo caso, não são nada menos do que outras formas de exercício do poder coativo do Estado (José Fradeico Marques assinala isto, com toda pertinência).

Em síntese , no panorama das idéias e instituições penais , com todas as hesitações , avanços e recuos ali observáveis , com todas as contradições também, separando os remanescentes das escolas - neo-clássicos e neo-positivistas - , a contribuição válida de ambas as direções tende a buscar uma espécie de conciliação , que permanece sob o selo do ecletismo. Em termos gerais , como assinala CUELLO CALÓN, estão presentes as características do classicismo liberal e os complementos da prevenção especial. E isto se traduz , nota o autor espanhol, no reforço das garantias da pessoa , na afirmação do princípio da legalidade , da irretroatividade da lei penal e na vedação da analogia in malam partem, bem como no sentido de prevenção especial , isto é , de atenção às medidas de política criminal e política social, que evitariam o crime ou, diante dele, cuidariam da recuperação do criminoso(19).

A intimidade da sanção penal com os próprios princípios políticos , derivada em parte da sua força coativa mais intensa, traduz, por outro lado, a diversidade marcada pela visão de Quirós , entre Estados liberais e Estados autoritários. Nos primeiros , o rigor da punição volta-se para o crime comum e o caráter antisocial das condutas neste âmbito. Nos segundos , as categorias convencionais

da criminalidade socio-política é que atraem os rigores repressivos, tendendo a confundir oposição e ataque criminoso. Nos países autoritários, escreve Quiros, a força coativa da pena tende a reservar-se, com mais intensidade, para a "defesa implacável do poder constituído"(20).

De toda sorte, a política criminal e a política social continuam pedindo uma disciplina jurídica, para que se mantenha aquele equilíbrio entre as garantias individuais e um combate ao crime, pela prevenção especial, que não sacrifique, a título de "medida assistencial", aquelas mesmas garantias.

Notas

- 1) Tratado de Derecho Penal, I, p.32.
- 2) Filosofia do Direito, II, p.96.
- 3) Ver Machado Neto, Neutralidade Científica e Espírito Totalitário, Anais do 4º Congresso Nacional de Filosofia.
- 4) Cfr. Dei Delitti e Delle Pene.
- 5) Derecho Penal, I, p.44.
- 6) Ibidem.
- 7) O contrato social, falso como fato histórico, é instrumento de construção racional, que serviu ao liberalismo para combater o autoritarismo do ancien régime.
- 8) Ver, Roberto Lyra, Introdução do Estudo do Direito Criminal.
- 9) Ferri situava o Direito Criminal na Sociologia Criminal, como ramo desta.
- 10) ob. cit., passim.
- 11) Ibidem.
- 12) Ibidem.
- 13) Como assinala Anibal Bruno, o pragmatismo é variante do positivismo.
- 14) Anibal Bruno, Direito Penal, I,1,p.125.
- 15) Cfr. Revista Brasileira de Criminologia, jan-março 1948,p.7/14.
- 16) Roberto Lyra, ob cit.
- 17) Raymond Aron, Temas de Sociologia Contemporânea, passim.
- 18) Diritto Penale Italiano, I, p.IX ss.
- 19) Derecho Penal, I, p. 67.
- 20) Derecho Penal, passim.

(V)

Fundamentos da Teoria Geral do Direito Penal

Antes de mais nada , é preciso assentar em que consiste a Teoria Geral do Direito Penal, sublinhando a importância dessa ordem de estudos para as operações da Dogmática Jurídica.

Isto nos conduz , entretanto, à consideração da Teoria Geral do Direito, sem mais.

Examinando as relações entre a Ciência do Direito Penal e as disciplinas complementares desta , referimos a inegável influência da Teoria Geral do Direito , no âmbito das ciências jurídicas particulares. Todas estas disciplinas utilizam conceitos elaborados fora do seu trabalho comum, como instrumentos analíticos a ele destinados e que provêm , precisamente, da Teoria Geral do Direito.

Se procurarmos , na ordem histórica , as circunstâncias do aparecimento dessa Teoria Geral, veremos que ela surgiu com a pretensão de substituir a Filosofia Jurídica, ministrando os esquemas conceituais (generalizações , em regra , indutivas , obtidas à luz do material empírico existente nos diversos ordenamentos jurídicos) e fugindo , dessa maneira , à imposição de soluções prévias, de cunho filosófico, sobretudo jusnaturalista.

A Teoria Geral do Direito foi então concebida , por influência de juristas , sobretudo alemães , como BERGBOHM, MERKEL, BIERLING, como um conjunto de generalizações relativas aos fenômenos jurídicos. Estas generalizações seriam formuladas , segundo um procedimento indutivo, passando "da análise de uma série de fatos ou casos ao estabelecimento de um princípio geral"(1). Este, como formulação dos atributos comuns , aplicar-se-ia também aos fatos não investigados.

A crítica filosófica , porém, não tardou a apontar que a simples delimitação da esfera do jurídico já movimento um conceito prévio, ligado à especulação filosófica (2). Como indicar o material empírico, oferecido ao exame , para generalização , sem comprometer-se , previamente , com uma noção de Direito ou , mais amplamente , da "área da experiência jurídica" ? "As noções a cuja análise está consagrada a Filosofia Jurídica têm caráter apriorístico

e, por consequência, não podem ser definidas, mediante processo experimental"(3).

Subsistiu, então, a Teoria Geral do Direito como simples arranjo, abrangendo não só os aspectos filosóficos da ontologia jurídica - ou, seja, a apreensão da essência do direito- e da lógica jurídica - ou, seja, o elenco de conceitos jurídicos ditos puros, seu esclarecimento e sua análise(4), mas ainda o "material empírico buscado no conhecimento científico dos diferentes ordenamentos jurídicos, objeto da Dogmática ou Ciência do Direito em sentido estrito"(5).

É, repetimos, simples arranjo, para atender às finalidades práticas e introdutórias, esclarecendo o arcabouço de conceitos e princípios que o cientista do direito empregará, nas tarefas domésticas do seu mister.

Não é possível desenvolver qualquer atividade, no âmbito da Dogmática Jurídica, sem a introdução daqueles elementos conceituais - como norma jurídica, relação jurídica, direito objetivo, direito subjetivo e assim por diante - que pela Teoria Geral do Direito vêm considerados, no plano lógico-formal, assim como os dados de Enciclopédia Jurídica, isto é, "o estudo dos vários ramos do direito, em seu conceito, sua temática, sua fundamentação", acrescida de um capítulo "dedicado à conceituação da técnica jurídica, da teoria da interpretação, integração e aplicação(direito intertemporal e interestespatial"(6).

Nosso cometimento, aqui, não se refere, entretanto, à Teoria Geral do Direito, que tem como pressuposto, mas à Teoria Geral do Direito Penal, indicando os pontos em que ela assume fisionomia própria, sem contradizer o modelo geral, senão particularizando-o, a fim de servir à atividade científica do criminalista.

Antes de entrar propriamente na análise desta matéria, cumpre, entretanto, consignar a importância dos estudos que empreendemos nesse terreno. A sistematização adotada não tem, apenas, uma índole acadêmica, de teorização sem qualquer alcance nas tarefas práticas da Dogmática Jurídica. Já tivemos ocasião de citar CARNELUTTI, em passagem relativa às excelências da teoria jurídica(7), para o desempenho das tarefas elementares, quotidianas, profissionais. Sem aquela, o "prático" perde-se no labirinto do ordenamento jurídico. Ora, se a Dogmática ultrapassou o "infantilismo" - a expressão é

de BELLAVISTA (8)- da exegese sem construção , dos pedestri commenti (9), ascendendo à elaboração científica , a Teoria Geral viu acentuado, assim, e mais do que nunca , o relêvo de sua contribuição , pelo comando dos instrumentos conceituais em que a Dogmática mesma assenta.

Finalmente , uma observação importante. As generalizações teóricas aqui apresentadas são esquemas em que a lógica dos conceitos ditos puros é associada à acomodação do material empírico (ordenamento jurídico-penal concreto e , portanto, histórico-condicionado). Isto se deve , em parte , à especialização do nosso ponto de vista , preso ao objetivo de demarcar , no panorama , os aspectos peculiares ao Direito Penal. Todavia , em parte igualmente, a mescla advem da própria índole mista da Teoria Geral do Direito, donforme ficou estabelecido , no início destas considerações.

Isto posto, consideraremos a norma penal, enquanto espécie de norma jurídica , apresentando , como tal, a mesma estrutura lógica, inerente a qualquer norma que jurídica seja. Antes de dedicarmos uma atenção especial à peculiaridade da norma penal, cabe , todavia , relembrar, brevemente , os pontos de partida da Teoria Geral do Direito e , nesta , a corrente particular a que filiamos a nossa construção. Embora não nos alinhemos entre os discípulos fiéis de KELSEN , a cujas lições , entretanto, frequentemente recorreremos , partimos com ele dos princípios de causalidade e de imputação(10).

Na natureza , observamos fenômenos , ligados uns aos outros, como causa e efeito(princípio de causalidade). A sociedade , entretanto, representa uma ordem reguladora da conduta do homem, que não se pode chamar de natural, mas construída , segundo valores polarizados e vertidos em normas , não para verificar , mas para reger a conduta (portanto, não espontânea) do homem. Decerto, é possível ver os fenômenos sociais como fatos e procurar as "causas" da emergência das diferentes ordens reguladoras da conduta humana social. Isto , aliás , é feito pela Sociologia, ciência nomotética , ocupada com a verificação dos fenômenos , tal qual eles se manifestam. Seja ela naturalista e determinista , seja culturalista e "compreensiva" (verstehendes Soziologie) , o seu caminho é o do princípios de causalidade , embora , eventualmente , temperado por uma compreensão mostrando a flexibilidade , a capacidade de iniciativa e reorientação dos sujeitos, de modo a rejeitar uma causalidade seca(12).

Ora , KELSEN observa que , no atinente à conduta humana , referimos comportamentos recíprocos , ente sujeitos , não somente

segundo uma feição causal , mas inclusive de acordo com outro princípio - o de imputação. Mediante este , separam-se as leis causais (de constatação) e as leis , no sentido próprio , normativo, que não se limitam a constatar condutas , mas estabelecem padrões coercíveis , destinados a regê-las. A lei causal é um juízo que exprime relações necessárias observadas entre os fenômenos , tal qual efetivamente e espontaneamente ocorrem. Na ordem normativa e , portanto, na ordem jurídica também, observa-se o princípio de imputação. As normas conservam a sua obrigatoriedade , mesmo quando a conduta , que visam a reger, não obedece ao precrito. Constituem um dever ser (sein sollen) , de maneira que a índole especial das normas se exprime na oposição das fórmulas - dado a , será . b(causalidade) e dado a deve ser b (imputação). A lei causal observa , verifica e exprime a relação constante de sucessão de fenômenos. A norma (inclusive a jurídica, obviamente) prescreve que algo aconteça.

O crime , nota KELSEN, não é "causa" da sanção; a sanção não é o "efeito" do ato ilícito. A relação que medeia entre os dois resulta de uma norma que prescreveu determinada conduta. Um ato ilícito é seguido por uma sanção, porque uma norma , criada por um ato jurídico, prescreve a aplicação de uma sanção quando se praticar o ato ilícito. Na relação de causalidade , o efeito não segue a causa porque assim esteja prescrito. O efeito ocorre espontaneamente , sem a interferência de um ato criador (normativo) que o exige.

As prescrições normativas são descritas pela Ciência do Direito (que é , por isso mesmo, uma ciência) , conforme certas proposições jurídicas (Rechtssatze) elaboradas , a fim de condensar, sistematicamente, aquela descrição. As normas , que constituem objeto da ciência (normativa por isto) , é que estabelecem a sanção que deve seguir-se ao comportamento ilícito. A Ciência do Direito, como lembra KELSEN , não pretende dar uma explicação causal das condutas humanas às quais se aplicam as normas jurídicas; seu papel é somente descrever as normas e as relações que delas se derivam. As regras ou proposições da Ciência do Direito são apenas o instrumento , mediante o qual ela descreve o seu objeto, constituído pelas normas , tomadas em seu conteúdo prescritivo, independentemente das "causas" por que tais normas aparecem (ditas "causas" são objeto da Sociologia Jurídica).

Dai resulta, segundo KELSEN, que a regra Direito não é imperativo, mas um juízo hipotético, enquanto que a norma jurídica tem a forma imperativa, pois a função dos órgãos legislativos, judiciais ou administrativos, que criam e aplicam as normas jurídicas não é conhecer normas, porém autorizar ou prescrever uma conduta. KELSEN assinala que a prescrição contida na norma é um imperativo, no sentido figurado, esclarecendo que se trata de um imperativo "despsicologizado", porque se emprega uma abstração. São palavras de KELSEN: "Esta idéia de que a força obrigatória emana, não de um ser humano mandante, mas de um comando impessoal e anônimo é expressa nas famosas palavras: non sub homine, sed sub lege. O comando impessoal é precisamente a norma.

O Direito é, pois, um sistema de normas; e a regra do direito, formulada pela ciência jurídica, não é uma repetição supérflua da norma. KELSEN compara-a com a ação de um pianista, executando uma sonata, lembrando que ele desenvolve uma atividade criadora embora totalmente diversa da do compositor. "Dizemos que ele interpreta a Sonata; esta é exatamente a tarefa do jurista, com relação à obra do legislador".

A norma jurídica não se confunde com a regra técnica, a simples "prescrição de meios idôneos para lograr um fim" (13), nem com a norma ética, pois esta caracteriza-se pela autonomia (reconhecimento de um imperativo criado pela própria consciência) e movimenta uma sanção individual (e.g., o arrependimento) ou social difusa (e.g., o desprezo público), enquanto a norma jurídica se caracteriza pela heteronomia (sujeição a um querer alheio) e movimenta uma sanção social organizada, isto é, aplicada por órgãos determinados, segundo regras definidas (14).

Importa salientar, ainda, que a norma jurídica se divide em primária e secundária. Na primeira, exprime-se que, dada certa conduta, deve ser um ato coativo - dado não prestação, deve ser sanção. Na segunda, exprime-se a conduta (dever jurídico) que evitaria a sanção: dado fato temporal-suposto normativo, deve ser a prestação.

Paralelamente, a ciência do direito formula regras de direito primárias e secundárias, embora as secundárias resultem supérfluas, porque supõe as primárias, sem as quais não teriam qualquer significação jurídica: "a regra de direito primária contém todos os elementos necessários para a descrição da norma jurídica completa", em que o dever jurídico emerge, a contrário sensu; "a conduta oposta àquela que, como ato antejurídico, é condição da sanção, constitui o dever jurídico". O ato ilícito é a conduta contrária à prescrita pela norma (dever jurídico) ou obstando à permissão que a norma estabelece (no caso da norma permissiva). Aliás, mesmo quando a norma é simplesmente permissiva, ela não perde, com isso, a sua imperatividade. O direito que ela atribui, a alguém, vale contra os demais. Assim, e.g., nos recursos voluntários, (que podem ou não, ser manifestados. Não se

poderá, entretanto, impedir a manifestação. "O fato ilícito é o oposto a uma conduta obrigatória e há uma obrigação jurídica de abster-se de todo ato ilícito." Esse aspecto está, ademais, vinculado a uma característica da norma jurídica - da sua bilateralidade. A norma jurídica não é, apenas, um dever que tem um sujeito, mas um dever em relação a outro sujeito, que tem a faculdade de exigir-lhe a prestação (15) : dado fato temporal, deve ser alguém obrigado face a alguém prestador - núcleo do direito subjetivo.

Diante desse esquema geral, cumpre, agora, indagar, haverá uma característica peculiar à norma penal, enquanto distintas das demais normas jurídicas? É, sendo a resposta afirmativa, onde reside tal elemento: no preceito e na sanção?

A ordem de fazer ou não fazer, contida na norma penal, integra o seu preceito (praeceptum) e a consequência da não-prestação corresponde à sanção, "consequência jurídica que o descumprimento de um dever produz em relação ao obrigado" (16).

Em geral, confunde-se a questão da autonomia e originalidade do direito penal com o de sua essência, enquanto conjunto de normas pretensamente diverso dos demais preceitos jurídicos.

Vejamos, por parte, os dois problemas.

Em primeiro lugar, parece assente a autonomia e originalidade do preceito penal. Dizem uns (Asúa, Grippigni, etc) que o preceito penal limita-se a reforçar os preceitos dos demais ramos do direito; outros contestam esse ponto de vista. Roberto Lyra resume os argumentos em prol da segunda corrente: "quando sanciona preceitos, depois encerrados, mutatis mutandis, noutras normas jurídicas, a norma penal seleciona-as, livremente, pela importância que lhes quer atribuir, desprezando, do plano, os que não merecem a suprema dignidade do ilícito penal e, mesmo assim, submetendo-os, a seu juízo, afeiçoando-os, adaptando-os, amoldando-os, conferindo-lhes fundo, forma, sentido especiais que se ajustem a meios, fins, critérios, consequências ^{incomparáveis} incorporáveis, como são os de Direito Penal" (17). Exemplifica: o conceito de funcionário público (art. 327 do Código Penal) não coincide com o de Direito Administrativo; "o art. 135 do Código Penal Brasileiro é privativo do Direito Criminal" (18). Roberto Lyra reconhece apenas "relações" entre as normas penais e as outras normas jurídicas, embora, as vezes, íntimas e constantes. (19)

Uma coisa é, porém, reconhecer que preceito penal tem ^{constitutivo} força constitativa, não sendo meio reforço de outras preceituações extra-penais; outra, diversa - que, aqui, veremos em segundo lugar - é atribuir ao preceito penal u'a natureza, uma essência diversa da que revelam as demais normas jurídicas. Nenhuma ilicitude é, em si, penal, de tal sorte que o legislador, ao defini-la, esteja, ipso facto, preceituando em matéria penal. Muitas condutas, que os povos mais antigos, consideravam crimes são, hoje ilícitos civis na maior parte das legislações contemporâneas e fatos, dantes penalmente irrelevantes, não raras passam a integrar o elenco das infrações (20).

UNB - BIBLIOTECA CENTRAL

O ilícito penal e o civil são apenas categorias empíricas, em que se especifica o conceito jurídico puro do ilícito ou não-prestação"(21).

Se , portanto, em que pese a autonomia constitutiva dos preceitos penais , não há distinção ontológica entre o que constitui a matéria de sua preceituação e o que é regulado por outros ramos do direito, as normas penais , que têm , por outro lado , a estrutura lógica de toda norma jurídica , distinguir-se-iam das demais pela sanção ?

GRISPIGNI, entre outros , entende que sim , definindo , inclusive , o Direito Penal Objetivo como aquele complexo de normas que , pela violação do preceito, movimentam , como consequência , uma pena (sanção criminal). A sanção criminal seria , então, o critério distintivo(22).

Para analisar melhor esta posição , vejamos como GRISPIGNI divide as sanções, pela sua natureza. Há dois grupos fundamentais: as sanções executivas e as punitivas. Asexecutivas são aquelas que coincidem com a prestação que é objeto do preceito(dever jurídico) e compreendem:a) impedimento à força da ação contrária ao preceito; b) constrangimento ao cumprimento do preceito; c) reposição do statu quo ante; d) ressarcimento com prestação de um equivalente(23). A modalidade sub a não seria propriamente uma sanção , mas o impedimento da conduta a que ela deveria seguir. Sub b , temos o que GARCÍA MAYNEZ denomina "execução forçosa". Sub c , estaria , e.g., a devolução. Sub d , vemos o tipo de sanção que , no esquema de MAYNEZ , aparece como indenização, sendo que, nesta, GRISPIGNI inclui a chamada pena civil.

As sanções punitivas corresponderiam ao que MAYNEZ denomina castigo; porém elas surgem , na construção de GRISPIGNI, com aspecto peculiar . De forma geral, note-se que, nas sanções executivas , o preceito encontra sua atuação, seja pela execução forçosa , seja por outro meio, como o ressarcimento, ~~seja~~ com a indenização correspondente ao dano produzido. Já nas sanções punitivas , não se encontra a execução efetiva do preceito, diretamente ou por equivalência , sendo estas , ao revés , o que o próprio GRISPIGNI denomina uma reafirmação ideal, moral, simbólica do preceito mesmo. Por outro lado, nas sanções punitivas entram em linha de conta , mais acentuadamente, as causas psíquicas da violação do preceito, isto é , estão ligadas ao elemento subjetivo , tanto quanto ao elemento objetivo do ilícito.

Dentre as sanções punitivas, GRISPIGNI distingue as administrativas e as criminais, caracterizando-se estas últimas por serem impostas por um órgão da jurisdição. Observa-se, com o próprio GRISPIGNI, que esta última característica, extrínseca e formal, adquire relevo no Estado moderno, enquanto a autonomia do Direito Penal é marcada pela divisão dos poderes, na imposição da sanção, pela jurisdição. Ademais, acrescenta-se que, assim como as penas, as medidas de segurança constituem sanções criminais, enquanto diminuição de um ou mais bens jurídicos, imposta judicialmente.

A distinção grispigniana entre a sanção administrativa e a sanção penal, entretanto, não é de lógica jurídica, mas de consideração empírica, histórico-condicionada, pois vem do que ele próprio chama de Estado moderno. Por outro lado, há sanções punitivas civis, aplicáveis jurisdicionalmente - ex. art. 395 do Código Civil - que só se separam das sanções penais pela situação na órbita do Direito Privado.

Em síntese, como notou MANZINI, após uma resenha dos diferentes critérios propostos para distinção entre os ilícitos civil e penal e as respectivas sanções, chega à conclusão de que são, todos, insatisfatórios(26). A proposta de MANZINI envolve uma distinção entre interesse privado e interesse público - que, além de não se estender, como critério distintivo, à outras órbitas, não jurídico-penais do Direito Público - tem um nítido sabor, também, de circunstâncias históricas e conveniências e valores, dentro de certas concepções de Estado (27) e do Direito Penal da culpa (28).

Se quiséssemos, portanto, restringir o exame à pura análise lógico-formal, não poderíamos demarcar, com nitidez, o que se entenderia por "norma penal", enquanto peculiar a um determinado ramo do direito, ora em consideração. A verdade é que todos os aspectos de especificação permanecem aproximativos e histórico-condicionados, porque o conteúdo do Direito Penal mesmo é oscilante. Dentro desta perspectiva e com essas ressalvas, é que temos de admitir as definições de Direito Penal que dão GRISPIGNI e, mais tecnicamente, VANINI, com as quais fecharemos, adiante, as considerações deste capítulo.

Cabe, porém, examinar ainda o que certos criminalistas denominam normas penais perfeitas e imperfeitas, conforme venham providas de ambos seus elementos (preceito e sanção) ou falte um deles. Existe, aqui, um equívoco: a confusão entre norma e artigo de lei.

muitas vezes , o preceito e a sanção encontram-se em dispositivos legais diversos, que , reunidos , então, sim, compoem a norma jurídica , em sua inteireza. O dever da testemunha de dizer a verdade tem assento no Direito Processual, enquanto , no Direito Penal é sancionado o falso testemunho. Mais evidente , ainda , é o caso das normas da parte geral do Código Penal , que constituem , a rigor , parte de normas , na medida em que se articulam com os diferentes tipos , a fim de comporem os delitos em espécie. Assim, por exemplo, o homicídio não compreende apenas os elementos subjetivos e objetivos delineados no art.121, mas todos os elementos complementares que na parte geral se encontram, em artigos de lei que compõem a norma jurídica. A distribuição em artigos da parte geral não gera normas "imperfeitas", mas elementos comuns que se integram ,no aplicável, a cada delito em espécie e que apenas ali são dados genericamente , para evitar a repetição, a propósito de cada um deles. É sabido que a parte geral dos códigos penais aparece com a transposição de elementos , dantes referidos aos crimes em espécie , notadamente o homicídio (questões de causalidade e outras que , depois , foram equacionadas em termos gerais). (29).

O conjunto das normas jurídicas que regulam a vida de um povo, num dado momento histórico, forma o ordenamento jurídico ou Direito Objetivo. Dentro dele , as normas mantêm relações de recíproca influência , de sorte que não é possível sequer considerar isoladamente as normas de cada setor , sem uma visão de conjunto, que se arma como estudo lógico-formal. Está este subordinado (30) ao princípio de não contradição, enquanto se há de procurar a coerência intra-sistemática(31).

As normas guardam, ademais , um vínculo inclusive hierárquico, dentro do ordenamento (32), formando o que KELSEN visualizou como uma pirâmide , desde o ápice constitucional , através da fundamentações e derivações que conduzem , pelas leis , regulamentos , decretos , contratos , sentenças , atos administrativos , à suprema individualização in casu. A própria constituição vem de outra e assim sucessivamente , ressalvadas as rupturas de movimentos revolucionários. KELSEN tende a identificar a relação de validade e eficácia das normas à relação entre "direito" e força. Isto pode ser admitido apenas do ponto de vista da ordenação positiva, isto é, do direito tal qual se apresenta. A questão da legitimidade substantial permanece ab extra, com não menor importância , tal qual

demonstrava HELLER. Isto porém se resolve num âmbito jurídico-político, e não na intimidade do trabalho técnico-científico, ante o Direito Positivo.

No ordenamento jurídico brasileiro, as normas penais derivam-se do núcleo constitucional, com âmbito federal. Assim é formado o Direito Penal positivo, subordinado, constitucionalmente, ao princípio da legalidade, com o que se apresenta como um "tecido descontínuo de ilicitudes" (33), em tipos penais especialmente definidos.

O Direito Penal Objetivo, assim formado, conserva também um perfil subjetivo. Nas normas, estabelecem-se deveres jurídicos, a cujo comando se apõe uma sanção, para o caso de não serem eles respeitados. Partindo daí, KELSEN assinala que os direitos subjetivos propriamente não existem, pois eles não passam, em última análise, de faculdades atribuídas aos sujeitos pela norma e, desta maneira, redonduzem-se ao Direito Objetivo mesmo. MAYNEZ pondera que tal raciocínio é equivalente àquêle que sustentasse que o filho propriamente não existe, porque não aparece, senão na medida em que é previamente gerado pelo pai... (34). Por outro lado, uma identificação entre direito subjetivo e ação é também falsa: "há casos em que a ação existe, sem que haja o direito material. Por isso, afirmam os processualistas que o direito de ação é um direito autônomo" (35).

Ora identificação com a vontade reconhecida pela ordem jurídica (WINDSCHEID), ora equiparado ao interesse juridicamente protegido (IHERING), ora tomado como uma combinação desses dois elementos (JELLINEK), o direito subjetivo constitui uma noção muito discutida. Parece mais correto entendê-lo simplesmente como faculdade, derivada de uma norma, que tem a pessoa, de fazer ou omitir algo (36).

Na relação jurídica, o direito subjetivo se põe precisamente, na medida em que ela exprime vínculo entre pessoas, segundo o qual uma delas pode pretender alguma coisa a que a outra é obrigada (37).

Transportando essas noções para a esfera penal, veremos que, do direito penal objetivo, emergem, referidos aos sujeitos de direito (pessoas que têm a capacidade de manifestar pretensões), direitos subjetivos, deveres jurídicos e relações jurídico-penais.

O ordenamento jurídico põe os sujeitos, a ele submetidos,

numa relação que decorre da bilateralidade das normas. Na esfera penal, o dever jurídico de abster-se do delito, enquanto dever de natureza pública, cria o que GRISPIGNI denominou uma obrigação passivamente universal. Deriva-se daí o poder de pretender a abstenção da ação vedada, que se manifesta pela dupla referibilidade subjetiva: em relação ao titular do bem ou interesse que sofreria o dano ou perigo decorrente da infração e, também, ao próprio Estado, enquanto a este incumbe (poder-dever) a tutela do ordenamento. O titular do direito, na relação jurídico-penal, é sempre o Estado, embora apareça, como ofendido, o titular do bem ou interesse jurídico imediatamente ofendido (38).

Num momento posterior à prática da infração, a mesma relação jurídica se apresenta, em função da aplicabilidade da sanção. Do ilícito penal, emerge o direito público subjetivo do Estado de punir - exigência de que o autor da infração se submeta à diminuição de bens jurídicos determinada pelos órgãos da jurisdição penal, nos limites fixados pelo direito objetivo.⁽³⁹⁾ A relação jurídica punitiva estabelece-se, então, entre o Estado e o autor ou autores do delito (40). O conteúdo da relação punitiva é o poder do Estado de infligir a sanção (a rigor, um poder-dever, pois o Estado tem decerto o dever de exercitar o poder punitivo) e a correspondente obrigação do réu de submeter-se a ela. A relação punitiva, em última análise, não é mais do que um complexo de direito e dever contrapostos. De um lado, cumpre a quem manteve a conduta o dever de submeter-se às suas consequências jurídicas; de outro lado, ao Estado incumbe promover a aplicação daquelas consequências. A relação punitiva representa, portanto, o direito do Estado de aplicar os meios defensivos previstos em lei e o direito do delinquentes de submeter-se apenas às restrições legais. Aquelles meios defensivos compreendem as penas e as medidas de segurança, que, como formas do poder coativo do Estado, só podem ser aplicadas jurisdicionalmente (coação indireta), num Estado de Direito. E a coação é indireta porque o Estado há de manifestar em juízo a sua pretensão punitiva. Esta nasce com o delito, mas a sua "realizabilidade concreta" (GRISPIGNI) decorre apenas da sentença condenatória definitiva. A ação pode ser intentada, como vimos, sem que haja o direito "material" correspondente. Não é a prática da infração penal que justifica o processo, "uma vez que ele é chamado a decidir sobre ela e o processo não perde a sua razão de ser, mesmo que a suspeita desa-

pareça no curso dele , impondo a absolvição"(RADBRUCH). O órgão jurisdicional pode , inclusive , repelir a pretensão manifestada , embora admita a possibilidade da existência duma pretensão fundada no direito de punir. É o caso, por exemplo, da absolvição pela dúvida.

Se ocorre um ilícito penal , este fato "histórico" determinado, deve corresponder ao esquema normativo - hipótese de fato, legalmente prevista , para que se lhe atribuem as consequências jurídico-penais. Este esclarecimento é indispensável, pois a doutrina penal, muitas vezes , se refere , indiferentemente , ao fato, ora com referência à descrição legal, ora com referência à sua concretização temporal. Esta última ganha relêvo , no processo, mediante o qual os esquemas normativos dinamizam-se e enfrentam a trama complexa da vida , buscando o juízo de correspondência entre a previsão (legal) e a visão(judicial) , para que se estabeleça a existência in concreto da "não prestação" e se atualize o poder-dever de impor a sanção.

Os fatos jurídico-penais não diferem , na essência , dos fatos jurídicos em geral , assim como vêm estudados na Teoria Geral do Direito. A norma é , sempre , uma hipótese , formulada em abstrato, para que sirva de ponto de referência , marcando a incidência sobre a conduta de alguém, com a manifestação do fato temporal. A hipótese normativa constitui, portanto, o que se chama de suposto jurídico.

Um fato natural torna-se jurídico , na medida em que há correspondência com a norma jurídica , a ele enlaçando uma consequência de direito. Fatos jurídicos penais podem ser: a) fatos jurídicos em sentido estrito; b) atos jurídicos lícitos ou ilícitos, desdobrando-se estes em negócios jurídicos , atos semelhantes aos negócios jurídicos e atos reais(41).

Os fatos jurídicos em sentido estrito são eventos naturais a que se atribuem consequências jurídicas (decorso do tempo, por exemplo). Os atos jurídicos são fatos humanos voluntários. São negócios jurídicos aqueles que envolvem a manifestação da vontade de produzir consequências jurídicas (o perdão expresso do ofendido, nos crimes de ação privada , por exemplo). São atos semelhantes aos negócios jurídicos aqueles que envolvem a manifestação da vontade , sem o objetivo direto de produção de efeitos jurídicos (tal como a conduta consistente no perdão do ofendido , desencadeando efeitos não diretamente visados:art.107,§1º, do C.P.).

São atos reais os comportamentos voluntários, dirigidos à produção de evento natural, aos qual, entretanto, o ordenamento jurídico enlaça um peculiar efeito (a retomada da vida em comum dos cônjuges, por exemplo, após o conhecimento do adultério - o que representa perdão tácito, obstando a propositura da ação penal).

De tudo se conclui, afinal, que o Direito Penal, como "complexo de normas jurídico-estatais que regulam o poder do Estado de exigir a abstenção do delito e o conseqüente poder de infligir a sanção aos violadores do dever de abstenção" (42), no dizer de GRISPIGNI, fica melhor e mais precisamente qualificado, como queria VANINI, enquanto "complexo de normas que estabelecem as condições gerais e especiais a que está subordinado o nascimento, modificação ou extinção da pretensão punitiva".

Notas

- 1) GARCÍA MAYNEZ, Introducción al Estudio del Derecho, p. 121.
- 2) RECASÉNS, Filosofia del Derecho.
- 3) MAYNEZ, ob. cit., p. 123.
- 4) RECASÉNS, ob. cit.
- 5) MACHADO NETO, Introdução à Teoria Geral do Direito, I, p. 7.
- 6) Ibidem.
- 7) Estudo in Discorsi intorno al Diritto.
- 8) Studi sul Processo Penale, p. 87.
- 9) Ibidem.
- 10) Toda a exposição kelseniana utilizou, principalmente, as seguintes obras: Teoria Pura del Derecho, Teoria General del Derecho y del Estado, além das conferências de Buenos Aires, in: KELSEN-COSSIO, Problemas Escojidos de la Teoria Pura del Derecho.
- 11) Ver o cap. 1º.
- 12) MACHADO NETO, Introdução à Ciência do Direito, II, p. 97.
- 13) MAYNEZ, ob. cit., p. 11.
- 14) A sanção social difusa ou organizada é referida segundo o esquema de DURKHEIM.
- 15) Sobre a bilateralidade, ver MACHADO NETO, ob. cit (nota 12).
- 16) MAYNEZ, ob. cit., p. 193.
- 17) ROBERTO LYRA, Introdução ao Estudo do Direito Criminal, p. 193.
- 18) Ibidem.
- 19) ASÚA, Tratado de Derecho Penal.
- 20) A passagem entre ilicitudes do campo civil ao penal e vice-versa não atende à "lei" durkheimiana penal-civil, não confirmada pelos fatos.

- 21)MACHADO NETO, ob. cit.,p.93.
 - 22)Diritto Penale Italiano , p.93.
 - 23)Ob., vol.cits. p.118.
 - 24)Ob, vol.cits., p.301.
 - 25)JOSÉ FREDERICO MARQUES , Curso de Direito Penal, vol.3.
 - 26)Diritto Penale Italiano, I,p.160.
 - 27)Mesmo o critério da sanção mais enérgica há de ser tomado com um grão de sal. Basta lembrar, a propósito, a prisão civil.
 - 28)MANZINI, loc.cit.
 - 29)GRISPIGNI, ob. cit., v.II, p. 10.
 - 30)MACHADO NETO, Introdução cit., vol. I.
 - 31)Ibidem
 - 32)KELSEN, obs.cits.
 - 33)SOLER , Derecho Penal Argentino.
 - 34)Ob.cit. , p. 195.
 - 35)Ibidem.
 - 36)Ob.cit. p.194.
 - 37)Cfr. **DEL VECCHIO** , Filosofia do Direito.
 - 38)GRISPIGNI, ob.vol.cits. p. 285.
 - 39)Cf Ibidem
 - 40)Mesmo na ação privada , ocorre a relação direta com o Estado.
- Ver , a respeito, ROBERTO LYRA FILHO, Esquemas de Direito Processual Penal.
- 41) Ob. e vol. cits(GRISPIGNI),p.303.
 - 42) Ob, vol.cits. p. 304.

Fontes e Interpretação do Direito Penal

As normas penais, como vimos, estabelecem as condições gerais e especiais a que estão subordinadas o nascimento, a modificação ou a extinção da pretensão punitiva. Constituem, no seu conjunto o Direito Penal Objetivo, dividido em comum e especial, conforme incida sobre as pessoas e infrações em geral ou se restrinja a certas pessoas ou infrações (especialização intuitu personae ou ratione materiae).

Como se integra o ordenamento jurídico penal? A resposta a esta pergunta refere-se ao problema das fontes do Direito Penal. Chamam-se fontes do Direito Penal o modo de origem e as formas de manifestação das normas que, no seu complexo, o integram (RANIERI).

Usualmente distinguem-se as fontes ditas materiais, (ou substanciais) das chamadas fontes formais. As primeiras, na expressão de MANZINI, entendem-se como as causas que produzem o Direito Penal, isto é, a chamada atividade universal de espírito, relativa àqueles fatos e relações da vida social que reclamam disciplina jurídica (1). O mesmo autor saliente (2), com F. COSTA, que os legisladores realizam, apenas, uma seleção do material jurídico proporcionado pela conduta humana real. Mas este material é, não propriamente jurídico, e, sim, pré-jurídico, de vez que o momento de aquisição da juridicidade coincide com a aquisição do elemento formal (3). Fonte formal é conceito ligado à objetivação e determinação exterior e positiva dos princípios e das normas jurídicas.

A única fonte do Direito, em última análise, é a manifestação da vontade soberana, produtora do Direito Objetivo. Dêste inclusive (vêde o cap. anterior), emanam as faculdades jurídicas.

Haverá, certamente, o que se denomina princípios de pré-constituição, que orientam a formação do Direito Positivo na maior parte dos Estados ditos civilizados - ou a que esse Direito Positivo faz remissão implícita ou expressa (vêde o cap. 2). Mas tais princípios são menos lógicos-jurídicos do que aquisições culturais e, portanto, histórico-condicionadas.

Afastamos, aqui, o problema de um Direito Natural, anterior e superior ao ordenamento jurídico-positivo, pois ele não se insere, diretamente, na tarefa do cientista do Direito, enquanto tal. A função dêste é descritiva e, não, crítica. Ele interpreta e constrói um direito dado, sem prejuízo, é claro das interferências que a expressa ou implícita remissão do próprio ordenamento pode fazer (e, não raro faz - vêde cap. 8) a uma ordem estranha ao estrito âmbito positivo do Direito. Essas remissões, entretanto, não destroem a autonomia da ordem positiva, em seu plano específico, eis que, para se introduzirem no seu contexto, dependem da chamada, feito pelo próprio ordenamento. Noutra sentido (vêde o cap. 2), de

uma organização jurídico-positiva, em contraste com elementos jusnaturalísticos a ela rebe~~des~~ -, poderá ocorrer, não uma atividade jurídico-científica, porém atividade política, voltada para a reforma do ordenamento pôsto.

Entre os chamados princípios de pré-constituição, que participam da "atmosfera cultural" onde nasce o Direito, dentro de uma relatividade histórico-condicionada de elementos pertinentes ao sistema de "crenças" e "vigências" so^{ci}ais, cita-se, em primeira linha, dentro de nossos padrões liber^{ais} e democráticos, o princípio de certeza e precisão. As normas deveriam se^{er} estabelecidas de formas precisas, em vista de fatos futuros e, não, passados ou presentes (nullum crimen, nulla poena sine lege). Os preceitos, redigidos de forma a circunscrever, nitidamente, o que é subtraído à liberdade individual e o que permanece livre, ensejariam o encontro de uma orientação segura para a conduta. Só excepcionalmente poderia ocorrer, no Direito Penal Objetivo, uma relativa imprecisão, na hipótese, e.g., do costume integrante.

Re^{re}peita-se, entretanto, que os princípios de pré-constituição, como garan^{ti}as políticas, não são inerentes ao Direito Penal, enquanto tal (pode haver, como houve, e há, ordenamentos jurídicos-penais que os desprezam), e, sim, decorrências de uma tábua de valores, a que aderimos, embora conscientes de sua natureza histórico-condicionada.

Em térmos gerais, as fontes do Direito Penal podem ser consideradas: a) sob o ponto de vista do sujeito que dita as normas; b) sob o ponto de vista das formas que elas podem assumir na sua manifestação concreta. No primeiro caso, dizem-se fontes de produção; no segundo, fontes de cognição.

A fonte de produção das normas é, essencialmente, "a vontade soberana que o gera, do modo porque o Estado considera, conforme os interesses, necessidades, sentimentos e idéias da época" (4). Fonte de produção é, a sim, o Estado mesmo.

Tratando-se de normas individuais (vêde o cap. 5), a fundamentação e derivação, em tema penal, nos seus aspectos material e formal, não difere do mecanismo estudado em Teoria Geral do Direito (5). Para nós, ganha peculiar relêvo, a êsse respeito, entretanto, o princípio da reserva legal (nullum crimen, poena sine lege); este, aliás, é encarado sob três aspectos: enquanto vedação da retroatividade (vêde o cap. 7), enquanto proibição de analogia (vêde adiante), aplicação analógica e enquanto óbice à admissão do costume como fonte imediata de cognição (vêde adiante).

Já ^{tivemos} vimos ocasiões de assinalar as circunstâncias históricas em que este princípio teve consagração institucional, bem com os precedentes, que ascendem ao Direito Romano (6), sem, contudo, a amplitude que ganha, posteriormente, com a pregação de BECCARIA, a vinculação, sobretudo em FEUERBACH, à doutrina da intimidação e, de uma forma geral, o pensamento jurídico-político, que é antecedente ideológico da revolução francesa. Aliás, o princípio ^{já} fora acolhido, na antecipação luminosa da Declaração de Filadélfia (1774).

IBRAN BIBLIOTECA CENTRAL

O nullum crimen, nulla poena sine lege, enquanto princípio de pré-constituição, não é, reiteramos, um princípio inerente a todo o qualquer Direito Penal dado, aparecendo, em geral, como garantia política, nos Estados Democráticos. Todavia, em que pese ser característica de Estados autoritários a supressão do princípio, cita-se o exemplo da Dinamarca, ponderando, entretanto, Nelson Hungria, que, no caso, se trata, não propriamente de admissão da analogia e, sim, de interpretação extensiva por fora de compreensão (7).

De qualquer sorte, o princípio de legalidade é, mais propriamente, político-liberal do que jurídico-penal.

Além das fontes de produção, temos as de cognição, subdivididas em imediatas e mediatas, segundo venham dotadas da força obrigatória própria do Direito Objetivo ou a adquiram porque a fonte imediata as reconhece como elemento subsidiário do Direito Objetivo mesmo (8). Em síntese, as fontes imediatas do Direito Penal Objetivo são as que emanam, diretamente, do Estado: as leis penais. São fontes mediatas as que, em si, não têm caráter jurídico-normativo (não constituem normas penais), mas as que as normas penais, expressa ou implicitamente, se reportam; e, ainda, as que, pertencendo a outro ramo do Direito, são chamadas, de forma implícita ou expressa pelas normas penais, e vêm, portanto, integrar o ordenamento jurídico-penal.

Os costumes e as convenções, tratados a regras de Direito Internacional constituem fontes mediatas do Direito Penal Objetivo (vêde o art. 4º do C.P.). Também são fontes mediatas as regras de Direito interno estrangeiro que, eventualmente, constituem objetivo de recepção pelas normas penais nacionais (e.g. vêde o art. 5º, § 2º, a e b do C.P.).

Distinguem-se, geralmente, os costumes dos usos e precedentes. O precedente, fato singular, com a reiteração, transforma-se em uso. O costume distingue-se do uso porque se reveste de um elemento psíquico, dado pela consciência de obrigatoriedade da conduta. Assim, é impossível definir-se o costume como norma que resulta da constante uniformidade de um certo modo de agir e da convicção de que tal comportamento seja juridicamente obrigatório (9). Não se trata, aqui, da presunção de necessidade (opinio necessitatis) ou da convivência: a norma consuetudinária caracteriza-se pela consciência da obrigatoriedade, na medida em que o Estado reconhece valor jurídico à regra de conduta em questão (10) e difere da norma legislativa, por ser, nela, menor o elemento de certeza e determinação, importando, quase sempre, numa investigação preliminar sobre a sua existência e ^{constituição} ~~constituição~~ (11). Em qualquer caso, é menos rígida que a lei pode ser abandonada (desuso) ou modificada pelo mesmo processo de sua formação, sem a necessidade de formalidades exteriores (12).

O costume, em si, não tem o caráter de fonte do Direito; adquire-o, enquanto a lei, implícita ou explicitamente o reconhece (e na medida ou até o

101

ponto em que o faz). A norma consuetudinária, conforme a lei, não tem força constitutiva, precisamente em função de tal conformidade à preceituação legislativa, de que se pode considerar apenas como a aplicação constante (13). Se, por outro lado, o costume é contrário à lei, não pode prevalecer, pois carece de força abrogatória ou derogatória, pelo menos em sede penal.

O costume subsidiário ou integrante, contudo, opera, realmente, como fonte mediante, na medida em que o admite ou, mesmo, exige a norma jurídica (legislativa). Nesse caso, o costume integrante, subsidiário ou elucidativo inter- vem ex vi legis; não é costume contra, extra ou ultra legem, mas ao revés, chamado, pela lei, a integrar o ordenamento jurídico-penal, seja diretamente, para elucidação do preceito, seja, indiretamente, pela referência a outro ramo do direito, em que lhe é reconhecida eficácia constitutiva (o Direito Civil, por exemplo: vêde o art. 4º da Lei de Introdução ao C. Civil).

Veja-se o e.g., a remissão direta, na incriminação do ato obsceno (art. 233 do Código Penal). O sentido obsceno do ato está, obviamente, vinculado, à moralidade, ficando o preceito "subordinado, para seu entendimento, à variação, no tempo e no espaço, do costume" (14). Uma das características da obscenidade, considerada, não em abstrato, mas em suas manifestações, é a mutabilidade, em direta correlação com os usos e costumes e, assim, pode-se defini-la como "violação, perturbação ou ofensa àquele sentimento natural e imperativa reserva que a média do povo exige seja mantida, em cada momento histórico, em termo dos fatos e manifestações de índole sexual" (15).

Geralmente, quando a norma penal se refere a honestidade, pudor, obscenidade, honra etc., é óbvio que se trata de processos empírico-culturais, que revertem em costumes (16).

Ademais, na medida em que o Direito Penal se entrosa com outros ramos de direito, pode ocorrer, indiretamente, u'a mais ampla integração costumeira, incrente a estes últimos: "As normas do direito penal dependem, com frequência, de outras normas, do Direito Privado, Administrativo etc.; e, se as formações consuetudinárias têm eficácia nesses campos jurídicos, também se a deve reconhecer no Direito Penal. Assim na hipótese de se transformarem, consuetudinariamente, as normas relativas à propriedade, à posse etc., tais transformações deverão influir sobre os conceitos penais de furto, dano etc". (17). Note-se, porém, que, "para estabelecer-se o costume, ainda no campo extra-penal, pode reconhecer-se como válido, é essencial determinar se o fato não é contra legem, enquanto precisamente vedado pela lei penal" (18). O costume contra legem não pode prevalecer. A vilência esportiva e outros casos de lesões corporais, por exemplo, não se tornam penalmente lícitos por força do costume e, sim, porque não permitidos por normas extra-penais. A atividade é autorizada pelo Estado e o exercício regular de um direito (art. 19, III, do código Penal) é causa da exclusão da criminalidade.

Entre as fontes mediatas, além do costume, podem apresentar-se outras, a

exemplo dos atos administrativos, que preenchem as normas penais em branco. O art. 268 do Código Penal, por exemplo, reporta-se a uma "determinação do Poder Público". O art. 268, portanto, torna-se preciso, concreto, enquanto exista um ato administrativo (19). Da mesma forma pode ocorrer a introdução, enquanto fonte mediata, de um provimento judiciário ou, mesmo, do simples vínculo contratual (20). Já se cogitou do Direito Internacional, enquanto fonte mediata, e ele voltará à baila no cap. 7.

Além das fontes citadas (mediatas e imediatas), certos autores referem-se a outras que, em nosso ordenamento jurídico, são excluídas. Assim, em nosso ordenamento jurídico-penal não haverá remissão a princípios gerais do direito, o que só é admitido, supletivamente, em matéria processual penal (art. 4º do Código de Processo Penal).

Também não será fonte, sequer mediata, do Direito Penal (na ordem da sua positividade) o Direito Natural (situado em órbita superior atinente a outra ordem de determinação especulativa - {vêde o cap. 2). Excluem-se, igualmente, a doutrina e, sob certo aspecto, a jurisprudência. Qualquer que seja o valor atribuído à doutrina (e não é pequena a sua contribuição), o fato é que não produz, nem integra, o Direito Penal positivo, que, ao revés, ela visa a conhecer. A jurisprudência, por outro lado, não será fonte do Direito Penal no sentido de poder alterar o marco normativo. Se-lo-á, porém, ao produzir u'a norma individual. Esta, contudo, fica adrita à norma geral, que estabelece os limites da fundação e derivação. Note-se que a norma individualizada pode surgir, excepcionalmente, como elemento integrante da norma geral (vêde os arts. 346 e 359 do Código Penal).

A chamada jurisprudência constante (auctoritas rerum perpetue similium iudicatarum) é simples interpretação judicial, subordinada à lei, inclusive quando, como no caso da Súmula do Pretório Excelso, têm certo âmbito de influência processual (deixam-no bem claro os próprios termos do Regimento do S.T.F. e os esclarecimentos constantes da Explicação Preliminar da Súmula mesma).

*) Interpretação é operação lógica, voltada para a investigação e explicação do sentido da norma jurídica (21). A interpretação visa ao conhecimento da norma, do seu conteúdo específico. Este sentido, lembra TORNAGHI (22), fica bem claro na palavra alemã auslegen (pôr para fora): mostrar, exteriorizar, exhibir o conteúdo da norma.

Não se deve confundir interpretação com aplicação, pois esta significa atingir, tocar objetos. "A norma se aplica, sobrepondo-se aos casos a que se estende (23).

Nota GARCIA MAYNEZ que o problema capital, referente à interpretação, estriba em saber o que se deve entender por sentido da lei (24). Seria êste a vontade do legislador? Pode ocorrer, entretanto, que o visado pelo legislador não ganhe expressão na lei. E o que importa interpretar é o texto.

O pensamento moderno, em hermenêutica, está vinculado à preocupação de

limitar os poderes judiciários, em reação contra o arbítrio dos juizes da época anterior às conquistas liberais. Essa rigidez, entretanto, foi progressivamente mitigada, a partir, sobretudo, da escola histórica, segundo a qual o Direito surge como produto histórico das aspirações e necessidades de cada época, ligado ao espírito do povo. Sentida, porém, a insuficiência da análise histórica, surgiram as preocupações tendentes a procurar o ajustamento entre um direito dado (o ordenamento vigente) e as alterações nas relações sociais que o Direito Livre, que procurou atribuir ao juiz uma função criadora, à margem e até ao arrepio de suficiência absoluta do ordenamento, em sua plenitude.

Note-se, em toda essa intensificação, um abandono de verdadeiro sentido de interpretação, enquanto procura do conteúdo das normas. A atitude caracteriza uma insatisfação ante o direito cristalizado na ordem positiva. Mas essa insatisfação é um ingrediente alheio à verdadeira tarefa do jurista, enquanto tal. Vêde as observações, no cap. 1º sobre a crítica.

KELSEN observa que é a passagem da norma geral (lei) às normas individuais (sentença, ato administrativo) que se fixa o problema fundamental da interpretação. Toda norma superior determina a de grau inferior (derivação formal e material), mas há, na primeira, uma certa dose, deliberada ou não, de indeterminação, que deve ser suprida.

Vê-se que KELSEN aproxima a questão da interpretação da lei do problema da sua aplicação no sistema de fundamentação e derivação, que é peculiar à sua concepção do ordenamento jurídico (vêde a respeito, o cap. 5). Firmado nessa perspectiva, assinala, então, que é inexato atribuir à lei um sentido único, que, portanto, autoriza uma só interpretação. Da mesma forma a aplicação da lei a um caso concreto não tem, para KELSEN, o sentido de que normativo condense uma só decisão correta para o ajustamento dos fatos temporais. A interpretação não seria, pois, um ato de conhecimento, quando voltada para a aplicação concreta.

Aí se distinguem, todavia, a função do jurista e a do criador e aplicador do direito por ato de vontade. A liberdade do legislador ordinário, jungido à Constituição, nota KELSEN, é mais ampla do que a do juiz, porém este é também chamado a criar normas jurídicas e goza de certa liberdade em sua atuação, posto que a criação de norma individual é um ato de vontade na medida em que se cogita de preencher o marco estabelecido pela norma geral. Não se trata, aqui, porém, do Direito Livre, pois o marco estabelecido limita a esfera de operação de vontade criadora de norma individual.

Quanto ao jurista, entretanto, a tarefa é, simplesmente, a de indicar as possibilidades de derivação. O jurista, que descreve o direito, afirma KELSEN, não é uma autoridade jurídica. Seu cometimento consiste em conhecer o direito. Não lhe incumbe criá-lo ou aplicá-lo por ato de vontade. Sua interpretação do Direito não tem caráter obrigatório, enquanto o órgão competente, ao criar a

norma inferior, oferece, da norma superior, uma interpretação, que é autêntica, na medida em que a norma inferior é válida. E a aplicação não terá, jamais, de enfrentar lacunas lógicas, para resolvê-las, analógicamente, pois a plenitude do ordenamento (tudo que não é proibido é juridicamente permitido) "organiza, juridicamente, a liberdade" (KELSEN), delimitando, a esfera da licitude ou ilicitude de qualquer conduta possível (25).

Poderão ocorrer, isto sim, lacunas técnicas, resultantes da omissão, pelo legislador, de preceituar a aplicação técnica da lei. Essas lacunas, porém, não se cobrem por via interpretativa. Se uma lei prescreve a eleição de um órgão, exemplifica KELSEN, porém não assinala o procedimento, isto é, se deve ser majoritário ou proporcional, por voto secreto ou não, isto importa dizer que o procedimento eleitoral é devolvido ao arbítrio do órgão encarregado da eleição. Corresponde, pois, a uma norma de grau inferior a determinação do procedimento eleitoral.

Ao jurista, contudo, repitamos, não incumbe ditar normas inferiores, mas conhecer as normas gerais e assinalar as soluções possíveis. Assim, por exemplo, quando o art. 42 do Código Penal estabeleceu que, na fixação da pena, o juiz atenderá aos antecedentes e à personalidade do agente, à intensidade do dolo, ou grau da culpa, aos motivos e circunstâncias do crime, fixou os limites do arbítrio judicial (arbitrium regulatum), no marco da norma geral. Dentro deste, insere-se o ato de vontade criador da norma individual (no caso, a sentença). Ao jurista, entretanto, caberá somente descrever as formas possíveis (dentro do marco), que poderá validamente assumir a determinação da norma individualizada. No seu afazer, movimentará, então, uma série de processos técnicos de interpretação. Tal interpretação é, em última análise "a determinação do marco constituído pela forma (geral) e, portanto, a comprovação das diversas maneiras possíveis de apreendê-lo" (KELSEN).

No que se refere aos sujeitos, diz-se a interpretação autêntica, judicial ou doutrinária, conforme do próprio legislador, do órgão judiciário ou dos juristas em geral. Nos dois primeiros casos, o ato é tanto de conhecimento (seja da norma fundamental, para o legislador, seja da geral, para o juiz) como de vontade (na criação da norma individual, pela aplicação, ou da norma geral derivada). No caso do jurista há puro conhecimento.

Embora, tradicionalmente, se fale em interpretação autêntica como oriunda do legislador, quando se trata de norma que tem por objeto interpretar outra norma, uma interpretação contida em norma que tem também outra função não é menos autêntica e obrigatória (KELSEN). É o que ocorre na criação da norma inferior individualizada. Quanto à interpretação autêntica, no sentido de norma geral interpretativa, criada pelo legislador, ela será contextual ou posterior. É contextual (integra a própria lei), por exemplo, a do art. 327 do Código Penal (26). A norma geral interpretativa é posterior, quando sobrevem nova preceituação

legislativa (lei interpretativa). A rigor, porém, não se trata de interpretação, mas de u'a outra norma jurídica, em si obrigatória, mesmo se não corresponder, precisamente, às palavras e ao conteúdo da norma declarada (27) - obedecendo, é certo, à hierarquia do ordenamento, que a subordina à norma fundamental. A lei interpretativa se entenderá em vigor desde a vigência da norma interpretada, pois forma, com ela, uma só lei.

Pode haver interpretação autêntica subsidiária (exposições de motivos, atas parlamentares), anterior à vigência da lei e estranha ao seu contexto. Mas seu valor é secundário; ela jamais prevalecerá contra o texto expresso.

A interpretação judicial ganha relêvo, face à exclusividade da aplicação contenciosa da lei (jurisdição), com âmbito a que se fez referência, ao tratar da jurisprudência, como fato.

A interpretação doutrinária não tem, jamais, força obrigatória, constituindo mero (embora, às vezes, precioso) subsídio, principalmente quando adquire a feição de communis opinio doctorum: é vazada em comentários, pareceres, obras de dogmática jurídica etc.

No que se refere à forma, a interpretação pode ser literal (buscando o sentido das palavras, isoladamente, ou o sentido gramatical, que adquirem, na sua conexão), lógica e sistemática (partindo das palavras, para a sua articulação lógica e, desta, para a fusão sistemática). Na chamada interpretação sistemática, os elementos literais e lógicos fundem-se, em construção (vê-se o cap. 1), sendo ela tarefa da dogmática jurídica, verdadeira e própria. Vale-se, inclusive, dos elementos históricos, da legislação comparada, dos princípios lógicos aplicáveis à ciência jurídico-penal e da recepção legal (expressa ou implícita) de conceitos extra-jurídicos. Não basta examinar o texto legal; é necessário integrá-lo no conjunto do ordenamento e nas suas remissões a outros ramos do saber (vê-se o cap. 8).

Vale notar, quanto a estrutura verbal das normas, que há um procedimento gradativo, na sua análise. Na falta de redefinição, o sentido das palavras é o que lhes atribui o vocabulário comum (ex.: tomar refeição em restaurante... - art. 176 do C.P.). Às vezes, porém, há remissão ao vocabulário científico não jurídico, como e.g., nas palavras emoção e paixão (art. 24, I, do C.P.), em harmonia com noções ministradas pela psicologia. Porém, na própria ciência jurídica, não raro, há transformações do sentido das palavras. Nesta hipótese, entende-se que a lei as emprega neste sentido jurídico (ex.: sociedade por ações, no art. 177 do C.P.). Todavia, pode ocorrer outra redefinição, para os fins da ordem normativa especial. Casa, por exemplo, para os efeitos penais de "violação de domicílio" tem sentido próprio (art. 150 do C.P.), desprezando a distinção civil entre residência e domicílio (art. 31 do C. Civil). O art. 155 do C.P. refere-se a coisa alheia móvel (bem móvel), sem anteceder e.g., a restrição do art. 44, II do C. Civil. Funcionário público, em matéria penal (art. 327 do C.P.) é conceito mais amplo do que o acolhido no direito administrativo, entendendo-se, inclusive, ao jurado (art. 438 do C. P.F.).

Fala-se em um tipo de interpretação evolutiva, que embora não fôsse, jamais, contra legem, tomaria certa elasticidade característica do ordenamento jurídico, mesmo o jurídico-penal, para afeiçoar a norma às transformações de relações sociais que elas disciplinam. ALTAVILLA afirma, com razão, que a lei penal tem órgãos respiratórios, permitindo a inserção de elementos externos. Na sua função descritiva, o jurista pode (e deve) apreciar o elenco dos "elementos ^{20.º art.º} clássicos" (28), com a comprovação das diferentes maneiras de possível preenchimento do marco estabelecido pela norma. Servirá esse trabalho de subsídio para as autoridades jurídicas que forjarão as normas individuais.

Finalmente, quanto aos efeitos, diz-se que a interpretação pode ser declaratória, restritiva ou extensiva.

A rigor, não há interpretação puramente declaratória, pois, na delimitação do marco normativo, ocorrerá simultânea consideração do âmbito em que há de incidir o ato de vontade do criador da norma, individual, ^{entre} os estritos termos da lei e a sua possível elasticidade.

Quanto aos aspectos restritivo e extensivo, é preciso assinalar que eles emergem, na determinação do marco normativo, face ao enunciado imperfeito. Será restritiva, e.g., a interpretação ao estabelecer a inexistência do crime de estupro (art. 213 do C.P.), quando praticado pelo marido contra a mulher, salvo casos excepcionais em que seria admissível que ela se recusasse ao débito conjugal.

Diz-se-ia extensiva a interpretação, ao determinar que, incriminando a bigamia, o art. 235 do C.P. implicitamente abrange a poligamia (29). A propósito da interpretação extensiva, fala-se em lacunas aparentes, dissolvidas por uma exata compreensão das virtualidades que o enunciado oferece ao exame do intérprete. Em linhas gerais, a interpretação extensiva (lex minus dixit quam voluit)—sempre rigorosamente distinta da analogia—deve ser empregada, em matéria penal, da forma e mais prudente e dentro dos limites da mais absoluta necessidade lógica" (30).

As chamadas lacunas reais, na realidade, não existem, no sentido que contradiria o princípio lógico da plenitude hermética do ordenamento (31). Poderão surgir lacunas axiológicas (32), mas a sua admissão traduz uma posição crítica (o que deveria estar contido ^{na} ~~em~~ norma). E não há como supri-las, através da aplicação analógica.

Alguns criminalistas, sobretudo alemães, têm defendido a aplicação analógica in bonam partem. Esta, evidentemente, não infringe o princípio — nullum crimen nulla poena sine lege, eis que se refere às causas de exclusão ^{do crime} ou da culpabilidade, isenção ou atenuação da pena e extinção da punibilidade. No dizer de CARRARA, por analogia não se deve estender a pena de caso a caso; por analogia, se deve estender de caso a caso, a excusa. A construção da analogia in bonam partem, originária da jurisprudência alemã, já fora, aliás, esboçada por FILANGIERI, com o conceito de não exigibilidade. A culpabilidade, ^{22.º art.º} assente ^{em} prestigiosa corrente doutrinária, assenta na

censurabilidade (vorwerfbarkeit) e é excluída, na hipótese de não exigibilidade de outra conduta (nichtzumutbarkeit), isto é, quando a conduta que evitaria, normalmente, a sanção (dever jurídico de abstenção da conduta ilícita) era impossível, no caso concreto, ou excedia o que é razoável exigir do homo modius. Daí as causas su pra-legais de justificação.

Hungria (33) assinala que essa distinção foi escogitada pelos autores alemães para suprir as deficiências do Código Penal de sua pátria.

De qualquer forma, para dar ensejo à aplicação analógica, voltaríamos à questão das alegadas lacunas. KELSEN assinala, que, ao falar-se em lacunas, o que se afirma não é a impossibilidade lógica de uma decisão, ante a falta de dispositivos aplicáveis (plenitude do ordenamento), mas que a decisão logicamente possível parece ao órgão encarregado de aplicar o direito a tal ponto inoportuna ou injusta, que ele se inclina a admitir que o legislador não cogitou daquela hipótese e que, se o houvesse feito, teria tomado uma orientação diversa da que resulta do direito vigente. Portanto, haveria divergência entre o direito positivo e ...outro, melhor ou mais justo; o direito positivo pareceria "insuficiente", em comparação com um padrão exilógico do aplicador. Já não ^{se} trataria de aplicar a norma vigente, ou, à falta, proclamar que o fato temporal seria juridicamente indiferente, mas de substituir o direito positivo ~~e~~ por outro. Conclui KELSEN, assim, que não se trataria de completar o direito, mas substituí-lo por direito novo. E acentua, mais, que essas tentativas de introduzir elementos estranhos ao ordenamento, na hora da criação da norma individual, são recursos de que se pretende lançar mão, quando é difícil ou impossível obter a modificação da norma geral por via legislativa - procedimento anômalo, contrário à índole do direito, enquanto sistema pleno, hermético e coercitivo. Aliás, GARCIA MAYNEZ demonstrou (34) que não se deve falar em aplicação analógica de um preceito legal a um caso não previsto, porém, de criação ou formulação analógica de uma norma nova, cuja disposição é idêntica à daquele preceito, mas cujos supostos são apenas semelhantes. Isto, porém, repetimos, importaria na admissão de que o ato de vontade, criador da norma individualizada, excederia o marco, estabelecido pela norma geral, subvertendo o mecanismo de fundamentação e derivação.

Notas

- 1) - DIRITTO PENALE ITALIANO, Vol. 1, p. 181
- 2) - Ib.
- 3) - É um equívoco frequente, originário da ambiguidade da palavra - fonte, confundir as fontes do direito, no sentido em que toma a dogmática, para delimitar, o objetivo de sua construção científica, e fontes do direito, no sentido da matéria social, para a qual o legislador volta os olhos e que, de certo modo,

influem ^{da} determinação da forma que êle imprimirá ao direito (e digo de certo modo, pois o direito "positivado" não é espelho dócil da realidade social don de emana e, sim "filho" desta, que, amadurecido formalmente, vêm regê-la e re modelá-la, também até certo ponto). A gênese das instituições jurídicas, consi deradas "causalmente", é um assunto que interessa à sociologia (e veremos isto no cap. 12, mais longamente). A dogmática jurídica interessam as fontes citas formais, enquanto órgãos e maneiras de determinação do ordenamento jurídico sô bre o qual incidirá seu labor.

- 4) - Apud MANZINI, ob. e vol. cits., p. 189
- 5) - Vêde , a respeito, em síntese didática, A.L. MACHADO NETO, Introdução à Teoria Geral do Direito.
- 6) - "Quanto as origens históricas dêsse instituto, parece que êle não existia antes do procedimento das quaestiones, que se tornaram estáveis sob SILA (82-90 A.C.). Como prova, ^{o fim - de} ~~citam-se~~ as passagens de ULPIANO - pena non irrogatur nisi quae quaque lege hic delicto imposita est -, e de PAULO - poenae certae singulorum peccatorum sunt. Mas, enquanto isto não valia para a coercio, mesmo para a jurisdictio o princípio desapareceu com a sucessiva cognitio extra ordinem" - (GRISPIGNI, Direito Penale Italiano vol. 1, p. 307).
- 7) - In Comentários ao Código Penal, Vol. 1, t. 1
- 8) - MANZINI, ob. e vol. cits., p. 255
- 9) - GRISPIGNI, Diritto Penale Italiano, vol. 1., p. 314
MANZINI, Diritto Penale Italiano, vol. 1, p., 256
- 10)- MANZINI, ib.
- 11)- Ib.
- 12)- Ib.
- 13)- Ib.
- 14)- Ib. "É evidente que não se deve confundir com abrogação ou derrogação devida ao costume ^o que pode ser efeito de leis sucessivas ou cessação das condições de fato pressuposta por determinada norma jurídica.
- 14)- HUNGRIA, Comentários ao Código Penal, 1, 1, p.
- 15)- Cfr. MANLIO MAZZANTI - L'Osceño e II Diritto Penale
- 16)- ASÚA, Tratado de Derecho Penal vol. II, pags. 233 e seguintes
- 17)- HAFTER, apud ASÚA - Tratado de Derecho Penal
- 18)- GRISPIGNI, ob. cit. - vol. 1 p. 314
- 19)- GRISPIGNI, ob. vol. e loc. cits.
- 20)- Vêde, adiante, as observações sobre o artigo 346 do Código Penal
- 21)- MANZINI, ob. e vol. cits.
- 22)- In Instituições de Processo Penal
- 23)- TORNAGHI - ob. cit.
- 24)- Introducción al Estudio del Derecho, p. 327
- 25)- Para tôdas essas questões, Vêde KELSEN - Teoria Pura del Derecho

- 26) - A respeito, vêde HUNGRIA, Comentários ao Código Penal, vol. I, T. 1
- 27) - A respeito, vêde RANIERI - Manuale di diritto Processuale Penale
- 28) -- MESSINA, La Discrezionalità, passim
- 29) - Vêde HUNGRIA, Comentários ao C. Penal - vol. I., T. 1
- 30) - BATTAGLINI, Direito Penal, p. 60
- 31) - Note-se que admitimos êste princípio, no sentido lógico (KELSENIANO).
- 32) - Vêde, a respeito, M. NETO, Introdução à Teoria Geral do Direito.
- 33) - Ob. Cit.
- 34) - Introduccíon,, p. 369.

BIBLIOTECA DE JURISPRUDENCIA PENAL

Limites do Direito Penal

O ordenamento jurídico-penal, forma-se, entre nós, mediante legislação de âmbito federal (art. 5º, XV, a da Constituição Federal), subordinadas às normas referentes à Tramitação legislativa (arts. 67 a 72 da Constituição Federal, vêde o procedimento, em certos casos admitido ex vi do Ato Institucional, de 9/4/64, arts. 3º e 4º), bem como a disciplina, relativa às leis em geral (vêde a Lei de Introdução ao Código Civil, arts. 1º a 6º).

Estabelecida a data em que a lei nova entrará em vigor, subsiste a antiga, até essa data (vacatio legis).

De forma geral, dentro do período de sua vigência, a lei penal incide, em todo o território nacional, tôdas as pessoas, criando aquela obrigação passivamente universal, a que se referia GRISPGNI.

Entretanto, ~~o~~ estudo dos limites temporais, espaciais e pessoais indica nos que, em certos casos, a lei penal pode retroagir e, noutros mais, revelar-se dotada de ultratividade, o que lhe dilata os limites, no tempo, assim como, no espaço, ela tem incidência dentro do território nacional, eventualmente ampliada pela extraterritorialidade. Por outro lado, há certas contrações - subtração de pessoas à incidência da lei penal, ou restrições à incidência desta, segundo as pessoas, que, destarte, escapam, total ou parcialmente, à ~~ôra~~ ^{esfera} de atuação das normas penais.

É a análise dessas situações que se dá o nome de teoria dos limites do Direito Penal.

Em regra, a vigência da lei penal estende-se até a sua revogação por lei posterior, salvo a hipótese da lei temporária (com prazo fixo) ou excepcional (em que a fixação do prazo de vigência coincide com a duração do acontecimento excepcional que a determinou).

Nesse período, como vimos, de duração definida ou indefinida, se um suposto jurídico se atualiza, concretizando-se em fato temporal, movimentando-se as conseqüências jurídicas que a própria disposição expressa.

Tempus regit actum.

Não cabe, aqui, ^{reeditar} todos os aspectos da questão, relativa à retroatividade das leis, em geral, na sua sucessão, relacionadas com os fatos temporais e as relações jurídicas que êles estabelecem.

O que temos a assinalar, detidamente, é o conjunto de problemas relativos à sucessão de leis penais, com ângulos específicos e características próprias, que a problemática adquire, no âmbito da nossa disciplina.

A lei penal é normalmente, irretroativa, salvo para beneficiar (lex mitior)

Vêde o art. 141, §§ 27 e 29, da Constituição Federal.

"Interpretando a contrario sensu o princípio geral de que nenhuma lei deve produzir efeitos retroativos em prejuízo de ninguém, chega-se à conclusão de que a retroatividade é lícita, quando, longe de prejudicar, beneficia" (1).

A matéria, entre nós, tem disciplina legal, acolhendo a retroatividade benígna. Quanto à vedação da retroatividade málgna, são oportunas estas ponderações de CUELLO CALÓN: " A lei penal é aplicável aos delitos desde o momento de sua vigência; volta-se para o futuro, não para o passado e, portanto, os fatos cometidos antes da sua entrada em vigor não recaem sob os seus preceitos. Como razão deste critério, é costume afirmar-se que não é possível violar o direito adquirido pelo delinqüente, de ser castigado pela lei vigente ao momento da comissão do delito, porém essa idéia, na realidade, é apenas a manifestação do espírito legalista dominante no Direito Penal, em consequência da máxima nullum crimen sine lege, pois, se as leis penais tivessem afeito retroativo, o Estado, ao promulgar leis que apenas, em fatos antes inocentes, tornaria ilusório o princípio de legalidade e a garantia penal que êle representa" (2).

CALÓN, citando DORADO, acentua que o princípio da não retroatividade "é um princípio constitucional, um dos direitos adquiridos pelos cidadãos, face ao poder social, isto é, um daqueles direitos que integram a personalidade inviolável do indivíduo".

Embora haja, quer em constituições, quer em legislações ordinárias, a consagração da irretroatividade, em muitos povos (geralmente aquêles que souberam preservar a pureza das garantias políticas liberais, avêsa ao totalitarismo), seria mais correto incluí-la entre os princípios de pré-constituição, princípios que não são inerentes ao Direito Penal, enquanto tal é, sim, como dissemos, noutro ponto, a táboa de valores, a que aderimos, conscientes de sua natureza histórico-condicionada, embora alçando-se acima das circunstâncias da época e do meio em que foram geradas.

Mas, desde logo, na própria enunciação da irretroatividade da lei penal § (salvo para beneficiar), cumpre esclarecer que dela não se cogita, quando se trata de lei interpretativa. Esta última opera ex tunc, ou seja, a lei interpretativa se entenda em vigor desde a vigência da lei interpretada, com a qual forma uma só lei (3). A lei posterior interpretativa será, sempre, parte da lei interpretada, cabendo somente examinar se, de fato, é interpretativa ou se, ao revés, sob tal nome se apresenta norma substancialmente modificadora - pois, neste último caso a "interpretação" há de incorporar-se ao ordenamento jurídico sem vigência ex tunc; será irretroativa, por força do mandamento constitucional, exceto na parte mais favorável.

Êste não é, ainda, contudo, o único problema que se pode apresentar, na fixação da irretroatividade. Considerando-se que, muitas vêzes, entre a ação e o resultado, medeia um espaço de tempo, mais ou menos dilatado (prolongamento do itinerário do crime), qual será a "lei do tempo" (tempus regit actum): a vigente no mo-

momento da ação ou a vigente no momento do resultado (evento que esgota o itinerário) ?

A propósito, observa GRISPIGNI (4): "Usou-se frequentemente, a expressão - tempo do delito -, mas tal conceito pode ser discutido e, de fato, no caso dos chamados crimes à distância, em que o evento é destacado da conduta, do tal sorte que o primeiro pode verificar-se em tempo sucessivo ao desta última, qual será o tempo do delito cometido?" O momento da ação? O momento do resultado? Qualquer dos dois? O tempo da chamada "parte essencial" da atividade criminosa?

Quanto à última sugestão, cumpre, logo, rejeitá-la, com GRISPIGNI, pois oferece um critério "vago e impreciso" ou talvez mais do que isto, indeterminável: Toda a atividade criminosa é "essencial"; faltando qualquer "parte" dela, o crime será imperfeito e, aqui, se trata, ao revés de um crime perfeito, com ação (ou omissão) e resultado (evento) ligados pela dupla relação de causalidade - psíquica (elemento subjetivo) e física (material).

Quanto aos demais critérios - tempo da ação, tempo do resultado ou ambos - cabe dizer que o direito positivo não soluciona a dúvida e a doutrina, geralmente, "opta" por uma das soluções, GRISPIGNI, por exemplo (5), afirma que, "no silêncio do direito positivo" deve ser acolhida a solução, referente ao momento da ação: "é mais racional que se tenha em vista a conduta, enquanto a eficácia intimidatória da lei penal só se pode desenvolver naquele momento e, por outro lado, é a conduta, aquela que tem maior significação sintomática, enquanto índice da periculosidade do réu". Parece existir, aí, um equívoco: se ao marco legislativo corresponde um âmbito de aplicação que, no silêncio do legislador, define a esfera da atuação da vontade criadora da norma individual, a esta caberá (no caso, a sentença) exercer a sua força preceptiva, adotando, quer uma, quer outra solução. É um caso típico de aplicação dos princípios já desenvolvidos na teoria do ordenamento.

Assentados os critérios de irretroatividade da lei penal e o sentido verdadeiro, em matéria penal, do tempus regit actum, passamos a assinalar as hipóteses de ultratividade e retroatividade benigna.

Vimos que a regra é a aplicação da lei vigente à data do fato. As exceções, previstas em nosso ordenamento jurídico, figuram no art. 2º do C. Penal.

Se a lei posterior cria nova incriminação (novatio criminis), agrava a pena ou, de qualquer outra forma, desfavorece o agente (lex gravior), esbarra no princípio da irretroatividade.

A lei mais favorável (lex mitior) pode ser ultrativa quando sobrevive à revogação (diante da lei posterior menos favorável) ou retroativa (retroatividade benigna), quando atinge os facta praeterita, derogando o princípio - tempus regit actum.

Sobre a retroatividade benigna, CUELLO CALÓN, exprime o consenso da dou-

doutrina, ponderando que tal retroação corresponde "a um puro conceito de justiça, pois o Estado, ao promulgar a nova lei mais suave, implicitamente, reconhece que a anterior, mais severa, deixou de ser justa" (6).

É retroativa a lei posterior que deixa de considerar crime o fato. abolitio criminis; ocorre, nesta hipótese, a extinção de punibilidade (vêde o art. 108, III, do Código Penal), mesmo após a sentença condenatória irrecorrível.

A lei posterior que comina pena menos rigorosa, também retroagindo, para beneficiar, provoca, inclusive, o ajustamento da sentença condenatória irrecorrível à ^{cominação} ~~cominação~~ mais suave.

Se, porém, a lei posterior, de qualquer outro modo (que não seja a abolitio criminis ou a mais suave apenação) favorece o agente, sua retroação é limitada; a lei sómente se aplica ao fato anterior, se não há julgamento definitivo.

O art. 75 do Código Penal abre exceção, no que se refere às medidas de segurança: "Preliminarmente, é assegurado o princípio da legalidade das medidas de segurança; mas, por isso mesmo que a medida de segurança não se confunde com a pena, e não é necessário que esteja prevista em lei anterior ao fato, não distingue entre a lex mitior e a lex gravior no sentido da retroatividade: regem-se as medidas de segurança pela lei vigente ao tempo da sentença ou pela que se suceder durante a execução". (Exposições de motivos do Código Penal, nº 33).

Há que entender-se que princípio da legalidade sofre uma contração, im portante, não mais determinar a anterioridade da lei ao fato temporal e, sim, a mera anterioridade da lei a sua aplicação?

Seria, talvez, oportuno, invocar, aqui, a distinção entre a retroatividade a aplicação imediata e a aplicação deferida (7).

Basta notar, de início, que se, no referente às medidas de segurança, a reserva legal importa sómente que "não há medida de segurança que não se encontre legalmente especificada, ou abstrair de seus pressupostos legais" (8), não se apresenta a questão da irretroatividade da lex gravior ou da ultratividade da lex mitior. "A lei sucessiva se aplica sempre, imediatamente, em substituição à lei anterior, pouco importando se mais benigna, ou se mais rigorosa. E a razão é evidente; a medida de segurança não se impõe pelo que o indivíduo fez, mas pelo que ou pelo que pode vir a fazer" (9). A medida de segurança visa a periculosidade individual: "Não é atingida, com isto (a aplicação da lei sucessiva), um factum praeteritum, mas uma situação atual, uma condição pessoal presente e continuativa. (...) O mesmo raciocínio que, na órbita da pena, leva a aplicar incondicionalmente a lei nova no caso do crime permanente (10), quando êste perdura após sua vigência, impõe, na órbita da medida de segurança, a irrestrita aplicação da lei sucessiva que encontre subsistente o estado perigoso do indivíduo. Assim, a irrestrita aplicabilidade da lex gravior, em matéria de medida de segurança, embora se trate de lei

entrosada no Direito Penal Positivo, não incide na censura do art. 141, § 2º, da Constituição Federal. Não se apresenta o vedado recuo da lei para alcançar um acontecimento do passado. Não é de se indagar, sequer, se a lei anterior previa, ou não, qualquer medida de segurança: aplica-se a lei sucessiva, ainda quando institua ex novo, no caso concreto, a medida, posto que, tanto em face da lei velha, quanto da lei nova, existe um fato previsto como crime ou que dêste se aproxima (como nos casos de tentativa inadequada e do pactum sceleris cum factum non secutum, excepcionalmente contemplados na espécie (11), pelo "Código" (12).

Na sucessão de várias leis, salvo as exceções já vista, quanto à medida de segurança, prevalece a mais benigna.

"Não havia necessidade de declarar, expressamente, que, no caso de sucessão de várias leis, prevalece a mais benigna, pois é evidente que, aplicando-se ao fato a lei posterior somente quando favorece o agente, em caso algum poderá cogitar da aplicação de qualquer lei sucessiva mais rigorosa, pois esta encontrará o agente já favorecido por lei intermediária mais benigna" (Exposição de motivos do Código Penal), nº 7.

Exemplo de lei posterior que comina pena menos rigorosa: a lei nova passa a considerar contravenção o fato anteriormente definido como crime; ex vi do art. 1º da Lei de Introdução ao Código Penal, distinguem-se crimes e contravenções pelas sanções cominadas, neste último caso, mais suaves.

Exemplo de lei posterior que, de outro modo (diverso da abolitio criminis e da comissão de pena menos rigorosa) favorece o agente: é criada uma circunstância atenuante, na lei posterior, ou, nesta, se converte um crime de ação pública em crime de ação privada; neste último caso, a ação pública não poderá ser intentada, mesmo que a lei vigente à data do crime dispusesse de forma diversa (13).

Há certas leis, chamadas leis penais em branco, isto é, leis cujo conteúdo é completado por ato administrativo (14) - e.g., a que se encontra no art. 268 do Código Penal. "A circunstância de que, com a cessação dos complementos (as normas em branco) deixam de ser aplicáveis diz com o futuro. Não pode ser suscitada, aqui, questão de direito transitório, pois que não há sucessão de leis, isto é a norma penal (15) não é revogada, mas, apenas, vem a faltar, temporariamente ou não, para o futuro, eventualidade ^{Constitucionalmente} ~~constitucionalmente~~ da aplicação da pena" (16). Assim, no exemplo de MANZINI (17): "se alguém vender mercadorias a preços superiores aos fixados na tabela oficial, é punível pelo crime, ainda que na ocasião do julgamento, tais preços, por efeito de sua periódica revisão, tenham sido elevados ao nível daqueles pelos quais se fez a venda abusiva". Vêde o art. 2º, VI, da Lei nº 1.521, de 25.12.51.

As leis excepcionais ou temporárias são, sempre, ultrativas; neste caso, não há retroatividade benigna (art. 3º do Código Penal). A respeito, saliente MANZINI

(18) que "a hipótese da abolição de um preceito penal preexistente pode verificar-se, não só por efeito de emanção de uma lei abrogatória da precedente, mais ainda autoabrogação devido ao vencimento do prazo de vigência ou à verificação de uma condição extintiva, como ocorre, geralmente, quanto às leis temporárias ou excepcionais. Nesta hipótese, o código vigente estabelece uma exceção à regra da não ultratividade (...). Subsiste, firme, somente a não retroatividade (...) e, por isso, as leis excepcionais ou temporárias continuam sendo aplicadas, quanto aos fatos cometidos durante sua vigência, mesmo quando já não estejam em vigor, tanto quanto a lei nova não preveja aqueles fatos enquanto delitos, como quando os castiga mais suavemente".

Esta a solução, face ao nosso direito positivo, assim como o italiano. Nos ordenamentos em que não existe disposição expressa, a respeito, há grande oscilação doutrinária a respeito da ultratividade dessas leis. A justificação da ultratividade, nesses casos, é, segundo a Exposição de Motivos do nosso Código Penal, a seguinte: "Esta ressalva visa a impedir que, tratando-se de leis previamente limitadas no tempo, possam ser frustradas as suas sanções por expedientes astuciosos, no sentido de retardamento dos processos penais."

Alguns autores encerram o exame dos limites de tempo das normas jurídicas-penais, com uma referência ao chamado conflito aparente de normas. Aqui, porém, não se trata de sucessão de leis.

Dá-se o conflito aparente, quando duas disposições, simultaneamente vigentes, parecem referir-se, enquanto suporte normativo, a u'a mesma ordem de fatos naturais.

A matéria ficaria, a rigor, mais adequadamente situada no capítulo referente à interpretação ou aplicação das normas e, não, entre os limites temporais & (não há, repetimos, sucessão, mas coexistência) ou entre as hipóteses de concurso aparente, como fazem alguns autores, em oposição ao conceito de concurso ideal: neste, a ação típica (fato natural), atualiza dois ou mais tipos, ao passo que, no concurso aparente, há um só crime.

Nosso Código Penal não oferece expressa solução para os problemas do conflito aparente de normas, embora o anteprojeto HUNGRIA (art. 5º) já tenha proposto a incorporação da matéria, no nosso direito positivo (19), reportando-se aos códigos italianos, holandeses, peruano e equatoriano e ao projeto S'LER (argentino).

O batismo de conflito aparente de normas (ou de leis GESETZKONKURRENZ) foi dado por MERKEL, como referência àquele único delito que parece poder ser submetido a diferentes normas.

Trata-se dos princípios mediante os quais se atribui a determinada norma penal, exclusividade de aplicação diante de outras que também descrevem, no todo ou em parte, o mesmo fato. (20).

Numa simplificação, ~~simpliciter~~, para ensejar a primeira abordagem do problema, referiremos, brevemente, os três princípios teóricos (lógico-jurídicos) principais - a) especialidade b) subsidiariedade; c) consunção -, aos quais alguns autores acrescentam um outro: a alternatividade.

Na especialidade - lex specialis derogat generali - diz-se que prevalece o especial sobre o geral. O infanticídio (art. 122 do C. Penal) é o crime praticado pela mãe que, sob a influência do estado puerperal, mata o próprio filho, durante o parto ou logo após. Não se cogita, aí, de homicídio (matar alguém, art. 121).

A subsidiariedade estabelece que se aplica a "norma primária" (21), excluindo a subsidiária (lex primaria derogat legi subsidiariae), seja tal subordinação expressa ou tácita. No primeiro caso, a norma secundária contém a cláusula de subordinação, como ocorre, e.g., no art. 207 do C. Penal; no segundo caso, a subsidiariedade é inferida pelos termos da norma dita primária, que engloba, como elemento seu, fato, por si só, incriminando, como por exemplo, nos crimes complexos, que excluem os que entram em sua trama. O estupro abrange um constrangimento ilegal (art. 146 e 213, do C. Penal).

Além desses casos, pode ocorrer que, embora na ação típica descrita na lei penal não haja coincidência de fatos que, em si constituem crimes, um destes possa surgir na execução do crime (lex consumens derogat legi consumptae), sendo necessária ou normal etapa, na realização concreta do tipo.

Há, nesta hipótese, consunção ou absorção. Assim, e.g., quando o furto é praticado com a entrada em casa alheia, o primeiro crime absorve o segundo ou, noutra hipótese, o homicídio praticado com arma de fogo, absorve a contravenção de porte de armas e a lesão corporal (vêde os art. 150, 155, 121 e 129 do C. Penal e 19 da Lei das Contravenções Penais). O problema de absorção envolve questões delicadas, quando a infração a ser absorvida não se insere no mesmo contexto da ação, constituindo fato anterior ou posterior não punível. E o caso do crime-meio, absorvido pelo crime-fim (meio necessário ou normal, e.g., a falsidade ideológica ou material para que seja praticada bigamia - arts. 225, 297 e 299 do C. Penal), como também o das seguintes hipóteses: desdobramento da mesma linha de execução (falsificação e uso de documento falsificado - arts. 297 e 304), incidência geral em crime de conteúdo variado (apresentando diferentes modalidades, como a recepção - adquirir, receber... - art. 180) e a hipótese de nova ofensa ao mesmo bem jurídico, sem aumentar o dano causado (como, por exemplo, o ladrão que, após o furto, destrói a res furtiva - arts. 155 e 163 do C. Penal).

Alguns autores acrescentam, ainda, no caso de dupla previsão como delito. STEVENSON cita e.g., a apropriação indébita e o furto que se reproduzem nas

duas modalidades do peculato doloso (arts. 155, 168 e 312 do C. Penal). O exemplo, todavia, parece demonstrar a existência de especialidade.

O Direito Penal Objetivo não tem, apenas, limites de tempo. Há, também, limites de espaço e de pessoa, isto é, restrições à incidência das normas, segundo o território, subtração de algumas pessoas à jurisdição penal ou simples restrições à incidência, conforme as pessoas.

Quanto aos limites de espaço, o Direito Penal Objetivo obedece, em regra, ao princípio da territorialidade (vêde o art. 4º do C. Penal e o art. 2º da Lei das Contravenções Penais) prevalecendo o lugar do crime. Note-se, desde logo, que o art. 4º do C. Penal, ao estabelecer o princípio de territorialidade, entendeu conveniente ressaltar "as convenções", tratados e regras de Direito Internacional" o que atribui a estes, a condição de fontes mediatas (vêde o cap. 6). A exposição de motivos justificou essa ressalva, em seu nº 9.

O princípio fundamental, como vimos, é o da territorialidade (ibi poena plectendum ubi facinus admissum; o crime deve ser punido no lugar em que foi praticado).

Para a correta inteligência d'esse princípio, urge, entretanto, esclarecer dois pontos: 1º) o conceito de território; 2º) como se determina o lugar do crime à luz d'esses conceitos.

Território do Estado, na definição de MANZINI, "é todo espaço terrestre, marítimo ou aéreo, sujeito a plena absoluta soberania do Estado mesmo, já esteja compreendido dentro dos confins que separam este Estado dos Estados limítrofes, já esteja separado do corpo territorial principal, de maneira que se encontre dentro de outro Estado ou entre vários Estados ou rodeado pelo mar livre, já tenha caráter metropolitano ou colonial, permanente ou precário" (22).

O território nacional brasileiro compreenderá, além das terras dentro dos limites geográficos, as faixas d'água fronteiriças, rios e mares territoriais dentro dos limites fixados segundo acordos e regras do Direito Internacional, subsolo, a plataforma submarina (Decreto 28 840, de 8/11/10), o espaço aéreo situado acima do território nacional e águas territoriais (Código Brasileiro do Ar, de 8/6/38, art. 1º), de aeronaves e navios (a propósito, vêde os arts. 89 e 90 do Código de Processo Penal), ainda que, como nos demais casos, respeitadas os tratados, convenções e regras do Direito Internacional.

Mas não basta determinar o que é território nacional: é preciso determinar, ainda, o que vem a ser lugar do crime (locus commissi delicti), isto é, quando o fato punível deve considerar-se praticado no território do Estado. Em certos casos o itinerário do crime alonga-se, no espaço, atingindo, as vezes, mais de um território. Por exemplo: "num comboio em marcha, do Rio Grande do Sul para o Uruguai, um

passageiro, ainda em território brasileiro, desfecha tiros contra outro, que é atingido, mas só vem a morrer em território Uruguaio" (23).

Doutrinariamente, apresentam-se várias teorias, para solução da hipótese. Teoria do efeito (Erfolgstheorie), que faz prevalecer o lugar do resultado; teoria da ação (Handlungstheorie) que faz prevalecer o lugar da ação; teoria do efeito mais próximo, (Zwischenwirkungstheorie), que faz prevalecer o lugar onde "o agente atingi o objeto ou alcança a vítima"; teoria da ação à distância (teoria dell'azione ampliata), segundo a qual "o crime, como ^{tal} ~~tal~~, considera-se praticado, quer onde o agente exerceu sua atividade executiva, quer onde ocorreu o efeito intermédio"; teoria limitada da ubiqüidade (Beschränkte Ubiquitätstheorie) segundo a qual "o lugar do crime é tanto o lugar da ação quanto o do resultado"; teoria pura da ubiqüidade (reine Ubiquitätstheorie) segundo a qual o lugar do crime é tanto o lugar da ação, quanto do resultado e do efeito intermédio (24).

Pouco importa, aqui, todavia, o debate, a respeito: a lei brasileira optou, claramente, pela teoria pura da ubiqüidade, conforme se depreende do art. 4º do C. Penal— aplica-se a lei brasileira ao crime cometido no todo ou em parte no território nacional, ou que nele produziu, no todo ou em parte, seu resultado, pouco importando que a atividade pessoal do criminoso se tenha exercido no estrangeiro. A cláusula "ou devia produzir seu resultado" diz respeito à tentativa (Exposição de Motivos do Código Penal, nº 10).

Note-se que o território nacional sofre, internamente, as limitações decorrentes de princípios do Direito Internacional. Assim, por exemplo, na inviolabilidade da residência oficial, veículos e papéis do agente diplomático ou a ocupatio bellica.

Na ocupatio bellica, a organização administrativa e judiciária é, também, em princípio, conservada, mas os agentes ou funcionários políticos, em geral, cessam o exercício de suas funções e são substituídos por autoridades militares do ocupante. Por outro lado, os crimes contra a segurança das tropas ocupantes ainda que cometidas por civis, são submetidas aos tribunais militares do ocupante" (25).

Excepcionalmente, a lei penal brasileira tem aplicação extraterritorial. Assim, a lei penal brasileira é aplicável aos crimes (25) — art. 5º do Código Penal — cometidos no estrangeiro, contra a vida ou a liberdade do Presidente da República, o crédito ou a fé pública da União, do Estado ou Município, a administração pública por quem está a seu serviço. Consagra-se aí o princípio real ou de defesa.

Também se aplica a lei penal brasileira aos crimes que, por tratado ou convenção, o Brasil se obrigou a reprimir, mesmo quando tais crimes são cometidos no estrangeiro. É o princípio da universalidade.

A aplicação de lei brasileira aos crimes praticados por brasileiro, fora

do Brasil. É o princípio da personalidade ativa. Também se admite a extraterritorialidade, quanto aos crimes cometidos por estrangeiros, contra brasileiros, fora do Brasil. É o princípio da personalidade passiva.

Em alguns casos, a aplicação da lei brasileira a crimes cometidos no estrangeiro é condicionada (Art. 5º § 2º e 3º do C. Penal); noutros, aplica-se a lei brasileira, ainda quando o agente foi absolvido ou condenado no estrangeiro (art. 5º § 1º), devendo-se atender, quanto à pena cumprida no estrangeiro, o disposto no art. 6º do C. Penal.

Em deferência à internacionalização da sentença penal, a lei brasileira admite a eficácia (limitada) da sentença penal estrangeira (art. 7) e a chamada reincidência internacional (art. 46).

Não cuidaremos, aqui, especialmente do instituto de extradição, que tem raízes no Direito Internacional e, internamente, é disciplinado, afóra a disciplina constitucional, em lei especial (Decreto-lei 394, de 28/4/38). No que se refere à questão que nos ocupa, agora, isto é, a incidência da lei penal no espaço, de extradição se cogita, apenas, enquanto requisito de extraterritorialidade condicionada (art. 5º, § 3º a do C. Penal).

4) Os principais casos de limitação da órbita da incidência do Direito Penal Objetivo, segundo critérios pessoais (subtração ou restrição da incidência das normas penais, quanto às pessoas) são as imunidades diplomáticas e as imunidades parlamentares. Nas primeiras, "o princípio da territorialidade da lei penal sofre flagrante restrição" (27); as segundas referem-se, em parte, à exclusão do crime e, em parte, a uma restrição, à procedibilidade (condição de procedibilidade). Ambas, todavia, representam contrações da generalidade da incidência do Direito Penal Objetivo, com referências às pessoas, afetando, na relação jurídica do Direito Penal, aquela "obrigação passivamente universal", a que já fizemos referência.

Embora não caiba, aqui, a análise de problemas relativos, mais propriamente, à parte geral do Direito Penal, ~~(veremos)~~, de que à teoria Geral do Direito Penal, é inevitável, para exposição da matéria, um ligeiro exame do material empírico (vêde, ainda, o cap. 5), momento em que a Teoria Geral revela, como dissemos anteriormente, a sua condição de arranjo ~~estático~~.

Não é possível entender o enquadramento das imunidades parlamentares, e diplomáticas, sem uma referência, no momento assaz breve, à distância entre capacidade, imputabilidade e responsabilidade penais.

A conduta, penalmente ilícita, é, sempre, uma conduta humana. O sujeito dessa conduta diz-se, em matéria penal, sujeito ativo. Note-se que não se trata, aqui, da relação jurídica decorrente da conduta penalmente ilícita; nessa relação, o sujeito ativo (da infração) é sujeito passivo (isto é, aquele que tem o dever de

suportar as consequências jurídicas na própria conduta - responsabilidade penal).

Na relação punitiva, o sujeito ativo é o Estado, e sujeito ativo da infração é, inclusive, o sujeito passivo da relação processual (na fase investigatória, preprocessual, indiciado; na fase processual, após a propositura da ação, réu, acusado, denunciado ou querelado).

Geralmente, o sujeito ativo da infração pode ser qualquer pessoa física (homem), que reúna certo número de requisitos prévios (capacidade genérica) e contemporâneos (imputabilidade) da ação ou omissão.

A nossa lei penal emprega indiscriminadamente, o termo - responsabilidade - referindo-se à capacidade genérica (28) à imputabilidade e a responsabilidade penal propriamente dita. "A própria Exposição de Motivos se incumbiu de mostrar a orientação errada da terminologia do Código, uma vez que ali se menciona e usa a palavra imputabilidade em mais de um passo" (JOSÉ FREDERICO MARQUES). É possível, contudo, estabelecer uma distinção conceitual, ajustada ao ordenamento jurídico, em que pese a imprecisão, puramente terminológica.

Responsabilidade não é um requisito prévio ou contemporâneo da ação ou omissão, mas uma consequência desta, quanto aliada aos demais elementos do crime. Responsabilidade é obrigação de suportar as consequências jurídicas do crime.

A capacidade penal é a aptidão, em tese, para responder, pela conduta; a imputabilidade é a aptidão bio-psíquica, in concreto, no momento da infração, para responder, penalmente, pela conduta.

"A capacidade se refere a qualquer relação, hipotética ou real, de Direito Penal; a imputabilidade, ao contrário, se prende a um determinado crime em concreto. Concerne esta última, ao estado pessoal, contemporâneo à violação do preceito punitivo" (JOSÉ FREDERICO MARQUES);

A capacidade penal é, pois, o conjunto das condições exigidas para que um sujeito possa tornar-se titular de direitos de obrigações, no campo penal (PETROCELLI).

Tanto o conceito de capacidade, quanto o de imputabilidade, estabelecem-se, em matéria penal, a contrário sensu, resultando da disciplina legal das causas excludentes da capacidade e da imputabilidade. Assim, por exemplo, no caso da menoridade penal: o menor é penalmente incapaz até os 18 anos (art. 23 do C. Penal). Esse menor de 18 anos acha-se "inteira e irrestritamente fora do Direito Penal, sujeito à pedagogia corretiva da legislação especial". (Exposição de Motivos do Código Penal, nº 19; vêde, a respeito o Decreto-lei 5.006, de 24/11/43. O menor de 21 anos, embora não penalmente incapaz, recebe tratamento especial (vêde os arts. 30 I, 3º, 48, I, 57 e 115 do C. Penal).

O sujeito ativo capaz é pessoa física - homem (societas delinquere non potest). Não crime praticado por animal, ou ente inanimado, embora possa haver crime

praticado com ou mediante animal (a exemplo da introdução ou abandono de animais em propriedade alheia, vêde o art. 164, do C. Penal).

Referindo os limites do Direito Penal Objetivo, mencionamos especialmente, quanto às pessoas, as imunidades diplomáticas e as parlamentares.

As primeira subordinam-se a princípios do Direito Internacional, as segundas situam-se na órbita do direito interno e, na parte referente às chamadas imunidades substantivas (inviolabilidade), representam, como as diplomáticas, exemplo de incapacidade penal.

Uma e outra estabelecem limites subjetivos na aplicação da lei penal. São limites de pessoas.

A matéria atinente à inviolabilidade pessoal do agente diplomático é disciplinada pelo Direito Internacional, cuja doutrina é extremamente vacilante sobre os limites exatos que devem ser traçados a tais prerrogativas. Em geral, os privilégios são conferidos à base da reciprocidade, daí decorrendo as inviolabilidades por força do ne impediuntur legati.

As imunidades parlamentares não constituem exceção o princípio da igualdade perante a lei. "Não são atribuídas a indivíduos, tendo em vista suas condições pessoais específicas, para um privilégio, mas a todos aqueles que exercem a função pública de membro de parlamento (SERETTI), (30).

O art. 44 da Constituição Federal estabelece a inviolabilidade dos deputados e senadores, por suas opiniões, palavras e votos, fixando, assim, a incapacidade penal, referentes aos atos praticados no exercício da atividade legislativa (31). Essa inviolabilidade limita-se, entretanto, ao exercício daquela função parlamentar "nos modos formais de expressão de tal vontade (exprimir, com manifestação plenamente livre do pensamento e com o voto consequente a vontade do titular de um órgão constitucional eleito com escolha soberana do povo) - na sede da assembléia, comissões permanentes ou especiais etc; com a disciplina fixada pelos regimentos internos das câmaras e da aplicação feita pelas presidências" (32).

Não se estende, portanto, a inviolabilidade referida a tudo que não entre no exercício das suas funções, isto é, aqueles atos que poderiam ser praticados mesmo por aqueles que não fossem deputados ou senadores (33): discurso fora do parlamento, publicações na imprensa, participação em manifestações públicas, etc. Este ponto é, contudo, muito controvertido (34).

As imunidades parlamentares estendem-se aos membros das assembleias estaduais, não alcançando, entretanto, os vereadores municipais.

O art. 45 da Constituição Federal prevê outra ordem de imunidades: estas, porém, de índole processual: refere-se, não a capacidade penal, e, sim, à capacidade processual.

Sob o ponto de vista do Direito Penal, há entretanto, uma repercussão

importante: se a Câmara respectiva negar a licença, a que se refere o art. 45, § 1º, da Constituição Federal, diz a doutrina constitucional, interrompe-se o curso da prescrição (35), em face do princípio - contra non valentem non currit praescriptio. Todavia, parece conveniente esclarecer que se daria, mais propriamente, uma causa imeditiva de prescrição nos moldes das outras do mesmo tipo, prevista no art. 116 do C. Penal, de vez que, em se tratando de crime de parlamentar a licença da respectiva Câmara atua como condição de procedibilidade.

A incapacidade (substantiva), de que tratamos, no que se refere às imunidades diplomáticas e parlamentares (do art. 44 da Constituição Federal) referem-se - repetamos - à capacidade genérica. Embora sem antecipar o que ^{seria} melhor estudado em ~~o texto~~ ^{o texto Penal nos arts. 45, 46} indispensável uma breve consideração da capacidade específica, para melhor esclarecimento dos conceitos.

Quando nos referimos à capacidade genérica, aludimos àquela capacidade geral, indispensável para que qualquer pessoa física - homem - possa tornar-se sujeito ativo de infração e responder, penalmente, pela conduta. Há entretanto, crimes em que a qualidade ou posição ~~particular~~ do sujeito tem eficácia constitutiva: o sujeito ativo é qualificado, isto é, a lei determina as condições necessárias para que alguém possa ser sujeito ativo de determinada infração; e fá-lo, expressa ou implicitamente. Neste caso, a descrição da conduta abrange a menção de uma qualidade particular do agente ou relativo à sua posição (36); ou, não havendo a menção, tal qualidade ou posição pode ser inferida dos próprios termos da lei. Os crimes dessa natureza são os chamados crimes próprios e os chamados crimes de atuação pessoal.

Há crime próprio quando a lei qualifica o sujeito ativo por um elemento jurídico ou um elemento de fato. Assim e.g., na entrega de filho menor a pessoa indônea (art. 245 do C. Penal), em que, sujeitos ativos são os pais do menor: trata-se de crime próprio. Os crimes próprios distinguem-se dos crimes de atuação pessoal, porque, nos primeiros, o sujeito ativo (próprio) pode valer-se de outras pessoas para a execução, ao passo que, nos segundos, o crime só pode ser cometido pelo "autor em pessoa" (Asua). É crime de atuação pessoal, e.g., o falso testemunho (art. 342 do C. Penal).

Nesses casos, não é excessivo falar-se em uma capacidade específica "para indicar fenômenos jurídico-penais em que a posição do agente é decisiva para a produção da sanctio iuris e outros efeitos de Direito Penal" (38).

- 1) - GARCIA MAYNEZ, Introducción al Estudio del Derecho, p. 400
- 2) - Derecho Penal, v. 1, p. 209
- 3) - A respeito, GRISPIGNI, Diritto Penale Italiano, v. 1 p. 335
- 4) - Ob. e vol. cits. p. 359
- 5) - Ob. e vol. cits. p. 360
- 6) - Derecho Penal. v. I p. 210
- 7) - ROUBIER - Les conflits de Lois dans le temps
- 8) - HUNGRIA, Comentários ao Código Penal, v. III, p. 33
- 9) - Ib
- 10) - O crime permanente caracteriza-se por isto que o seu resultado não se esgota com a consumação, prorrogando-se de modo infinito, a exemplo do que ocorre no tipo do art. 148 do C. Penal. Este consuma-se com a privação da liberdade, mas é prorrogado, {além da consumação, enquanto subsiste a privação referida.
- 11) - Trata-se dos quase crimes, previstos nos art. 14 e 27 do C. Penal (vêde, também o art. 26 § Único).
- 12) - HUNGRIA, ob. e vol. cits, p. 34
- 13) - Vêde, a respeito HUNGRIA, ob. cit., v. 1 t. 1, p. 123
- 14) - Sobre o ato administrativo, como fonte imediata, vêde o cap. 5
- 15) - Isto é, a norma geral, não a individualizada.
- 16) - HUNGRIA, ob. cit., vol. 1 t. 1 p. 129
- 17) - Diritto Penale Italiano, v. 1. , p. 335
- 18) - Ob. e vol. cits. p. 335
- 19) - Sobre a matéria, no anteprojeto HUNGRIA, vêde o debate in Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, nova fase ns. 1 e 2 . O dispositivo (art. 5º do anteprojeto) foi modificado, pela Comissão Revisora, composta do próprio HUNGRIA, ANIBAL BRUNO, e HELENO C. FRAGOSO. Devo a este último a gentileza da comunicação do texto aprovado pela Comissão, que é o seguinte: "Não há concurso, quando o fato corresponde a mais de uma infração penal, e uma for elemento constitutivo de outra, fase normal de preparação ou meio de sua execução. Não há também concurso, quando uma corresponde a norma que seja especial ou principal, relativamente a outra, geral ou subsidiária. § Único - Sempre que se tratar de acontecimento unitário, e de ofensa ao mesmo bem jurídico, exclui-se o concurso quando o fato punível praticado antes ou depois de outro, não aumentar o dano causado.
- 20) - Vêde STEVENSON, Concurso Aparente de Normas, in Estudos do Direito e Processo Penal em Homenagem a NELSON HUNGRIA
- 21) - Não se trata, aqui, do conceito de norma primária, em sentido KELSENIANO e, sim, de um vínculo de subordinação.
- 22) - Ob. cit. v. 1. p. 365
- 23) - HUNGRIA, ob. cit., v. 1, t. 1 , p. 151

- 24) - Cfr. HUNGRIA, ob. cit. v. 1 t. 1 ps. 152 segs.
- 25) - HILDEBRANDO ACIOLY, Direito Internacional Público
- 26) - Quanto às contravenções, não há extensão extraterritorial (Exp de Motivos da Lei das Contravenções Penais, n. 1 e art. 2º da L.C.P.)
- 27) - HUNGRIA, ob. cit., v. 1 t. 1, p. 174
- 28) - Genérica, por ^(distinta) ~~que~~ a chamada capacidade específica, a ser estudada, em ~~o~~ ^{Direito Penal} ~~o~~ ^{Legislação} (isto é, a referente àqueles crimes de sujeito ativo qualificado, quando a lei determina condições necessárias para que alguém possa ser sujeito ativo de determinada infração).
- 29) - in Curso de Direito Penal
- 30) - in Diritto Costituzionale
- 31) - Sobre a suspensão das imunidades parlamentares, vêde o art. 213 da C.F.. Vêde também, as disposições do Ato Institucional de 9/4/61, atinante a restrições decorrentes da excepcional situação revolucionária.
- 32) - PERGOLESI, Diritto Costituzionale
- 33) - CERETTI, ob. cit.
- 34) - Vêde, a respeito, a posição contrária, defendida pelo eminente deputado PEDRO ^(MEXO) ~~ALVARO~~ in Imunidades Parlamentares, passim.
- 35) - CARLOS MAXIMILIANO, em ~~sua~~ ^{seus} comentários, e, no mesmo ~~artigo~~ ^{artigo} Pontes de Miranda
- 36) - PANNAIN, Apud JOSÉ FREDERICO MARQUES, ob. cit.
- 37) - JOSÉ FREDERICO MARQUES, ob. cit.
- 38) - Ib.

Sistema das Interferências Interdisciplinares

O nosso itinerário principiou com uma introdução epistemológica, e a ela voltamos, agora, para inserir os conhecimentos expostos, em seu enquadramento mais amplo. Só assim daremos ao trabalho aquela "estrutura vertebrada", a que se referia CARNELUTTI como elemento indispensável para a verdadeira construção jurídica. Vale a pena lembrar que falamos sobre a epistemologia como teoria da ciência. A mesma palavra, quando impropriamente empregada como sinônimo de noética, gnosiologia ou teoria do conhecimento, representa coisa muito diversa. Esta outro estudos refere-se, não aos diferentes saberes particularizados, mas a todo e qualquer conhecimento em si mesmo, isto é, à possibilidade, essência, formas, certeza e limitações do conhecimento em geral(1).

Já vimos em que consiste a Ciência do Direito Penal, como ramo da Ciência do Direito. Agora, somando as perspectivas que no seu seio se abrem para o intercâmbio, procuramos o seu lugar no quadro geral do saber, à luz das interferências interdisciplinares - isto é, o mecanismo das relações entre o saber jurídico-científico ou, mais especificamente, jurídico-penal e os demais saberes.

Nos capítulos 1 a 5, principalmente, esboçamos o recorte epistemológico. Partimos da distinção entre as ciências (de axiomas, nomotéticas, idiográficas e normativas) para a fixação duma peculiaridade jurídico-científica, segundo o objeto formal ou ponto de vista. Aprofundando a indagação, vimos que, pondo de lado as matemáticas, pela sua estrutura axiomática especial, as ciências não-normativas - nomotéticas ou idiográficas - regem-se pelo princípio de causalidade, seja ele na explicação causal dos fenômenos isolados e concretos (idiográficas), seja na preocupação da análise dos fenômenos em sua reiteração (leis científicas), tanto natural, quanto social (nomotéticas), seja predominantemente de explicação, seja predominantemente de compreensão (ciências naturais e ciências humanas).

As ciências normativas, acentuamos, regem-se, ao revés, pelo princípio de imputação. Elas pertencem, não ao domínio cau-

sal ("seco" ou temperado pela compreensão), mas ao domínio imputativo , isto é , obedecem, não ao esquema - dado a , será b, mas ao esquema - dado a , deve ser b, expressão do sein sollen, independentemente de que ocorra , ou não. Ditas ciências normativas são propriamente científicas , na medida , porém, em que descrevam normas , organizando-as sistematicamente, e não que ditem normas; as normas ^(são o seu objeto formal) . Quando, nas ciências nomotéticas , asseveramos que , dadas certas condições de temperatura , ocorre a dilatação de certos corpos , referimos um fenômeno que ocorre , de fato, e por isto se pode exprimir numa lei científica. Ao contrário, quando repetimos que , dado o fato de se produzir (agente humano imputável) a morte de alguém , deve ser a sanção prevista no Código Penal, sob a rubrica - homicídio-, organizamos proposições que descrevem a estrutura normativa_imputativa , como dever-ser, sem que o homicídio ocorra efetivamente ou sequer que a sanção lhe seja imposta , como fatalidade (a relação jurídica punitiva que exige a sanção pode não ter uma realizabilidade concreta , na interferência da relação processual , cujo desfecho seja, por exemplo, a absolvição pela dúvida).

A Ciência do Direito Penal não se distingue da Ciência do Direito , de que é apenas um ramo, senão nisto de que cogita , em particular , das infrações previstas como ilícito penal-crime, quase-crime ou contravenção - um setor do ordenamento jurídico , por isso mesmo vinculado à totalidade deste, uma totalidade orgânica , formando um sistema de normas.

Agora , trataremos , conforme ficou anunciado, do sistema de interferências interdisciplinares , assim distribuído -1)interferências entre a Ciência do Direito Penal e a Ciência do Direito, em geral; 2) interferências entre a Ciência do Direito Penal e as ciências idiográficas ; 3) interferências entre a Ciência do Direito Penal e as ciências nomotéticas;4) interferências entre a Ciência do Direito Penal e as disciplinas filosóficas.

Todo esse quadro de relações , que não desfigura a peculiaridade dos pontos de vista e a relativa autonomia setorial dos diferentes estudos científicos , manifesta , igualmente , a solidariedade e polarização unificadora do saber humano. É este último aspecto que se enfatiza , sob certo ângulo, no sistema das interferências interdisciplinares.

Antes de mais nada , porém, é preciso notar que o reconhecimento das interferências interdisciplinares não dedorre de um

ecletismo metodológico em que se misturem as perspectivas idiográfica, nomotética, normativa e até meta-científica (filosófica), enquanto referidas ao objeto material único - o Direito Penal. Ao contrário, é na medida em que o próprio ordenamento jurídico (no caso, especificamente, o setor jurídico-penal) faz recepção expressa ou implícita de elementos estranhos à Ciência do Direito (ausserrechts-wissenschaftlich) que a pureza metodológica mesma exige uma forma especial de hetero-integração.

Para designar essas ordens de interferência, a que nos vimos referindo, é costume falarem "ciências auxiliares", expressão que MANZINI, acertadamente, reputa defeituosa(2). Mantendo a diversidade metodológica, ele fala em relações de integração entre as diversas ciências e o Direito Penal e acentua que a elaboração, de fato, não pode e não deve ficar isolada em si mesma, tendo ainda a necessidade de recorrer a contribuições lógicas e históricas, provenientes de outras disciplinas.

Partindo daí, alargamos o conceito de integração, procurando sistematizá-lo, para demonstrar que, afinal, ele atinge, mais ou menos acentuadamente, todo o quadro do saber, e não apenas as contribuições lógicas e históricas. O nosso intento é superar a estéril polêmica das escolas, num caminho unificador, sem prejuízo da especificidade do ângulo normativo, a que, por força da natureza própria da Ciência do Direito, nos subordinamos. Para esse fim conciliador, avançamos um pouco mais na trilha das concessões, esboçada pelo recuo metodológico dos ^{positivistas} ~~positivistas~~ (sobretudo a partir de FLORIAN) e pelo progresso dos neoclássicos (enquanto estes últimos não se recusaram a assimilar algumas conquistas da Escola Positiva). Tal maleabilidade, aliás, busca inspiração na mudança das instituições penais, dentro do panorama legislativo. (3) Evitamos, contudo, o tumulto metodológico, observável nos ecletismos de emergência, ou o "sonambulismo"(4) programático, gerador de confusões ainda mais graves.

O nosso trabalho procura traduzir e sistematizar algo que se infere dos próprios ordenamentos jurídicos contemporâneos e que deve reger, por isso mesmo, toda construção jurídico-científica. Em todo esse panorama, queremos manter bem aberta, contudo, a consciência de que a Ciência do Direito e, portanto, o seu ramo penal só podem ser entendidas como ciências abrangedoras (verstehend), como faz, por exemplo, RADBRUCH, na medida em que a articulação do saber científico-normativo aos demais saberes seja contida

e limitada pelo ordenamento jurídico-positivo. Daí a necessidade da exemplificação, mediante referência ao material empírico: o ordenamento jurídico vigente hic et nunc. Mas não se trata, simplesmente, de explorar-lhe os "órgãos respiratórios", como fez ALTAVILLA, e sim de ordenar num padrão coerente o material a ser absorvido. Doutra forma, a própria absorção ficaria comprometida pelo caráter desconchavado dos elementos inseridos, como se, aberta a alfândega, não mais se atentasse para a passagem de objetos de contrabando e descaminho.

GRISPIGNI pôs em foco a multiplicidade dos pontos de referência que intervêm neste delicado mecanismo (5). "O próprio estudo das normas, para lograr ser completo", diz ele, "deve ser levado a efeito de tão diversos pontos de vista (dogmático, sociológico, filosófico e político)(6), que é necessário ulteriormente distinguir várias disciplinas, cada uma das quais estuda as normas sob um de tais pontos de vista. Contudo, importa acrescentar imediatamente e pôr, mesmo, em relêvo máximo que a distinção entre as disciplinas supraindicadas não só não exclui, mas antes exige que cada uma delas se reporte e tenha presentes os resultados da outras, de forma a proceder em estreita solidariedade à execução dos objetivos de cada uma delas".

Sob tais auspícios é que situamos o intento de sistematização, procurando, a nosso modo, indicar como o entrosamento se verifica. Daí a remissão às interferências interdisciplinares, mostrando como as disciplinas não-jurídicas operam na intimidade construtiva da Ciência do Direito e, portanto, com a pureza do método sujeita às "impurezas" do conteúdo, associando, indeclinavelmente, os resultados científicos a que se chega, sob os mais diversos pontos de vista (objetos formais diferentes incidindo sobre o objeto material único).

A interferência in concreto mantém-se nas lindes da disciplina normativa. Tornaremos isto mais claro com um exemplo, tanto sob o ângulo da integração dos pontos de vista em interferência, quanto sob o ângulo da subordinação ao jurídico. O art. 123 do Código Penal define o crime de infanticídio: "matar o filho, sob a influência do estado puerperal...". Está visto que a interpretação deste dispositivo - isto é, a delimitação do marco normativo, para orientar as derivações materiais, em sentido kelseniano - demandará o entrosamento, no sistema jurídico, da noção que nele não

81

foi gerada , ou , seja , proveniente da ciência não-jurídica (e , no caso, nomotética) que a lei expressis verbis recebe. Abre-se o marco normativo, portanto, à recepção do extra-jurídico. Todavia, se analisarmos o conceito de estado puerperal , veremos que ele , fora da Ciência do Direito Penal, não é de nenhum modo pacífico. Há autores que , no terreno científico extra-penal e , inclusive , genericamente, extra-jurídico, negam , em tese , a possibilidade da "desnormalização psíquica resultante do parto"(7). Ora , se é exato que o art. 123 do C.P. não estabelece relação necessária entre o parto e uma diminuição do auto-governo da parturiente, conduzindo, como assenta a boa doutrina , à verificação, em cada caso, da ocorrência , ou não, de tal seqüela , não é menos certo que , diante da definição legal do infanticídio , descabe a negação, pura e simples, de um estado puerperal - o que teria a impossível consequência de admitir um dado científico extra-jurídico, para negar o que é juridicamente imposto. A recepção é limitada pelo marco normativo. A lei , então, exige que se procure , fora do Direito Penal, a noção daquele estado, mas não tolera que se negue , por falta de apêlo externo, a possibilidade, sequer , da configuração do delito. Nada impede que o jurista exerça a crítica , propondo a reforma do dispositivo, mas , enquanto ele vige , a ele ficará jungido. O cometimento crítico não é tarefa do jurista , enquanto tal, isto é, na interpretação e construção jurídicas. A reforma da lei pode surgir na boca e na pena do jurista, sendo nisto útil e legítima, inclusive pelo conhecimento especial que ele tem; mas não representa a sua tarefa específica; é outra coisa , muito diversa. Prova disto é que ele não pode afirmar a "revogação" do art. 123 , pela superveniência de um dado científico extra-penal que o tornou inviável.

No primeiro grupo de interferências que enumeramos, cogita-se das que se estabelecem entre a Ciência do Direito Penal e a Ciência do Direito em geral. Seria preciso dizer mais do que isto ? A Ciência do Direito Penal é ramo da Ciência Jurídica e entre elas não pode haver contradição , simplesmente porque o ordenamento jurídico é único, orgânico , e é inconcebível que o sistema de normas vigentes venha a "explodir" , por força de contradições intrasistemáticas. O ordenamento jurídico-penal é apenas parte do ordenamento global e pertence àquela pirâmide kelseniana , a que nos referíamos no capítulo 5. Uma hierarquia de normas traça , inclusive,

o sistema de fundamentações e derivações, desde o vértice constitucional até a base ampla e derivada das normas individuais. Neste roteiro, cheio de mediações, as referências cruzadas saltam à vista.

Considere-se, por exemplo, o crime previsto no art. 168, § único, I, do C.P. - apropriação de tesouro. Ver-se-á que somente o art. 607 do Código Civil pode esclarecer em que consiste a parte a que tem direito o proprietário do imóvel. Mais adiante, na apropriação de coisa achada (art. 169, § único, II), encontra-se referência à "autoridade competente". Para determiná-la, é necessária remissão ao art. 591 do Código de Processo Civil: dita autoridade é a autoridade policial.

A Ciência do Direito volta-se para o ordenamento jurídico, tendo por objetivo conhecer normas, dentre as quais as normas penais constituem um setor, assim como a Ciência do Direito Penal é apenas um ramo da Ciência Jurídica geral. Na organicidade do ordenamento, o sistema de relações é evidente. No capítulo 1, assinalamos, ademais, alguns aspectos da interferência entre o Direito Penal e os outros ramos do Direito, com as disciplinas científicas em que eles se distribuem, para o estudo especializado. Para fixar as fronteiras, assinalamos que, enquanto as normas penais regulam o nascimento, a alteração ou a extinção da pretensão punitiva, as normas processuais penais estabelecem os pressupostos e regulam as atividades preparatórias e essenciais da função jurisdicional penal, isto é, disciplinam a realização da justiça penal nos casos concretos(8). As normas processuais penais concernem à pretensão punitiva em sua manifestação (ação penal) e apuração (processo e julgamento). É neste sentido que se diz que o Direito Processual é instrumental ou formal, enquanto "serve de meio"(9), para fazer observar o direito "material" correspondente. Mas já se advertiu que o Direito Processual não constitui apenas um "adjetivo", posto a serviço do Direito "substantivo". É verdade que disciplina o processo - que tem por fim obter a decisão sobre uma relação de direito "material", a relação punitiva; mas, ao regular a aplicação do direito "material" aos casos concretos, o Direito Processual manifesta a sua própria independência e, por assim dizer, se "materializa" também.

A ação penal pode ser intentada, sem que, de fato, tenha ocorrido uma infração penal (siquier um quase-crime), pois visa a obter uma decisão sobre a pretensão punitiva que, no processo, vai ser apurada. O objeto da ação é verificar a existência ou

inexistência da pretensão. O que nasce da infração penal é o direito de punir, mas este não é auto-executável. Num Estado de Direito, vigora o princípio - nulla poena sine iudicio. A ação penal, através da qual se manifesta a pretensão, é, como toda ação, inclusive a civil, o "meio de obter dos órgãos judiciários a atividade necessária para dar ao direito subjetivo a plena satisfação que cabe ao seu titular" (LIEBMAN) (10). Mas, justamente porque é indispensável a apuração da pretensão manifestada, o que vai ocorrer no processo, a ação constitui, em si, um direito subjetivo autônomo. "A ação vive e atua, prescindindo do direito que o autor quer ver protegido. Não só a pretensão infundada, mas inclusive a temerária, a pretensão do improbis litigator, merecem a consideração da atividade jurisdicional" (11). Somente após o exercício da ação dentro do processo é que vai ser julgado o mérito da pretensão. A ação penal pode ser intentada, sem que tenha ocorrido o fato - infração penal ou sem que o acusado seja seu autor. "Desde o início, o Estado enfrenta o dilema: há de permitir, e até ordenar, a formação do processo, com risco de que o acusado seja inocente, ou renunciar à Justiça Penal" (12).

Acentuamos, com mais pormenores, a interferência entre as ciências jurídicas do Direito Penal e do Direito Processual Penal, pela óbvia razão da intimidade entre as duas disciplinas. CARNELUTTI dizia que o Direito Penal é "paralítico". É o Direito Processual Penal que lhe oferece uma cadeira de rodas... Mas, de toda sorte, já no capítulo 1, procuramos dar uma visão geral do panorama geral de interferências entre as disciplinas jurídicas, a partir da cúpula constitucional, que, como afirmava PELEGRINO ROSSI, é "cabeçalho" de todos os ramos do Direito. Em termos gerais, conviria ainda acentuar que as relações entre as disciplinas jurídicas e a Teoria Geral do Direito (vêde o capítulo 5) não é propriamente de ciências autônomas, pois a Teoria Geral não constitui ciência, mas arranjo pragmático de certa ordem de estudos científicos e filosóficos. Na parte, todavia, em que a Teoria Geral do Direito (e do Direito Penal, especialmente) se apresenta como "uma teoria do direito positivo em geral, e não de um direito particular" (13), elaborando inclusive os "conceitos comuns a todos os ramos do direito", isto é, na medida em que é Teoria Geral stricto sensu e veicula elementos de Lógica Jurídica Geral, ela será mais do que influente nas ciências jurídicas especiais: dá-lhes fundamentos e pressupostos indeclináveis.

42

O segundo grupo de interferências, que arrolamos, prende-se às relações entre a Ciência do Direito Penal e as ciências idiográficas, particularmente a História. Já tivemos ocasião de observar, com Bellavista, que um instituto jurídico não sai, como Minerva armada, da cabeça de Júpiter legislador. Ele se prende a uma tradição; representa, quase sempre, a transformação de institutos preexistentes; e, pelo menos em parte, conserva um elemento histórico, muitas vezes indispensável para a compreensão do ordenamento vigente.

MANZINI assinala que a história do Direito, mais do que simples contribuição ou auxílio, é "um indispensável critério explicativo e interpretativo, tanto do ponto de vista genético e evolutivo, quanto sob o aspecto atual"(15).

Alguns exemplos permitirão esclarecer a maneira por que o ordenamento jurídico se reporta, expressa ou implicitamente, à História.

O art. 240 do Código Penal incrimina o adultério, sem defini-lo. Significará isto que ao juiz é facultado considerar adultério aquilo que melhor lhe pareça? De nenhum modo. O adultério tem um sentido cristalizado, na semântica jurídica, e a ele o legislador, indiscutivelmente, se reporta.

Há, inclusive, institutos jurídico-penais que representam pura referência do ordenamento jurídico a uma conceituação tradicional, como a anistia (art. 108, II, do Código Penal).

A interferência do aspecto histórico pode, inclusive, manifestar-se na dinamização de um preceito, integrado por elemento extrajurídico, de característica mobilidade. O conteúdo normativo (Rechtsinhalt) apresenta, não raro, um elemento móvel, de característica mobilidade. Assim, por exemplo, na idéia de ato obsceno ou de "mulher honesta" (arts. 216, 219 do C.P.). MAGALHÃES NORONHA destaca, a esse propósito, que a honestidade feminina não pode ser vista "em sentido muito estrito e rigoroso", que ela não se confunde com legalidade da conduta, inadmitindo, dessa forma, a equiparação da mancebia à deshonestidade(16). O que é "honesto" varia com o tempo e até com certos preconceitos, inclusive discriminatórios (que também o tempo vai apagando, como a distinção entre o que é "honesto" para a mulher e para o homem, na vida sexual). Toda a modalidade chamada evolutiva da interpretação tem um inegável vínculo histórico, acentuado, entre outros, por NELSON HUNGRIA (17).

47

O sistema de interferências com as ciências nomotéticas traz à colação outros importantes aspectos. Nele, manifesta-se, desde logo, e da forma doméstica mais íntima, o contacto entre a Ciência do Direito Penal e as chamadas "Ciências Penais", como a Sociologia, a Psicologia, a Biologia Criminais, entre outras.

Basta lembrar os requisitos bio-psíquicos para a definição da imputabilidade, conforme o art. 22 do C.P. MEZGER, por isso mesmo, atribui à imputabilidade a índole de "instituto misto" (18). Decerto, não se admite a transposição do marco normativo, porém da mesma forma não se pode negar que a própria reclama o entrosamento com as noções extra-jurídicas de doença mental, perturbação da saúde mental e outros conceitos semelhantes. A própria investigação criminológica faz-se necessária, para o estabelecimento das chamadas agravantes e atenuantes judiciais do art. 42 do C.P., e talvez seja por isso que ele é tão maltratado na jurisprudência, pela falta de uma bem ampla informação dos juizes a tal respeito. Carecendo desta, tendem a tratar a disposição com uma timidez que chega ao ponto de copiá-la, simplesmente, nas sentenças, ao invés de aplicá-la.

Veja-se também os casos da verificação da periculosidade (art. 77 do Código Penal) ou sua cessação (art. 60, II e 81), a superveniência de doença mental (art. 83), os conceitos de enfermidade incurável (art. 129, §2º, III), moléstia venérea (art. 130), moléstia grave (art. 131), alienação e debilidade mental (art. 224), invalidez (art. 244), epidemia (art. 269), doença contagiosa (art. 268), substância medicinal (art. 270, 272, 273... compreendendo também a substância alimentícia), de coisas ou substância nociva à saúde pública (art. 278), de substância entorpecente (art. 281) e assim por diante.

Sob o ponto de vista processual, ademais, outros fecundos elementos de integração nomotética surgem, a cada passo. Notem-se a imprescindibilidade da investigação da vida progressa (art. 6º, IX, do C.P.P.), as aplicações científicas na organização das perícias, inclusive na fase executória e muitos outros aspectos.

Figure-se, ademais, a imprescindível análise sociológica indispensável ao conceito de rusticidade (Exposição de Motivos da Lei das Contravenções Penais, nº1), para que se entenda

excusável o erro de direito nas contravenções (art. 8º da LCP).

Finalmente , cumpre fazer uma referência ao ângulo filosófico que interfere na Ciência do Direito Penal. Já de acentuou que a própria estrutura do ordenamento envolve uma série de opções filosóficas , que é fácil desvendar. Quando o legislador , adotando o princípio da responsabilidade moral, afirma que fez abstração da "interminável e insolúvel controvérsia" a respeito (Exp.Mot. C.P. , nº4) , pretende haver superado a oposição entre os livrearbitristas e os deterministas . Mas , admitindo , como a priori (sic!) , em relação à experiência moral , a autonomia da vontade humana , isto é, tomando a responsabilidade moral como um "postulado", independentemente do problema que chama , equivocadamente , de "metafísico" , recaiu numa das pontas do dilema que pretendia evitar. E a confusão é agravada , no momento em que , com todo esse emaranhado teórico, assevera que adotou a responsabilidade moral para fins "práticos", o que importa em contrabandear o que chamou de "metafísica", sob a invocação de uma conveniência... pragmática! E fazê-lo com toda pompa , de vez que , sem a solução adotada , entendia que o Código Penal resultaria numa "congérie de ilogismos"... nos quais não deixa de incidir, por sua própria conta, de vez que a fundamentação ali apresentada não é certamente duma lógica impecável.

Também ao disciplinar a causalidade (19), não escapa à "filosofia implícita" , por isso mesmo um tanto cambaleante e "sonambúlica", tal a impávida suficiência com que dá à noção de causa um sentido apriorístico (sic!) aplicado à "compreensão do mundo sensível". Por mais respeitável - embora de nenhum modo indiscutível - que seja tal opção , o traço idealista permanece , como substrato filosófico, ao demais contestável , sob outros pontos de vista , filosóficos , ou até científicos. Que resta do a priori , no laboratório de PIAGET ? O mais curioso é que , reiteradamente, a pretexto de não filosofar, o legislador ali trai uma "filosofice" a que deu força normativa.

Poderíamos multiplicar , com os textos legais mesmos , os exemplos de interferência filosófica no âmago da Ciência do Direito Penal. Vamos limitar-nos a breve referência à graça e indulto, que encontram sede no art. 108, II do Código Penal. Esses institutos representam, como é sabido, uma sobrevivência da clementia principis, entre nós encarnada no Presidente da República , a cujo elenco de atribuições expressamente pertencem (art. 87, XIX , da Constituição Federal). Assinalava RADBRUCH que o instituto jurí-

41

dico da graça "pode fer por tarefa fazer valer a Justiça , perante o Direito Positivo, e a finalidade individualizadora , perante à igualdade esquemática da Justiça. Também pode ter por finalidade resolver, de forma distinta do que ocorre na sentença, as possíveis antinomias dentro de cada um desses elementos e , assim, fazer valer o Direito Material perante a ^{fôrça da} coisa julgada na sentença, a equidade perante a Justiça e a finalidade geral política, isto é , a conveniência inteligente do Estado perante a finalidade específica da Política Criminal. Assim entendida , a graça manifesta-se como uma instituição jurídica , enquanto meio especial para alcançar o Direito Justo"(20).

O Instituto da graça abre , portanto, um caminho para a recepção de valores meta-jurídicos (no sentido de anteriores e superiores ao Direito Positivo), em cumeeiras de especulação axiológica (matéria filosófica) e , eventualmente , com ainda mais amplas conotações ... religiosas !. Não estariam elas palpitando sob a pena de NIETZSCHE , quando ligava a Justiça ao Amor ? "Dize , onde se encontra a Justiça , que é Amor , de olhos videntes ?"(21).

Notas

- 1) HESSEN, Tratado de Filosofia , vol.I.
- 2) DIRITTO PENALE ITALIANO, I.p.6.
- 3)Cfr. ROBERTO LYRA FILHO, Esboço dum Sistema de Interferência Interdisciplinares e Livramento Condicional e Interferências Inter disciplinares, UnB.
- 4) É a cegueira epistemológica , a que nos referíamos no cap. 1.
- 4) Diritto Penale Italiano, I,p.4.
- 5) Política , no sentido de política criminal ou consideração do Direito Penal sob o aspecto de luta eficaz contra o delito (MEZGER).
- 6) HELENO FRAGOSO, Lições de Direito Penal, I,p.67.
- 7) VANNINI, Manuale di Diritto Processuale Penale,
- 8) CALAMANDREI, Istituzioni di Diritto Processuale Civile.
- 9) Manuale di Diritto Processuale Civile.
- 10)COUTURE, Fundamentos del Derecho Procesal Civil.
- 11) BELING, Derecho Procesal Penal.
- 12) GRISPIGNI, Diritto Penale Italiano.
- 13) EDUARDO CARLOS, Introducción al Estudio del Derecho Procesal.
- 14) Diritto Penale Italiano , I, p.47.
- 15) Direito Penal , I.
- 16) Comentários ao Código Penal , I , l. p. 79.

18) Tratado de Derecho Penal ,II,p.59.

19) Ob. cit., I,p.224.

20) Na terminologia constitucional, são sinônimos. Na terminologia penal, graça é o favor individual; indulto , o coletivo. As observações de RADBRUCH aplicam-se a ambos.

21) RADBRUCH, Kleines Rechtsbrevier.

(IX)

Desenvolvimento da Criminologia

Ao estudar a metodologia da Ciência do Direito Penal, tivemos oportunidade de salientar que o crime, o criminoso e as sanções criminais poderiam ser estudados sob mais de um ponto de vista. Como ente jurídico e no âmbito normativo é que essa temática aparece, na Ciência do Direito Penal. Mas ela também pode ser abordada como fato natural e social - isto é, sob os diferentes aspectos bio-psico-sociais. Avolumam-se investigações, verificações, teorias que visam a iluminar a conduta delituosa, não já sob o ângulo dogmático-jurídico, e sim sob o aspecto naturalístico e sociológico. É inegável, por outro lado, a importância de tais elementos, para as próprias tarefas comezinhas do jurista. Referimo-nos, por exemplo, às indagações exigidas pelo art. 42 do Código Penal. O legislador assinala que "o réu terá de ser apreciado através de todos os fatores, endógenos ou exógenos, de sua individualidade moral e da maior ou menor intensidade de sua mens rea ou da maior ou menor desatenção à disciplina social. Ao juiz incumbirá investigar, tanto quanto possível, os elementos que possam contribuir para o exato conhecimento do caráter ou índole do réu - o que importa dizer que serão pesquisados o seu curriculum vitae, as suas condições de vida individual, familiar e social, a sua conduta contemporânea ou subsequente ao crime, a sua maior ou menor periculosidade (probabilidade de vir ou tornar a praticar ato previsto como crime). Esta, em certos casos, é presumida pela lei, para o efeito da aplicação obrigatória de medida de segurança; mas, fora desses casos, fica ao prudente arbítrio do juiz o seu reconhecimento" (Exp. Mot. C.P., nº24).

Essas e outras tarefas do juiz não podem ser executadas, sem a utilização de uma série de elementos alheios à Ciência do Direito Penal, em sentido estrito, e que pertencem ao elenco do que chamamos de sistema das interferências interdisciplinares.

MEZGER demonstrou que a disciplina criminológica não constitui mais uma simples ciência auxiliar, porém elemento próprio da Ciência do Direito Penal - o que parece indiscutível, desde que

mantidos os limites da recepção e da subordinação ao normativo.

Nem é outra a atitude dos que se dedicam a tais estudos, dentro do espírito de "amistosa colaboração", recomendado na 2ª conclusão do Convênio Internacional de Criminologia Clínica (2). A própria lei impõe o entrosamento dos subsídios criminológicos.

Aqueles estudos, que focalizam o crime, o criminoso e as sanções criminais, sob o ponto de vista diverso do estritamente jurídico, são comumente designados, ora como "ciências penais", ora, lato sensu, Criminologia.

A palavra - Criminologia, que se difundiu através da obra com este título, de GAROFALO, aparecida em 1885, já teria sido usada, anteriormente, pelo antropólogo francês, TOPINARD(3). Não é, porém, com GAROFALO que aparece uma consideração naturalística ou sociológica do crime. A ele vinculou-se o nome da jovem disciplina, que já aparecera e florescera com outros rótulos.

Referindo-se aos chamados dois grandes Césares - CESARE BECCARIA e CESARE LOMBROSO - VAN HAMEL, numa frase célebre, indicava, precisamente, a pregação humanitária do primeiro e a inauguração dos grandes estudos criminológicos, realizada pelo segundo: "BECCARIA disse ao homem: conhece a Justiça; LOMBROSO disse à Justiça: conhece o homem".

Em que pesem os exageros iniciais, típicos da atuação de pioneiros, LOMBROSO, com o seu l'Uomo Delinquente (1876), marca o nascimento da Antropologia Criminal, que depois se irá integrar, como um de seus ramos, na Criminologia emergente. Noutro capítulo, trataremos, com mais pormenores, da contribuição de LOMBROSO e dos seus antecessores, como os fisiognomnistas, frenologistas e demais investigadores, que lhe prepararam o terreno. Na lista desses precursores, veremos que estão ARISTÓTELES, fundador da fisiognomonia, e GALL, que cuidara da frenologia, assim como os outros autores nos quais LOMBROSO buscou inspiração, remontando a HOMERO e SALOMÃO e recolhendo, com as sugestões de ARISTÓTELES, as de AVICENA e DELLA PORTA, principalmente. LOMBROSO defendeu a idéia fundamental da origem bio-psíquica do criminoso, e, "levado pela consideração de que, em muitos delinquentes, encontramos sinais da humanidade remota, admitiu a hipótese da delinquência como fenômeno atávico. Depois, teve concepção mais complexa, indagando as causas do fenômeno na parada do desenvolvimento físico-psíquico, determinada por afecções epiléticas ou anomalias de várias ordens"(4).

Há , porém, outra vertente criminológica: nesta, a tônica não é posta nos aspectos individuais , bio-psíquicos , mas nos sociais. Daí , ao lado do estudo bio-psíquico, a integração sociológica, dentro da qual se "toma o crime como fato da vida em sociedade, estudando as suas manifestações , as condições da estrutura e do processo sociais que influem sobre a criminalidade"(5). Quem primeiro usou a expressão Sociologia Criminal foi ENRICO FERRI , na terceira edição dos seus NUOVI ORIZZONTI DEL DIRITTO E DELLA PROCEDURA PENALE , obra que , naquela edição , foi rebatizada - SOCIOLOGIA CRIMINALE. FERRI abria caminho a uma série de fecundas indagações, tendendo a considerar a Sociologia Criminal como a ciência global da criminalidade , absorvendo os anteriores estudos antropológico-criminais , como os de LOMBROSO, e até a Ciência do Direito Penal, ambas subordinadas à disciplina sociológica. Para FERRI, a Sociologia Criminal se desdobraria em dois ramos fundamentais : o bio-psico-social (com a Antropologia e a Estatística Criminais) e o jurídico (Direito Penal , Processual Penal e Penitenciário). Um discípulo de FERRI, entre nós , dentre os mais fiéis, é ROBERTO LYRA(6). Cumpre notar , ademais , que o sociologismo de FERRI padece daquele vício naturalista, que não distingue a peculiaridade das Ciências do Homem , como vai bem destacado nos estudos epistemológicos de MACHADO NETO, entre outros(7).

O próprio FERRI admitiu , mais tarde , que se designasse a Sociologia Criminal - assim como ela a concebera- com o rótulo, já então consagrado , de Criminologia(prefácio redigido para o livro de RABINOWICZ, Mesures de Sûreté , Paris , 1929).

O elenco das disciplinas criminológicas não ficou por aí. Sua extensão e diversidade sugeriu , inclusive , a atomização da Criminologia nas chamadas "Ciências Penais" , englobando, inclusive , uma Política Criminal de pretensões científicas e visando a estabelecer , com esta última , o "conjunto de princípios , segundo os quais deve o Estado organizar a luta contra a criminalidade"(8)..

De FERRI , LOMBROSO , GAROFALO e demais precursores , aos quais se veio acrescentar logo uma plêia de de investigadores , promanaram os estudos criminológicos , que , com diferenças de método ou de etiqueta , mantinham o objetivo comum , do estudo bio-psico-social do crime. De NICEFORO a autores mais recentes , como SUTHERLAND ou DE GREEF(9) , medraram pelo mundo a fora os trabalhos criminológicos. Nestes , não faltaram destacados bra-

sileiros, opulentando o rol dos que traziam contribuições à Sociologia Criminal, à Biologia Criminal, à Criminalística(10), à Antropologia Criminal, à Psicologia Criminal e até à Psicanálise Criminal. Entre os brasileiros, sublinharemos a importância de TOBIAS BARRETO, CLÓVIS BEVILAQUA, NINA RODRIGUES, EUCLIDES DA CUNHA e AFRÂNIO PEIXOTO, principalmente(11).

De todo este impulso resultou uma situação difusa, profusa e algo confusa que inspirou a DE Greef o comentário sensato: "a ciência do crime e do criminoso ainda cerece de disciplina"(12).

A situação, esboçada por AFRÂNIO PEIXOTO, eramais ou menos esta: "Foram vãos os esforços por definir o crime, ação anti-social, como um fato preciso e irredutível da natureza: as variações no tempo e no espaço, dentro da mesma sociedade, tornam precária e contingente tal noção. Resta o criminoso, cuja personalidade, estudada, revela dessemelhanças com os outros homens, que podem talvez explicar-lhes o modo de ser, talvez a sua criminalidade. Foi a arrogância da Escola Positiva do Direito Penal. Foi-lhe também a decepção. Nenhuma das taras, das anomalias pôde explicar como e por que era criminoso, quando outros tarados, anômalos, doentes idênticos eram honestos. O conhecimento, razão de ser, torna-se perplexo, duvidoso, discutível. Nem todas as ciências da natureza, entretanto, pretendem a noção causal originária. Ao lado da Geologia, que estuda a formação da terra, de sua origem a seu termo, há uma Geografia, de outro endereço, que descreve a terra formada e permite conhecê-la com certezas úteis. Há uma Etnologia ou Antropologia, que estuda o homem, as raças humanas; há, porém, uma Etnografia, mais possível, que talvez prepare o advento da outra, e é descrição das raças humanas, inventário delas, de seus meios, descritiva e que é conhecimento útil".⁽¹³⁾ Assim, AFRÂNIO pretendia que os estudos criminológicos, àquela altura, se contentassem com a modesta condição duma Criminografia, "conhecimento objetivo e descritivo, não interpretativo e dedutivo do criminoso", ~~assim~~ à maneira de prévia etapa. Ainda que não se concorde inteiramente com as observações de AFRÂNIO, é preciso reconhecer que ele feriu lucidamente os pontos básicos da problemática epistemológica da Criminologia: o conceito de crime, a dificuldade de estabelecer causas, os obstáculos à tentativa de síntese e leis científicas.⁽¹⁴⁾

O tumulto era, todavia, sinal também de riqueza. Nascia uma

ciência.

Um dos problemas que emergiram, logo, foi a ausência de criminólogos (especialistas, de verdadeira e geral formação criminológica), pois os que se dedicavam à nossa ciência eram médicos, psicólogos, sociólogos, juristas, mais tarde psicanalistas - e cada um tendia a encarar a disciplina sob um vizez característico da sua visão profissional. Daí também as dificuldades de harmonização; e a Criminologia, como notou HERZOG, ficaria, portanto, naquele estado de profusão tumultuária, como busca "de conhecimentos que acumula, sem coordenar"(15)

O núcleo dificultoso é, portanto, o metodológico, o epistemológico, para que exista a Criminologia, independentemente das ciências que a comporiam, originariamente.

Desde logo se advirta, porém, que a atomização num elenco de "ciências penais" não resolve nada, nem paga o preço, como pretensão nomotética, de extrair "leis", em todo caso híbridas, pois o crime fica ^{situado} ~~situado~~ no enlace natural-social - como, aliás, diga-se de passagem, TODAS as Ciências do Homem, de vez que este mesmo se põe em tal fronteira. Esta observação demonstra que o reajuste metodológico, ao qual dedicaremos alguma reflexão, neste e nos próximos capítulos, não é um cometimento impossível.

Note-se, também, que os problemas constitutivos da Criminologia não impedem a aplicação de algumas das suas aquisições. Há, ninguém nega, certa soma de verificações bio-psico-sociais, perfeitamente madura, ensejando a utilização imediata, ainda que continue, domesticamente, o debate epistemológico. Nem vai nisto paradoxo, pois, em maior ou menor grau, dito debate surge, não só nas Ciências Humanas, porém, igualmente, em TODAS as demais. Basta lembrar, a respeito, a questão axiomática, nas próprias matemáticas, a disputa quanto à estrutura de microfísica, o vitalismo ou antivitalismo biológico, o naturalismo e o culturalismo na Sociologia, o behaviorismo e o gestaltismo na Psicologia, o etnocentrismo, desafiado, na Antropologia, até, sem dúvida, a metodologia jurídica, muito mais polêmica do que tantos jurisprudências arrogantes desejariam confessar...

O hibridismo natural-social mesmo não é um obstáculo, tal como procuraremos demonstrar, nos capítulos subsequentes. Não estamos longe da síntese criminológica pessimisticamente encarada por HERZOG. Ela apenas terá de combinar e, não, somente justapor os elementos

integrantes das contribuições especiais. Chamei essa orientação de approach unificador(17), desenvolvendo tal ^{análise} valorização multidimensional, na apreciação da dinâmica do delito, inclusive perante casos concretos(18).

Não parece impossível praticar, desde já, uma Criminologia entendida como "ciência do fenômeno criminal sob todos os aspectos" (19) - não-normativos, é claro, embora com estes últimos perfeitamente entrosada, quer no plano das interferências interdisciplinares, quer no da crítica (o cientista, não jurista, pode evidentemente, lançar a visão crítica sobre as formulações legislativas. Diríamos mesmo que ele deve fazê-lo, para inspirar novas soluções de lege ferenda).

Nesse entendimento, a Criminologia ficaria dividida em dois ramos: o bio-psíquico e o sociológico, tendo a síntese criminológica a função de correlacioná-los. Mas, para que se ^{atinga} esta disposição global da disciplina, ainda cumpre enfrentar um problema que deixamos em suspenso, e que constitui nova sistemática de posicionamento da Criminologia perante o Direito Penal (20), já referida por SEELIG.

Diz-se que o crime, afinal de contas, não é definido, nem por elementos bio-psíquicos, nem por dados sociológicos - estes, quando muito, poderiam servir para esclarecê-lo, mas pela opção, que é a legislativa. Por outras palavras, o recorte do objeto a estudar seria, ainda e sempre, normativo (21), variando, em tempo, lugar e até, ainda mais convencionalmente, dentro de um mesmo país e à mesma época (tal como no caso dos EEUU, em que temos um Direito Penal, em sua maior parte, estadual, e não nacional).

A preocupação no sentido de achar uma definição de crime, independentemente dessas oscilações legislativas, já aparecia em GAROFALO (22), que, abandonando as formulações legislativas, buscou a noção de um tipo de "crime natural", isto é, aquele que se apresentasse, conceitualmente, acima da diversidade das legislações. Para ele, o crime natural seria "ofensa ao sentimento altruísta fundamental de probidade e piedade na medida média em que se encontra, nas raças humanas superiores, necessária para adaptação do indivíduo à sociedade". Etnocentrismo, racismo, tautologia (que média? que parâmetro preciso?) invalidam a tentativa de GAROFALO e suas "raças superiores". Seria curioso

notar , por exemplo, que , segundo GAROFALO, aquele sentimento não se encontra nos "povos primitivos", entre os quais arrolava o americano do norte... Ademais , o crime "natural" evidentemente seria uma tentativa de construir , dentro da Criminologia , uma espécie de jusnaturalismo , de muito débil constituição. Um direito natural assim variaria , não à maneira de STAMMLER sequer, mas ao sabor dos preconceitos ... de GAROFALO.

O caminho para uma solução do problema parece encontrar-se no exame das soluções (insatisfatórias) propostas e que se poderia reduzir a três ordens de raciocínio:1) o que abandona as definições legais e desconhece a realidade institucional;2) o que se limita ao direito positivo e esbarra na variabilidade das definições ;3) o que procura determinar certas constantes normativas , para delas inferir ~~as condições~~ ^{as condições} de comportamento ^{que} poderiam ser admitidos , criminologicamente, dentre os que voltam, com mais frequência, nas legislações penais.

Já vimos que os dois primeiros não trazem uma contribuição aceitável. Por outro lado, a fim de abandonar o critério legislativo , teríamos de sugerir um critério que não fosse puramente arbitrário , preconceituoso ou fantasioso. LEAUTÉ assinala que "a legislação criminal continua sendo condição de existência da Criminologia"(24). Todavia , nesta visão estreita , acabaríamos chegando à conclusão de PELAEZ:"o ato criminoso não se distingue dos outros atos humanos senão pelo fato de suscitar a repressão da lei penal" e , neste caso, voltaria a segunda posição .

As constantes normativas tenderam , inicialmente, a uma formulação que procura escapar ao legalismo, ainda presente em SEELIG (25), através de um critério estatístico. PELAEZ mesmo, apoiado em NARÇ ANCEL, fala em regularidades (na/incriminação) e até SEELIG veria na repetição de formas típicas um jeito de escapar à variabilidade desnorteante das definições legais. Elas traduziriam, em certa, co-~~stância~~ ^{stância}, incriminadoras , o que ele chama de fenômeno bio-sociológico "natural" (26). O quadro geral dos ordenamentos jurídicos , sustenta-se , permitiria isolar certas incriminações puramente convencionais , que não interessam ao criminólogo, ampliando, por outro lado, o elenco legal específico, mediante o senso de uma espécie de desenvolvimento dos critérios de incriminação, inferido daquele exame das legislações(27).

As constantes normativas podem funcionar , sem dúvida , como um ponto de partida. Nelas , seria possível discernir o que ROBERTO LYRA pretende , ao indicar o critério de "relevância" - isto é, a discriminação entre os tipos jurídicos convencionais e não convencionais e , por outro lado, os "crimes" que deveriam figurar na legislação (ações socialmente danosas ao mais alto grau, que não figuram na lei)(28).

Referindo-se à análise comparativa dos ordenamentos , nota PELÁEZ que ela não oferece a "razão completa das concordâncias (constantes) e divergências (variáveis) existentes nas diversas legislações"(29). Isto não nos dá , como queria GAROFALO, uma noção criminológica (independente) de crime , porém uma "estruturação criminológica da própria noção jurídica".

As constantes normativas , repetidas , serão , entretanto, o ponto de partida ; a verdade é que , para além do que pensa o eminente PELAEZ, a estruturação criminológica acrescenta elementos não-jurídicos (pelo menos , enquanto se entenda como jurídicos os tipos legais apenas). Se , jurisdicionalmente, ~~dentro~~ do âmbito do direito, é inaceitável o "delito inominado"(30) , dentro dos sistemas presos à limitação do nullum crimen, nulla poena sine lege , nada impede que o criminólogo identifique condutas de alto valor sintomático e as estude , como "crimes" , pelo que ~~helas~~ se discerne de grave dano social. E é o que faz , efetivamente , o criminólogo, bastando lembrar o white collar crime , que não é definido , sempre , como crime.

Além do mais , a Criminologia não estuda apenas o comportamento delituoso , porém o pre-delitual e o post-delitual . "A cadeia causal dos acontecimentos não se fechou com isto (o evento), porque agora produz o crime seus efeitos", assinala SEELIG(31). E isto não é menos relevante para o criminólogo do que o prognóstico predelitual. A periculosidade , até na definição legal, é um juízo (probabilitário) sobre os índices de provável incidência ou reincidência .

O método criminológico absorve técnicas utilizadas em outras ciências . O importante é que elas se fundem , numa multiplicidade de meios , governadas pela indagação multidimensional (bio-psíquica e social). "Assim, um verdadeiro método criminológico deve sintetizar aqueles procedimentos capazes de descobrir a interdependência entre as diversas condições e os diversos fatores,

além de revelar a motivação da conduta criminosa. Daí a necessidade de possuir e utilizar todo o método , antropológico e sociológico , apto a colher a visão do conjunto"(32). A este enfoque, por nós denominado de approach unificador e que PELAEZ chama de "impostação pluridimensional", pretende-se dar , aqui, uma formulação mais precisa e coerente - o que será realizado em três etapas: o exame dos estudos bio-psico-criminais , dos estudos sociológico-criminais e a proposta duma síntese dessas perspectivas , com que se arremata o itinerário.

De qualquer sorte , a perspectiva metodológica , absorvendo os elementos de causalidade natural , destacará , no plano das Ciências do Homem (33), a que se filia a Criminologia , uma flexibilidade inerente à "compreensão", nelas característica , maugrado a incidência de ingredientes naturalísticos. Isto se dá , porque, após as considerações isoladas , antropológico-criminais , em que se entremostam elementos naturalísticos (e o mesmo não se dá na Sociologia ?)(34), a vertente sociológica integrada e, sobretudo, a síntese criminológica buscam o sentido do comportamento delituoso , enquanto conduta humana. Neste empenho, a abordagem culturalista se torna indispensável (35), pois o esquema causal-explicativo é insuficiente. O delinqüente , pièce maitresse de toute oeuvre criminologique"(36), é homem, na peculiaridade que não tolera a aplicação do princípio causal- explicativo a seco. A compreensão supõe uma problemática bem mais ampla que EXNER já entendia , ao ponderar que ela necessita "conceber os nexos de sentido, um sistema de significação e valores que reclamam métodos não etiológicos , mas interpretativos e compreensivos"(37).

Isto não obsta , é evidente, que também utilize as técnicas, os procedimentos da metodologia comum , tais como a observação direta , a entrevista , a estatística e assim por diante(38). Do case study à social survey, nenhum daqueles procedimentos é desprezado. Apenas , eles se entrosam , num feixe governado pela incisão compreensiva (verstehendes), que é a contribuição maior da orientação culturalista, promanada de DILTHEY.

Notas

1) No próprio método jurídico, tal como vimos, é a estrutura legal mesma que conduz às heterointegração, visualizadas por nós no sistema de interferências interdisciplinares.

2) ROBERTO LYRA FILHO, Análise Criminológica de um Passional.

- 3) BONGER , apud ROBERTO LYRA , Introdução cit.
- 4) LYRA , ob. cit.
- 5) ANIBAL BRUNO, Direito Penal I, l.p.42.
- 6) As posições de ROBERTO LYRA tem sido , ultimamente, um tanto oscilantes, tendendo a abrir mais larga parte ao coeficiente normativo.
- 7) Introdução a Ciência do Direito, II.
- 8) CUELLO CALÓN, Derecho Penal, I. p. 29.
- 9) PELAEZ, Introduzione allo Studio della Criminologia, p.2ss.
- 10) Disciplina que se ocupa da investigação criminal.
- 11) Eliminei referências a autores vivos, nesta passagem.
- 12) Introducción à la Criminologie.
- 13) Criminologia.
- 14) Criminology.
- 15) ASÚA, Tratado, I, p. 103.
- 16) DI TULLIO, apud ROBERTO LYRA FILHO, ob. cit.
- 17) Ib.
- 18) Ib.
- 19) RADZINOWICZ sugere (in Investigación Criminal y Penologica) uma troca da análise causal pela fatorial (associação de fatores)
- 20) Manual de Criminologia.
- 21) SEELIG, ob. cit., p. 29.
- 22) Criminologie.
- 23) Cfr. ALTAVILLA, apud NICEFORO, Criminologia.
- 24) L'Influence de la Criminologie sur le Droit Pénal.
- 25) PELAEZ, ob.cit., p. 50.
- 26) Ob.cit., p. 29.
- 27) PELAEZ, ob. cit., p.51.
- 28) Criminologia.
- 29) Ob. cit., p.52.
- 30) SALVAGNO CAMPOS, Le Délit Innominé.
- 31) Ob.cit., p. 15.
- 32) PELAEZ, ob. cit., p.74 segs. , especialmente p. 93.
- 33) Pense-se no entrosamento da Psicologia Social, da Antropologia Física e , destas , com a Sociologia e a Antropologia Cultural.
- 34) A propósito. MACHADO NETO, ob. cit.
- 35) MACHADO NETO, ob. cit. , p. 97.
- 36) DE GREEF, La Double Orientation de la Criminologie.
- 37) PELAEZ. ob. cit., p. 104ss.
- 38) RADZINOWICZ, ob. cit.

103

as primeiras generalizações e voltando-se para a integração dos elementos que vão do individual ao social, da micro à macro-criminologia, da criminalidade como fenômeno coletivo ao crime como individual e concreto, personalíssimo, embora não desligado do background (umwelt - mundo circundante) em que transcorre.

Para se ter uma idéia da relativa independência dos tipos criminológicos (sem negar as relações, sobretudo focalizados no capítulo anterior, entre o jurídico-penal e o criminológico) é preciso considerar que eles são sob um ponto de vista, diverso do jurídico. Fixemo-nos em um exemplo. O homicida, por exemplo, é, em si, um tipo criminológico? O crime de homicídio é um só. Entretanto, há o que mata a esposa por ciúme, o que mata pelo lucro que daí poderá advir (uma herança, por exemplo), o que mata numa explosão de ira, o que mata, por assim dizer, "profissionalmente" (o homicida assalariado) etc SEELIG nota que o próprio direito tende a incorporar à sua disciplina normativas as distinções propriamente criminológicas, usando, por exemplo, a motivação, ora como agravante ou atenuante, ora como qualificativa, ora como elemento da própria figura legal. Assim, temos e.g., o que dispõem os art. 44 e 48 do C. Penal, o art. 121 e seu § 2º, ou o art. 123, em que a influência do estado puerperal conduz ao delictum exceptum. Ademais, há o esboço de uma certa tipologia de delinquentes, de ordem criminológica, trazida ao sío do Direito Penal, como é o caso dos criminosos alcoólicos (vêde o art. 78, III, do C. Penal) ou de imputabilidade reduzida (vêde o art. 22, § único). SEELIG observa (5) que "êsses tipos de criminais, que, de resto, só abrangem uma pequena parte de todos os criminosos, tornaram-se conceitos jurídicos e, por isso, distinguem-se dos tipos puramente empíricos da Criminologia, ainda que, para a sua delimitação, tenham sido determinantes certas experiências criminológicas."

Ao tratar do homem delinqüente, é preciso citar, logo de início, a obra de LOMBROSO, embora ela seja, atualmente, encarada mais como um marco histórico do que como uma tese cientificamente válida.

Haverá, realmente, um criminoso nato, no sentido em que LOMBROSO o concebia?

Se procurarmos a lista dos seus precursores, podemos remontar a sugestões, intuições, observações que vão muito longe. A sua, por exemplo, sugere a vinculação da "tendência para o mal" àquela imagem platônica da alma puxada por dois cavalos: o negro - dos maus instintos, o branco, da bondade (6) E SALDAGNIA não se furtou aos contos de elegante passatempo; dissertar sôbre u'a Mitologia Criminal.

Bem mais próximos de uma formulação, com pretensões científicas, embora ainda colorida, por muito larga dose de fantasia ou de empirismo, no sentido que contrapõe essa posição ao ordenado e sistemático saber científico (7), estariam fisiognomônistas e frenologistas.

Atribue-se a ARISTÓTELES a inauguração das indagações fisiognomônicas - sistema de correlações entre o físico e o psíquico, entre a aparência e a alma. Haverá

Haveria três sistemas antiquíssimos para a determinações dessas relações: a) o platônico, pelas semelhanças entre homens e animais; b) o de TRAGO, fundado em costumes relacionados, sobretudo, com o clima; c) o da marca das paixões na "parte mais nobre do corpo" - o rosto (8). O próprio ARISTÓTELES, adepto do último processo, lembra ROBERTO LYRA, teria aconselhado a ALEXANDRE que escolhesse os seus ministros pela fisionomia. Uma construção puramente literária (com liberdade alegórica típica do estético, em oposição do científico) aparece em duas narrativas célebres da literatura inglesa: o Retrato de DORIAN GRAY, de OSCAR WILDE e o Médico e o Monstro, de R.L. STEVENSON. Neste último, a dicotomia da alma de um cidadão, em suas partes "boa" e "má", traduzia-se na aparência "normal" e afável do Dr. JEKYLL, que, separando o lado sombrio, encarnava o seu lado mal na figura de Mr. HYDE, que era ele próprio, mas transfigurado, mediante a ingestão de misteriosa substância.

A Frenologia, de GALL, defendeu a idéia das localizações cerebrais, com protuberâncias e depressões nas quais se identificaria o desenvolvimento de certas faculdades.

Essas noções, evidentemente superadas, em seu aspecto primitivo e tosco, ainda aparecem, como objeto de consideração, já agora propriamente científica, nos domínios da Psicologia e Biologia modernas.

Submeteu-se a testes estatísticos as correlações entre a anatomia facial e personalidade do indivíduo. ^{notam} ~~NOTAM~~ MARQUIS e ~~WOOD~~ NORTH, porém, que, se a estrutura física - forma do queixo, tamanho do nariz, recorte do lábios - o comportamento do indivíduo são componentes de um só todo, "~~as~~ correlações são demasiadamente baixas, para que possam ter alguma explicação prática" (9).

A Frenologia teve grande voga, embora não subsistisse, em teor originário, tal como foi sugerida, no início do século passado. Em 1861, BROCA levou à Sociedade de Antropologia o cérebro do pere Tan (chamavam-no Pai Tan, porque ele só dizia - tan, tan) e, neste afásico, foi revelada uma lesão na ^{Terciana} ~~terceira~~ circunvolução frontal esquerda, onde BROCA localizou o centro da linguagem articulada. Mais tarde, localizaram-se áreas cerebrais em correlação com sensações e comando motor - zonas sensitivas e motoras. Nestas, uma eventual lesão determinaria paralisias e apraxias (a perda, sem paralização, da lembrança do sentido dos gostos). As lesões nas ^{Zonas sensitivas} ~~sensitivas~~ acarretariam insensibilidade, como por exemplo, uma lesão da zona visual no globo ocipital provocando a cegueira (10).

As localizações cerebrais teriam, contudo, âmbito limitado, restrito a funções sensitivo-motoras elementares. Em que pesem as correlações citadas, aliás, as localizações cerebrais, enquanto teorias de funções específicas, localizadas em regiões determinadas, é aceita com crescentes reservas, predominando, hoje, tese de que o cérebro atua em sua totalidade (11).

De qualquer sorte, o estreito materialismo inicial, que pretendia atribuir a cada perturbação psicológica uma base orgânica fundamental, acabou terreno e houve

uma verdadeira inversão: sem negar a influência do orgânico no psíquico, pôs-se em evidência, ao revés a influência oposta, ou, seja, a dos conflitos psicológicos no funcionamento orgânico, no âmbito na Medicina psico-somática, desde ALEXANDER. Mesmo a indiscutível repercussão psicológica de perturbações endocrinológicas (glândulas de secreção interna), não é, sob todos os aspectos, decisiva (12).

Essa breve referência, à inspiração da ciência, à época de LOMBROSO, e das repercussões, em sua doutrina, das teses então dominantes, já pode inspirar o reconhecimento do que ela se fixa, num contexto largamente superado.

Detenhamo-nos, agora, especificamente, na construção de LOMBROSO. Ele pretendeu desvend~~ar~~ os índices constitucionais de um tipo humano (físico-psíquico) delinqüencial, chegando à figura do criminoso nato. Este batismo, reinvidicado por FERRI (1880) teve a antecipação de CUBI y SOLER (1884), afirma ASÚA, apoiado em pesquisas de SALDANÑA, JUAN P. RAMOS, CASTEJON etc. (13). Essas questões de precedência histórica têm, contudo, importância relativa. De qualquer forma, a obra lombrosiana foi, indiscutivelmente, o centro de cristalização, aperfeiçoamento e irradiação da idéia de um homo delinquens, como specie generi humani.

A confessada origem das posições de LOMBROSO, transfundindo, em fórmula própria, as suas indagações, foi o exame, por ele feito, em 1870, do bandido VILLELA, em cujo crânio ele deparou com certas peculiaridades. Afirmou, então que, subitamente, lhe pareceu iluminar-se o problema da natureza do crime. Já notara, no delinqüente, em geral, o que denominou anormalidades somáticas e psíquicas (zigomas salientes, orelhas em asa, enormes mandíbulas, invulnerabilidade, analgesia física e moral, extraordinário poder de visual, egoísmo, espírito de vingança etc.), mas a sua indagação culminou com o encontro, na base do crânio do bandido milanês, da fossa média no osso occipital. Tal característica, de seres inferiores, e que existe nos embriões - unida a outras, próprias de raças primitivas - inspirou a LOMBROSO a tese da origem biopsíquica do criminoso (14); o criminoso reproduziria, anacrônicamente, o homem primitivo, projetando-o em plena civilização.

É conveniente notar, porém, ^{que} mais tarde, LOMBROSO reelaborou a sua Teoria, dando-lhe estrutura mais complexa, embora ainda presa à noção de um corte na evolução físico-psíquica (regressão atávica), mas já agora, ligando-a à epilepsia e a outros aspectos ^{anímicos} ~~anímicos~~. Haveria uma afinidade entre criminosos e loucos (mera diferença de grau, na regressão) e o crime era concebido, aproximado modo, como equivalente da epilepsia, em sentido amplo; no geral as convulsões atuariam ^{seriam} ~~seriam~~ representadas por impulso ao crime.

Dai a síntese de NAKÉ (15): o delinqüente nato é congênito, idêntico ao louco moral (16), com base epilética, explicável, principalmente; por atavismo e um tipo biológico e ^{anímico} ~~anímico~~ especial. O acréscimo de um ingrediente - epilepsia, prova do estudo dos crimes do sargento ATSEEA.

A própria descrição do criminoso nato já está a traçar o limitadíssimo ~~del~~

111
âmbito da observação, nos traços de analgesia, aparência física, tatuagens, aversão
ao trabalho, despertar precoce da sexualidade, vaidade, perstição, primitivismo,
para não falar noutros estigmas lombrosianos (17). Assim, a primeira objeção a es-
sas características físico-psíquicas do criminoso foi a própria verificação experi-
mental de que a tal tipo não correspondia, objetiva (parte somática) e subjetivamen-
te (ângulo psíquico), os delinquentes em geral. LOMBROSO defendeu-se, então, dis-
tinguindo, como "falsos criminosos", os ocasionais e os passionais e sustentando que
a maior parte dos outros formava um tipo antropológico unitário. Na verdade, a
maior parte estava do outro lado, isto é, não correspondia à descrição.

O que se pode afirmar que subsistiu das posições lombrosianas, totalmente
superadas, foi um substrato, não propriamente original, mas que êle efatizou, de
correlações físico-psíquicas, manifestada na conduta criminosa. Ainda assim, haverá
grande margens de matizamentos. Falou-se, mais tarde, numa volta a LOMBROSO (VON
RONDEN, HEINDL, MEZGER), mas ninguém reeditou, na verdade, a posição lombrosiana. A
propalada "volta" ^{criminoso} ~~siguiu-se~~ à admissão, com maior ou menor vigor, de um tipo de
criminoso nato. Êste, porém, já não seria representado por homens que nasceram de-
linquentes e, assim, que nasceram para o delito, por força de determinações endóge-
nas. Daí falar MEZGER em criminoso nato em sentido amplo.

Note-se, ^{que} de qualquer forma, já não se trata de identificar o delinquente
e, sim, um tipo, entre outros delinquentes (e, não, decerto, o mais comum), levan-
do adiante, a cisão entre natos, ocasionais etc. ~~(~~distinção~~ ~~entre~~ ~~tipos~~ ~~de~~ ~~delinquentes~~)~~

Sob o ponto de vista jurídico, aliás, o nosso ordenamento penal ^{não} repetiu
a destinação entre criminosos per accidens e criminoso por tendência (Exposição de
motivos do C. Penal, nº 24). Repugnava-lhe a afirmação de uma inclinação especial ou
fatalística para o crime, que, de resto, se admitia, ^{na} afetaria a imputabilidade.

Note-se, porém, por uma questão de vocabulário, que, sob a denominação de
"crime", a linguagem da Criminologia, e até certo ponto, o Direito Penal moderno
(preventivo), abrange, também, o caso limitado da carência de imputabilidade e,
portanto, abstrai, ^{na} neste caso, a necessidade de "culpa"; do contrário, não podería-
mos falar em criminosos doentes mentais, nem doentes mentais criminosos, sujeitos,
inclusive a sanções (medidas de segurança). Daí o dualismo entre o conceito de
crime stricto sensu (ligado à tipicidade penal) e da fattispecie legal subjetiva,
vinculada à periculosidade, inclusive, pré-delitual. (18)

O que se observa, na análise dos chamados fatores endógenos da criminalida-
de, definindo o perfil bio-psíquico do delinquente (antropologia criminal) é preci-
samente uma sutileza e matizamento da determinação da força condicionadora, hoje
concebida sem rigor determinístico absoluto. DI TULLIO, assinala, corretamente, que
o estudo da personalidade do delinquente deve efetuar-se em conformidade com crité-
rios unitários, correlacionistas; e acrescenta que não podem ser fraccionados os
aspectos morfológicos, funcionais e psicológicos, não cabendo, portanto, falar, nu

112

numa orientação psicológica no exame da personalidade, cujos elementos estáticos e dinâmicos, corporais e espirituais se apresentam sempre inseparáveis (19). É aquela unidade que RECASÉNS chamou de "superlativamente complicada". A Psicologia Criminal é um ramo da Antropologia Criminal geral, no sentido dessas correlações somato-psíquicas; e, por outro lado, a própria Sociologia Criminal deve ser esclarecida e conjugada com os elementos antropológicos, sobretudo, nota di TULLIO, para esclarecer por que a influência do meio, em face de uma particular individualidade, se torna "causal" (20), convertendo-se de fator exterior em interno.

A chamada "constituição delinqüencial de ~~di~~ TULLIO representa uma tentativa de conciliar algumas teorias lombrosianas, em contexto mais sutil, de predisposições e, não, de determinismos, com o próprio livre arbítrio. Ele admite que há uma criminalidade latente, contida pelas forças crimino-repulsivas, que se podem enfraquecer, num estado de desequilíbrio, ensejando a predominância das forças crimino-incidentes. Haveria características morfológicas, funcionais e psíquicas, predispondo, mais ou menos imperiosamente, à conduta antisocial. A última fórmula dessa constituição delinqüencial, segundo di TULLIO, seria a diencefalose criminal, duramente criticada, aliás, por GEMELLI.

Em que pesem as imperfeições da fórmula de TULLIO, ainda muito impregnada de um conteúdo naturalístico, cumpre assinalar que a sua colocação do problema, tão próxima da de SCRING, parece corresponder a uma fecunda posição metodológica, não propriamente enquanto solução explicativa sintética, mas como abertura à valoração multidimensional - isto é, mais como objetivo do que como realização.

Ninguém contesta a presença em certos fatos, de tendências constitucionais. Ainda em construções recentes SHELDON e ELEANOR GIBCK reviram as associações de fatores somato-psíquicos (21), com certas verificações relativas ao mesomorfismo (tipos sólidos, atarracados e musculosos) e a elementos temperamentais (impulsão, extroversão, agressividade, espírito de destruição, mesmo de sadismo). Tudo isso, porém, é observação limitada e parcial, isto é, relativa a certo tipo delinqüencial, ainda assim não em si, característico, salvo em associação em outros fatores.

WILLIAM SHELDON, (22), na linha de KRETSCHMER (psiquiatria constitucional), acentuou o fator predatório, que procura a forma de domínio sobre os "fracos" com personalidades que chama de dionísicas. Liga, porém, esse fator a condicionamentos, inclusive, sociais, pois a organização da sociedade, competitiva e incitante, à luta pela dominação, pode "normalizar" esse tipo.

Além disso, e paralelamente, já há grande cópia de estudos sobre os fatores mais pronunciadamente psicológicos, assim resumidos por MAYS (23): em geral ~~se~~ aceita que a contribuição que a psicologia e psiquiatria trouxeram a compreensão da natureza e origem do crime está em que impulsos antisociais em potencial existem em todo ser humano e o que determina se ^{se} detêm ou se desenvolvem radica na infância, quando são estabelecidos os padrões básicos da personalidade, nas relações emocionais (choques emocionais no desenvolvimento e experiências traumáticas, ensejando o

desajustamento, a partir, inclusive, de características do ambiente doméstico).

Observe-se em termos gerais, a procura da síntese compreensiva, verificando-se, desde logo, e a partir da primeira abordagem do fenômeno - crime -, em seu ângulo individual, a interferência de todo o elenco de fatores. Isto não impede que floresçam estudos sobre o aspecto individual, constitucional do delinqüente. GRAFIN fixou-se em análises da conformação da orelha (24). HOBSON defende, ainda, a tese da inferioridade biológica do delinqüente, em termos gerais, superada. Mais matizadas e sutis as análises de correlação de VERWAECK, de GREEF, VERDUN e outros, sob o ponto de vista da antropologia diferencial ou antropométrica. A Biotipologia de Pende, os tipos psiquiátricos de KRETSCNER, o Somato-tipo, já referido, de SHELTON, a tipologia de STERRING e KLINEBERG ou aquela puramente psicológica, de JUNG (25) são ... outros tantos ensaios de sistematizar observações sobre fenômenos de correlação.

Todas as contribuições servem, em última análise, para caracterizar tipologias, sob esse aspecto, é importante a contribuição da Characterologia. Esta focaliza tipos, sob o ponto de vista psicológico, a partir, sobretudo, dos estudos de HEYSMANS - WIERSMA e, em geral, da escola holandesa de Groningue (26), a partir de um certo número de fatores, basicamente redutíveis a 3: emotividade, atividade e secundariedade (repercussão); ensejando uma classificação tipológica, já adotada à Criminologia em trabalhos como o de RESTEN. Aplicamos esses critérios em estudo que poderá facilitar o exame de alcance prático, de ordem criminológica, desse enfoque: ROBERTO LYRA FILHO - "Análise Criminológica de um passional" in Revista do Conselho Penitenciário do D.F. (nº 2, 1964).

A multiplicidade de elementos, que entram, como ingrediente, na análise criminológica, é extremamente diversificada. Mesmo com as reservas, que já esboçamos, é indiscutível a presença de fatores pertinentes a uma endocrinologia criminal, pois é possível haver alterações na personalidade em consequência de hiper ou hipostímulo das glândulas de secreção interna (27).

Houve, mesmo, a tendência de englobar esses aspectos tipológicos somatopsíquicos em uma "ciência", a Biotipologia Criminal, que, sem ganhar os seus pleiteados foros de autonomia, nada obstante ofereceu grande número de observações relevantes. A Biotipologia Criminal apresenta duas nítidas vertentes - a que procede de KRETSCNER e a corrente italiana, filiada, a PENDE. Há trabalhos brasileiros, a respeito, entre os quais, se destacam as contribuições de BERNARDINELLI e JOÃO MENDONÇA.

Todos se não de voltar, entretanto, para a síntese criminológica. A tipologia tipicamente criminológica não é um estado de puras "unidades biológicas", levando em conta, não somente os elementos físicos e mentais, biotipologicamente determinados, mas, inclusive, outros dados, inclusive ambientais. Padecem de unilateralidade as concepções puramente psicológicas da criminalidade, que põem

uma anomalia psíquica à base de toda opção delituosa, mesmo quando admitem e influxo poligenético, de outros fatores, reduzindo-os a considerações remotas. Não se negará, a importância, do ponto de vista psicanalítico, na exploração de inconsciente criminoso, mas ele há de ser apreciado, sempre, à luz integrantes de outros elementos antropológicos e sociológicos. O super-ego primitivo, hiper-genital, agressivo, dominado pelos ~~instintos~~, que caracterizaria, para ALEXANDER STAUB, o criminoso não encontrou ~~seu~~ aderção total dos psicanalistas. KLEIN, acentuou que, não a debilidade, mas a severidade de super ego pode propiciar a conduta antisocial. DE GREEF sublinhou a frieza e a evidez afetiva de muitos criminosos - o que ensinou, nota PELAEZ (28), a generalização apressada da delinqüência como sentimento de culpa e mecanismo de autopunição. A que tipos (tipos criminológicos totais) de delinqüentes se poderia aplicar essa constatação limitada? O alcance não é tão vasto quanto se pretende; e só pode ser percebido em conjunção com o quadro geral. Há, certamente, u'a margem de delinqüentes que procuram, com o delito, dar sentido à própria existência frustrada. Mas e os condicionamentos sociais? A "causal" derivada de traumas infantis, não abrange toda a gama de manifestações diversificadas do fenômeno - crime.

De qualquer forma, tomada uma perspectiva abrangedora, que repela o unilateralismo das "explicações", não totais, mas totalitárias (pela absorção de tudo numa só ordem de fatores), a visão psicanalítica, pelo seu mergulho no mecanismo inconscientes, pode oferecer uma contribuição válida.

Em que pesem as diferenças na formulação da síntese, a postura metodológica (das abordagens parciais) é, hoje, vencedora e poderia ser resumida nisto - o esforço de compreensão do ato e do autor com dinâmica entrossada de vínculos múltiplos. Na frase de MEZGER, "das Ganze von Tat und Täter" (o todo do ato e do autor) Aliás PELAEZ, sempre muito informado filosoficamente (29), refere a abordagem compreensiva abrangedora (dinâmica delinqüencial) à maturidade das concepções filosóficas, a partir do estar no mundo" (in der Welt Sein), de HEIDEGGER.

Fala-se em Criminologia Clínica, no sentido de aplicação a criminologia de um esprit medical, através das operações fundamentais de anamnese, exame objetivo, diagnose e prognose (30). Trata-se do estudo integral da personalidade, em relação ao qual cabe, sempre, ter em vista a advertência de GREEF: "il faudrait se garder de croire qu'on ^{puisse} négliger un détail et se garder de penser qu'un détail explique un délit".

Suas palavras dirigem-se a todos os endereços unilaterais e robustecem a concepção abrangedora, como um lema. As técnicas úteis à compreensão criminológica têm, todas, o seu lugar: psicometria, antropometria e sociometria, psicanálise, exame físico do sujeito, estudo biográfico, entrevista clínica etc. E os case studies conduzem à primeira generalização (fatores endógenos e exógenos interiorizados), que se há de projetar no "background" da macro-criminologia, num

113
intercâmbio incessante. A conexão dinâmica dos elementos, constitutivos (GEMELLI) funda-se no duplo princípio da unidade psicossomática e do binômio organismo-situação (Peláez).

Vimos que o ângulo sociológico insere-se na trama íntima da Criminologia Clínica (interiorização), mas, aí, se trata da aplicação do quadro exógeno à visão do delito singular ou ao esclarecimento do ^{mecanismo} organismo de relações gerais ou particulares entre o indivíduo (com a sua constituição bio-psíquica) e o meio (aspectos genéricos e individuais diferenciados). E a delinquência, como fenômeno coletivo? Esta, para qual se volta a macrocriminologia, não é a soma dos fenômenos individuais. SEELING nota que ela caracteriza a fisionomia criminal de cada época; dissolve o caso concreto no típico (o que, observamos, já vinha fazendo, a partir das primeiras generalizações em torno de causas endógenas) e permite a observação do fenômeno coletivo na vida dos povos, que se designa por criminalidade.

No próximo capítulo, estudaremos, em especial, êsses aspectos, mas, desde logo, sempre acentuar que os processos técnicos e aplicações científicas integrantes da Antropologia Criminal (entendida como estudo dos elementos endógenos e exógenos interiorizados) não completam o panorama da criminologia, no lato sentido em que a tomamos. Nem a chamada Antropologia Integral, de SALDAÑA (todo o homem normal ou anormal, como causa de atividade criminal) (31) poderia realizar a tarefa de síntese geral.

Antes de encerrar-mos esta análise do homem delinqüente, cumpre acrescentar uma palavra sobre o que constitui, hoje, uma das preocupações da Criminologia. Ao lado da pessoa do delinqüente, estuda-se com igual interesse, a pessoa da vítima (Vitimologia). Pretende B. MENDELSONN ter sido inovador, na proposta de que se dirigissem os estudos criminológicos também para a função da vítima no fenômeno criminal. Não se pode, entretanto, considerar a Vitimologia como "ciência" autônoma. Neste sentido, tem razão ASÚA ao notar que isso é exagerado e jactancioso. O estudo da "receptividade vitimal", da tendência de certos indivíduos para se tornarem vítimas (32), integra (e, hoje, com ênfase notável) a análise criminológica do delito.

Como é freqüente, em tais casos, a pretensa "ciência", já se defronta com o processo de investigação de paternidade. VON HENTIG (33) disputa com MENDELSONN a primazia nessa sistematização dos estudos referentes ao sujeito passivo do crime. De qualquer sorte, trata-se, tão só, de levar, mais profundamente, o foco da análise criminológica ao aspecto que integrará verificações globais: a posição e a constituição da vítima. Aliás, já o velho de la GRASSERIE, em 1901, tratava, nos seus Principes Sociologiques de la Criminologie, dos casos em que o crime resulta "de la faute de la victime..."

- 1) - RECASÉNS, Sociologia, p. 109 e segs.
- 2) - RECASÉNS, ob. cit., ps. 127 segs.
- 3) - Sobre o tema vêde Le Senne, Traité de Caractérologie entre outros estudos
- 4) - SEELIG, Manual de Criminologia, p. 76
- 5) - Ob. cit., p. 77
- 6) - Tratado de Derecho Penal, v. 1
- 7) - Como ocorre, por exemplo, em certas "crenças" populares", no âmbito médico.
- 8) - Vêde ROBERTO LYRA, Introdução ao Estudo do Direito Criminal.
- 9) - HUISMAN e VERGEZ, Cont Traité de Philosophie, Psychologie, ps. 57 - 58
- 10) - WELF, Introducción a la Psicología, p. 189
- 11) - Cfr. HUISMAN e VERGEZ, Ob. cit. p. 59
- 12) - ASÚA, ob. cit.
- 13) - Vêde ROBERTO LYRA, ob. cit
- 14) - ~~APUD~~ ^{apud} ASÚA, ob. e vol. cit. ib.
- 15) - A moral insanity (Pritchard) não é, hoje aceita como doença mental específica, mas como sintomas de certas doenças.
- 16) - SEELIG ob. cit., pag. 44
- 17) - Em nosso C. Penal vigente, admitte-se a periculosidade predelitual em dois casos - arts. 14, 27 e 76, § Único).
- 18) - Vêde, em síntese didática, BASILEU CARCIA, Instituições de Direito Penal, v. 1, t., 1.
- 19) - Preferíamos dizer propiciador, por aquele mesmo sentido compreensivo e, não, naturalisticamente causal, sem mais, das ciências humanas e, em particular, de Criminologia mesmo.
- 20) - UNRAVELING JUVENILE DELINQUENCY, p. 196
- 21) - VARIETIES of DELINQUENT YOUTH, p. 329
- 22) - JOHN BARRON MAYS, Crime and the Social, p. 112.
- 23) - Ontologie et Criminalité (Étude Comparative de l'oreille externe chez 2.000 assassins), apud Pelaez, Introduzione allo studio della Criminologie, p. 138.
- 24) - Cf. SCHREIDER, Les Types Humains, I: Types Somatiques, II: Types Psychologiques, III: Types Somato-psychiques e Pelaez, ob. cit., p. 140.
- 25) - Vêde, Le SENNE, Traité de Caractérologie. Em aplicação criminológica, RESTEN Caractérologie du Criminal. Vêde, também BERGER, Tratado práctico de análise de Caráter, sobretudo quanto aos fatores complementares.
- 26) - MARQUIE e WOODWORTH, ob. cit. p. 152
- 27) - Introduzi^o allo studio della Criminologia, p. 142
- 28) - Já, também, no trabalho citado de análise criminológica, referíamos raízes filosóficas, citando, inclusive as posições "existencialistas"

Criminalidade e Sociedade

Após o avanço antropológico-^{criminal} ~~antropológico~~, que analisamos a partir das construções de LOMBROSO e seus antecedentes próximos e remotos, atribuiu-se a ENRICO FERRI a concepção de uma ciência - a Sociologia Criminal - que colocaria a ênfase nos aspectos sociais do fenômeno criminoso.

Não foi decerto FERRI o primeiro a tratar da criminalidade como fenômeno social, coletivo - mais adiante, falaremos em ^{seus} precursores -, porém coube-lhe o batismo e, depois, a tentativa de sistematização da disciplina proposta.

Em 1879, in Studio Sulla Criminalità in Francia dal 1826 al 1878, FERRI menciona uma Sociologia Criminal, cuja tarefa seria "o estudo dos fatores telúrgicos e sociais da delinqüência" (vêde ASÚA, Tratado de Derecho Penal). Mais tarde, COLAJANNI referiu-se, também, a uma Sociologia Criminal, expressão que, em 1891, passou a ser o título (3ª edição) da obra de FERRI, anteriormente publicada como Nuovi Orizzonti del Diritto e Della Procedura Penale. Aí, FERRI esboça uma estruturação da Sociologia Criminal, de amplitude francamente desmedida, com aquêla exegêro característico dos que procuram inovar, de forma radical. Assinala que "a escola positiva não consiste unicamente no estudo antropológico do criminoso (...); e acrescenta: "a nossa escola faz dela (a ciência dos delitos e das penas) um ciência de observação positiva, que, apoiada na Antropologia, na Psicologia, na Estatística Criminal, bem como no Direito Penal e nos estudos relativos à reclusão, vai tornar-se esta ciência sintética, a que eu próprio dei o nome de Sociologia Criminal" (in Sociologie Criminelle, tradução francesa de FERRIER).

O ponto fundamental seria a análise do delito, "não só como fenômeno biológico", mas "também como fenômeno social" (ib); e o panorama sociológico - já o veremos - chega a absorver os aspectos antropológicos.

Assinalamos, anteriormente, as vinculações, entre essa posição e o positivismo filosófico; criticamos o tumulto metodológico, observável nas idéias de FERRI.

Aliás, FERRI chegou a ironizar, dizendo que "seria possível descobrir um criminoso nato que seria... homem honesto, aos olhos do Código Penal", tudo dependendo da "boa sorte de viver num meio e em circunstâncias excepcionalmente favoráveis"... (ob. cit.).

Embora com o exegêro já indicado, a consideração dos fatores sociais, na obra de FERRI, serviu para alertar os criminologistas e o entrosamento, com os demais dados, não prejudicada, hoje, o reconhecimento de sua importância.

Na integrada síntese criminológica, o estudo se desdobra em duas ordens de indagação: a) dinâmica dos fatores sociais, na propiciação de eclosões criminosas individuais (intervenção dos fatores exógenos interiorizados -)

b) descrição e explicação de fato social - criminalidade, enquanto - fenômeno coletivo - o que nos pode "proporcionar largas perspectivas do fenômeno criminal, por meio dos quais os nossos conhecimentos, adquiridos pela observação individual, são ampliados e aperfeiçoados em muitas direções" (SEELIG, Manual de Criminologia).

Por enquanto, basta-nos repetir a ponderação de EXNER (in Kriminalbiologie): "ora é o caso singular que coloca o problema, cuja solução exige a observação em massa, ora é a observação em massa ou a observação em série que deixa aberto um quesito, só resolvido pela observação singular" (a respeito vêde PELÁEZ, Introduzione Allo Studio Della Criminologia). Um médico, nas prisões, não vendo mais do que os seus "casos", seria "tão pouco criminologista, quanto o curioso de estatística, com o horizonte limitado por suas tabelas". SEELIG (ob. cit.), referindo-se a lei dos grandes números, destaca os "desvios", inerentes aos casos individuais, que podem desmentir a própria visão abrangedora, generalizada e típica.

Tudo isso, a que voltaremos, no estudo especial da dinâmica do delito e das causas da criminalidade, advém da peculiar natureza da ciência criminológica, voltada para a conduta humana, com o substrato de liberdade, nela manifesto, e a variabilidade concreta dos indivíduos. A síntese orgânica final reservará sua parte a cada um dos elementos integrantes - o endógeno (associação da predisposição - determinação para delinquir; vêde SEELIG (ob. cit.) e o exógeno (repercussões, interiorizadas, das condições eventuais do meio). O estreitamento da delinqüência do grupo e da delinqüência do indivíduo (vêde MESGER, Kriminalpolitik) renderá uma "síntese harmônica e múltipla, ao mesmo tempo, de forma que os resultados obtidos em estudos parciais venham unificados" (PELÁEZ, ob. cit.). O Primo Convegno Internazionale di Criminologia Clinica (Roma, 1958), voltado, predominantemente, para o ângulo antropológico, ressaltou, não obstante, a "necessidade do exame centralizado dos resultados estatísticos de massa e de série", associando, portanto, as indagações clínicas às sociológicas.

É óbvio que, no sentido histórico, pertinente às primeiras investigações do ângulo sociológico, as pesquisas sobre os fatores sociais do crime in concreto e sobre a criminalidade ofereciam aquelas toscas generalizações, peculiares à obra dos iniciadores.

A Sociologia Criminal ferriana apresenta, desde logo, a sua lista de precursores, já voltados para essa problemática da sua complexidade. SALDAÑA atribui a ROUSSEAU a paternidade das teses sociológico-criminais, como princípio filosófico, na acentuação do influxo de fatores mesológicos. "Em estado de natureza, os homens são iguais e bons; foi a sociedade que os perverteu" (a propósito, ASÚA, ob. cit.). Em que pese o ingênuo romantismo da proposição, não se reputou desprezível a sua influência.

Se quiséssemos, todavia, encontrar uma linhagem mais diretamente vinculada à análise científica, ou que se pretendia tal, dos fatores sociais seria

QUETELET o primeiro sociólogo criminal. (QUIRÓS, Criminologia). Foi êle, na verdade, o "o primeiro a reduzir as conseqüências científicas da Estatística Criminal" (ASÚA, ob. cit.). A Física Social de QUETELET repercutiu no próprio COMTE, na apresentação da Sociologia como "aspirante à condição científica".

"QUETELET, pai da Estatística Criminal, considerava a criminalidade como fenômeno normal da vida social (LYRA, Introdução ao Estudo do Direito Penal), "tese retomada, mais tarde, por DURKHEIM" (ib) e, entre nós, desenvolvida por PAULO EGÍDIO (Estudos de Sociologia Criminal).

Nas primeiras verificações, ainda ambrionárias, de regularidades e uniformidades sociológico-criminais, surgiram "leis", sempre sujeitas a retificações e reformulações, como a famosa lei térmica da criminalidade (no hemisfério boreal, os delitos de sangue se distribuem pelo meio-dia, predominando ao norte os delitos contra a propriedade). A respeito, ASÚA, ob. cit.. Também apareceu a lei da saturação criminal, "segundo a qual o ambiente físico e social e as tendências individuais, hereditárias e adquiridas, e aos impulsos ocasionais, determina, necessariamente, relativo contingente de crime" (a propósito LYRA, ob. cit.). Na dinâmica do delito, veremos em que sentido ainda é possível falar nessa saturação criminal. Todavia, desde logo assinalamos o vêzo determinístico, aparente naquela "necessidade", que há de ser tomada com grandes restrições. Não é possível, por outro lado, negar que aí está o núcleo das modernas fórmulas, relativa à dinâmica do delito, como, por exemplo, a de MEZGNER, assim expressa: $Krt = aeP \times ptU$. As iniciais são germânicas e poderiam ser traduzidas desta maneira: $AC = (p + d) P \times (ap + aa) M$. AC é a ação criminosa; p, a predisposição pessoal; d, o desenvolvimento da personalidade; P, a personalidade (estrutura global) do autor, no momento do crime; ap, o ambiente da personalidade; aa, o ambiente da ação; M, o meio (ambiente circundante). (Vêde PELÁEZ, ob. cit.).

Nota-se que, com maior sutileza e mais requintado senso dos matizamentos, as indagações visam ao entrosamento dos fatores, à medida que se encaminham para a síntese criminológica.

ASÚA (ob. cit.) registra, nas antecipações de QUETELET, aquela ênfase, já apontada por nós, dos fatores sociais, devida a um "sociologismo" inicial (vêde ~~os~~ ^{capítulos} anteriores), sobretudo na afirmação de que d'sociedade prepara o delito; o delinqüente é apenas o seu poder executivo.

A evidente distração será pouco a pouco, retificada pelos estudos criminológicos. Fica-nos, quanto ao roteiro histórico, uma impressão inicial sobre os vínculos estabelecidos, entre as verificações sociológico-criminais e os processos estatísticos. Essa relação culmina, por exemplo, em VON LISZT, que, atribui à Estatística a condição de "método seguro" da Sociologia Criminal (Tratado de Direito Penal).

Não reinou, porém, a Estatística, sem algumas objeções que a reduziram a técnica auxiliar, destronando-a das antigas pretensões exclusivistas. ROBERTO LYRA sintetiza o ataque (*in ob. cit.*), lembrando, com EUCLIDES DA CUNHA, que a Estatística "serva infiel da Sociologia", com o seu teor quantitativo, que abrange os elementos rebeldes à quantificação (sobre o assunto vêde SOROKIN, *TENDENCES et DÉBOIRES de la Sociologie Americaine*) e ponderando que as estatísticas "não re-tratam, ainda, o mais importante e revelador dos desajustamentos sociais" (*loc. cit.*). Cita, inclusive, DONNEDIEU DE VABRES, quando dêste ad-sinala que "a virgindade do casier pode revelar dissimulação e habilidade", além do que influem, na generalização estatística, os critérios irregulares (em que pesem as constantes, analisadas por MARC ANGEL, *Observations D'ORDRE Comparative sur les Statistiques Criminelles*). Resguardando o criminologista daqueles "sofismas de observação" (STUART MILL), não se pretende, é claro, proscriver os processos estatísticos, *mais mas* integrá-los, pelo valor relativo de seus dados, no complexo instrumental sociológico e, especificamente, sociológico-criminal.

Antes de analisarmos todo esse instrumental referido, convém precisar o conceito atual de Sociologia Criminal, bem como a sua temática, pois este é o campo, dentro do qual se irá trabalhar.

PELÁEZ (*ob. cit.*) observa que VON LISZT foi, decerto, o primeiro a notar a necessidade da unificação dos estudos de Antropologia Criminal (Somatologia e Psicologia) e Sociologia Criminal, numa ciência única. Daí a fórmula: "o crime é o produto do caráter do criminoso e das circunstâncias que o rodeiam". Na situação vivencial (SEELIG, *ob. cit.*), encontram-se os fatores e aparece a sentelha criminogênica. A análise particular dos diferentes aspectos endógenos e exógenos, portanto, não afeta a unidade substancial, pela multiplicidade dos ângulos de "enfoque".

VON LISZT considerou o delito (comportamento humano singular) e a delinqüência (fenômeno social) como aspecto de um objeto único. Isto, porém, há de ser tomado com um grão de sal. Sem prejuízo da unificação sintética, haverá, na Criminologia (ciência geral), uma perspectiva microcriminológica e uma perspectiva macrocriminológica, assim como, na Economia, se procede a análise micro e macro-econômica e se fala, também, numa micro e numa macro-sociologia. Essas duas perspectivas podem conviver e interferir, numa abordagem global sintética, sem que se perca de vista o ajustamento perspéctico indispensável.

É nesta ordem de idéias que se comprova a justeza das ponderações de EXNER sobre as funções complementares das duas indagações. Os trabalhos, empreendidos, não de manter o senso da direção final, a teleologia das tarefas singulares.

"Se os sociólogos fazem da sociedade um ente isolado (a se stante) e os criminologistas seguem esta via, nos seus estudos, de pouco valerá afirmar a exigência de tratar dos problemas da delinqüência individual, se, depois, não mais serão integrados, criminologicamente. E, se esquece que o indivíduo se atualiza, projetando-se rumo aos outros, que todo ato seu é relação inter-individual e que a sua vida é um tecido de relações, não se poderão jamais ter, em justa conta, os aspectos autênticamente sociológicos da delinqüência, quando se procurar concluir, criminologicamente. (...) O exame individual clínico deve ser conduzido, em função do ambiente externo, além das disposições pessoais, e os métodos (rectius, processos; sobre a distinção, vêde ^{o capítulo 9)} sociológicos devem ser iluminados, previamente, pelo homem singular. É êsse o único meio, para chegar a conhecer as dependências dinâmicas, que interferem entre o indivíduo e o grupo social" (PELÁEZ, ob. cit.).

Por isso, FLESCH divide a criminodinâmica em: geral, especial, individual geral e individual particular.

Feitas essas ressalvas, concentraremos a atenção nos estudos sociológico-criminais, enquanto ramo da Criminologia.

Julgamos conveniente traçar, a esta altura, uma distinção, entre aquilo que chamamos Sociologia do Direito Criminal e a Sociologia Criminal, propriamente dita, como se faz, na moderna sociologia, americana e inglesa, principalmente.

São inegáveis as raízes sociais do Direito e, portanto, especificamente para o exame da gênese do Direito Criminal, a cristalização institucional (instituições penais) enquanto formas de controle social e a própria dinâmica institucional (o "Direito, como complexo de fatores sociais, uma vez constituído, atua como força configuradora das condutas" - a respeito, RECASÉNS, Sociologia., e MACHADO NETO, Introdução à Ciência do Direito II), faremos sociologia do Direito Criminal. Esta importa na descrição e explicação (genética e funcional) do mecanismo jurídico-penal de controle social. Assim, por exemplo, quando JEAN CONSTANT analisa as correlações entre La Législation Pénale Belge et L'Évolution de la Société (Évolution Sociale et Criminalité, Revue de L'Institut de Sociologie, Bruxelas), mostrando que "a legislação criminal, melhor do que qualquer outra parte do Direito, exprime as idéias morais, as necessidades e os costumes de um povo", êle faz, indiscutivelmente, Sociologia do Direito Criminal.

Outra coisa é a Sociologia Criminal. Esta volta-se para a análise da Criminalidade (e, não, das instituições penais preventivas e repressivas); e procura oferecer uma visão descritiva e explicativa das "prática de crimes", enquanto totalidade, "que se dá caráter a fisionomia criminal de sua época" SEELIG, ob. cit.).

É inegável, por outro lado, a correlação entre a Sociologia do Direito

Criminal e a Sociologia Criminal, assim como as entendemos; além disso há interesse criminológico para as duas ordens de indagação, principalmente na medida em que o ordenamento jurídico-penal, cristalizado institucionalmente, recebe aquela característica de força social atuante e desencadeia repercussões, afetando as próprias formas de manifestação da criminalidade. Entretanto, para o "enfoque" sociológico criminal (enquanto ramo da Criminologia), apresenta maior relevo criminológico o estudo da criminalidade, propriamente, como elemento da síntese causal explicativa ou, mais precisamente, compreensiva. Note-se com H. BEKAERT (*L'Impunité*) que a análise criminológica, em suas contribuições mais recentes, trouxe além do destaque da Vitimologia, o da impunidade. O Estudo da impunidade tem manifestado, à margem das instituições penais, a existência de "imperativos de coesão dos grupos sociais", opostos ao exercício da "proteção judiciária, ou pelo menos, esquivando-se a ela". O "silêncio social" indica limitações do poder social de expansão da função jurisdicional, segundo certas motivações: a) temor de vingança do delinqüente, seu meio ou os grupos profissionais; b) perspectivas de negócios e relações sociais vantajosas com o delinqüente; c) sentimento coletivo de desprezo pela vítima etc. No Brasil, por exemplo, haveria larga margem para o estudo das resistências da ordem privada e suas coordenadas sociológicas, voltada para a dispersidades regionais, face a um Direito Penal federal e a (muitas vezes) ostensiva rebeldia ao ordenamento jurídico penal e à jurisdição penal (pense-se no porte de armas, no jogo-do-bicho, nas casas de prostituição etc.).

Sob certo aspecto, o estudo da impunidade é a revelação da antítese do Direito, como força social atuante, em contradições sócio-criminais. Vêde, a respeito da "semi cumplicidade" das vítimas e testemunhas, no fenômeno de delinqüência oculta, o estudo de A. RACINE, in *ÉVOLUTION Sociale et Criminalité*, cit.: *Quelques Aspects Psycho-Sociologiques de la Délinquance Cachée*.

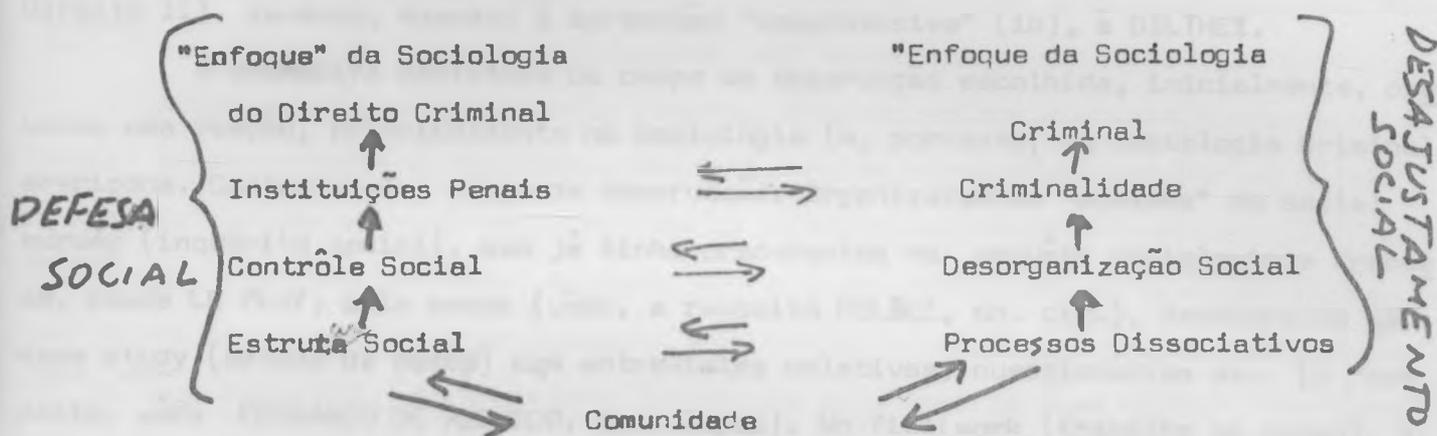
Ademais, consider-se que a perspectiva criminológica (sociológica e antropológica-criminal) não coincide, embora se relacione, com o ordenamento jurídico-penal, vigente *hic et nunc*. A Criminologia tem uma concepção própria do delito mesmo.

Quando estabelecemos distinção entre Sociologia do Direito Criminal e Sociologia Criminal, damos certamente, a esta última, um caráter abrangedor, que compreende, inclusive, as relações entre o fenômeno criminal e a organização do contexto social (prevenção, repressão); mas a ênfase recai no primeiro ângulo, mais do que no segundo; e a distinção permite apontar duas perspectivas, de inegável entrosamento, embora de natureza distinta.

Em síntese, podemos afirmar que, estudando a Sociologia Criminal, como ramo da Criminologia, consideramos a Sociologia do Direito Criminal, na medida em que a primeira ("enfoque" principal), como abordagem do fenômeno delinqüência, em

sentido global, assinala, também as repercussões de elementos fornecidos pela análise genética e funcional das instituições penais. Assim a distinção, sem perder o próprio alcance conceitual, manifesta o sistema de relações. De um lado, a estrutura social, resguardada pelas formas de controle, concretizadas nas instituições penais - esquema da defesa social; de outro lado os processos dissociativos (a respeito vêde RECÁSENS, ob, cit,), desencadeando episódios de desorganização social, concretizados na criminalidade (no sentido em que o redefine a Criminologia-esquema dos desajustamentos sociais); o todo emergindo da comunidade, de cuja morfologia e dinâmica faz parte.

Para visualizar, não só a posição dos diferentes aspectos, como as relações entre eles, teríamos, então:



Para realizar essa tarefa - estudo da Sociologia Criminal, como ramo da Criminologia -, o instrumental sociológico diversifica-se em processo técnicos de extrema flexibilidade, atendendo aos cometimentos específicos de pesquisa.

PELÁEZ assinala que "o desenvolvimento das indagações de Sociologia Criminal andou ligado ao da Sociologia Geral" (ob. cit.). Houve uma fase em que a indagação sociológica "se reduzia à pesquisa de causas, estabelecendo correlações entre fenômenos físicos, biológicos, culturais etc." (1b). A respeito citam-se os trabalhos de GUERRY, QUETELET, TARDE, DURKHEIM, BONGER e outros.

Essas correlações, entretanto, manifestaram as dificuldades: a) determinação do campo a ser observado, sem o que a extrema amplitude representaria obstáculo à organização válida do trabalho; b) de especificação do elenco de fatores, subordinado a uma esquematização dos elementos a serem observados, em cada caso determinado. Sem um hipótese reitora de trabalho e sem uma fixação de campos específicos, o empreendimento era possível. Mas, por outro lado, a repartição dos observadores criaria, sem um enquadramento metodológico fundamental e uma convergência teológica, na utilização dos processos, o problema da impossibilidade de totalizar o resultados das diferentes pesquisas, num sistema global unificador, não só das diferentes observações e constatações sociológico-criminais, como do conjunto destas, na síntese criminológica geral, antro-po-sociológica ou bio-psíco-social.

Se acompanharmos toda a luta para arrumação dos processos de apreensão da realidade sociológico-criminal, teremos chegado, inclusive, ao balanço da temática da Sociologia Criminal, em seus diferentes aspectos.

Aquela primeira abordagem, agora superada, rendeu certas verificações, como a complexidade da trama causal-explicativa, nos âmbitos natural e social, acentuando que as correlações específicas não são, propriamente, expressões de determinantes, mas, antes, de propiciamentos "condicionais e permissivos" (vêde PELÁEZ, ob. cit.) - o que acentua o aspecto de uma etiologia (estudos das causas), ligada à liberdade humana e que, portanto, não é "causalidade ~~seca~~", mas esquema de facilidades e dificuldades" (a respeito MACHADO NETO, Introdução à Ciência do Direito II). levando, ademais à apreensão "compreensiva" (1b), à DILTHEY.

A excessiva amplitude do campo de observação escolhida, inicialmente, provocou uma reação, principalmente na Sociologia (e, portanto, na Sociologia Criminal) americana. Contraiu-se o campo de observação. Organizaram-se "equipes" de social survey (inquérito social), que já tinha precedentes na enquête sociologique francesa, desde LE PLAY, pelo menos (vêde, a respeito PELÁEZ, ob. cit.), desdobrando case study (estudo de caso) com entrevistas coletivas, questionários etc. (A respeito, vêde FERNANDO DE AZEVEDO, Sociologia). No field work (trabalho de campo), o estudo individual e de pequenos grupos, "procura surpreender o próprio processo vital do grupo. Naturalmente, cruzam-se, num mesmo patamar, informações históricas, econômicas, geográficas, política e psicológica" (DELGADO DE CARVALHO). O case study, como processo técnico da Sociologia Criminal, difere, é óbvio, da consideração individualizada, antropológica-criminal: neste caso, é a compreensão de uma conduta humana específica e determinada, por uma constelação de fatores individualizados (sem esquecer o elemento particular da liberdade, que, na fórmula da dinâmica do delito de ABRAHAMSEN, por exemplo, aparece como o símbolo R - (resistência)); - é o entrecruzar dos relativos condicionamentos mesológicos (interiorizados) e biopsíquico. O case study, na pesquisa sociológico-criminal, ao revés, toma o caso individual como índice e reflexo de uma realidade mais ampla, no terreno da interação humana, visando a esclarecer certas regularidades típicas no fato social-criminalidade.

O inquérito social, por outro lado, em função, mesmo, de sua delimitação de campo, associou-se à pesquisa ecológico-criminal (embora não exclusivamente a ela). A chamada Ecologia Criminal (a respeito vêde, TERRENCE MORRIS, The Criminal Area, a Study in Social Ecology) aplica a perspectiva da Ecologia Social: A Ecologia Humana ou Ecologia Social preocupa-se com as relações que existem entre pessoas que participam de habitat comum ou território local e que são distintamente relacionadas

com aquele meio" (MORRIS, ob. cit.). Daí a atenção voltada para as áreas criminais (parece ter sido o americano CLIFFORD SHAW quem, primeiro se dedicou à sistematização, reunindo instruções e observações parciais de precusores), como as estudadas em Chicago - "aquelas partes da cidade que parecem lançar criminosos e delinquentes, com a mesma facilidade com que produzem exemplos de pobreza, superpopulação e doenças (apud MORRIS, ob. cit.). Nota-se que nos confins dessas áreas "a conduta criminosa é uma expectativa dos habitantes; uma atitude hostil desenvolve-se, em relação às "agências sociais" e à polícia e ela (a área delinqüencial) torna-se um ~~ambiente~~ ^{ambiente} cultural, em oposição ao resto da cidade" (ib). É decerto, o que se produz, entre nós, no âmbito urbano, dentro das favelas, por exemplo. Note-se, aliás, que a área delinqüencial, tomada como produto tipicamente urbano, denota um processo dissociativo, encravado na estrutura social; por assim dizer, uma anomalia da dinâmica de homogeneização e aglutinação urbanas, lutando contra a cristalização institucional e os processos de controle. Não será, porém, desarrazoado falar em "áreas criminais", a respeito de habitats rurais, onde, porém, haveria correlações diferenciadas, pela coesão típica do meio, sem a mesma amplitude de diversificação. E, por outro lado, observa-se um processo transgencial de recíproca influência, no caso de mudança ambiental (environmental change) - (a propósito vêde RIEMER, The Modern City), com a eventual marginalização em slums, ligada, muitas vezes, a fatores de imigração (aculturação dificultada ou retardada). "Não há dúvida de que o slum é crimínogênico" (RIEMER, ob. cit.). A marcha do processo rural à urbanização (desenvolvimento agrário, industrialização) cria problemas típicos, não só internos (na mesma área natural), como externos; assim, os de contato e conflito (transferência do habitat e suas consequências), no âmbito nacional e internacional. O nosso legislador penal não ficou insensível a essas questões. Basta ver, num caso, a "mora" sociológica, face à legislação penal federal (Exposição de Motivos do Código Penal, nº 51) ou, noutro exemplo, a verificação das desarmonias regionais (subdesenvolvimentos regionais) geradoras de transferências, desequilibrando as ordens urbanas: o legislador, atento a êsses fenômenos, incrimina o aliciamento de trabalhadores de um local para outro do território nacional (art. 207 do C. Penal). "O desnível de prosperidade entre as regiões provoca o êxodo de operários para aquela que apresenta melhores condições de trabalho; mas isso, com agravação das dificuldades da outra", observa HUNGRIA, Comentários ao Código Penal). Não se proíbe o êxodo, em si, "seja espontâneo ou provocado" (ib); mas a lei reprime a atividade dos ~~aplicadores~~ ^{aplicadores}. Há fecundos elementos, para estudo criminológico, nesses movimentos, inclusive sob o ângulo da redução à condição análoga a de escravo (art. 149 do C. Penal).

No estudo da origem e evolução das instituições penais tivemos ocasião

de apontar o processo sociológico da estruturação social urbana, com as formações institucionais (contrôle social), de que o institucional penal é forma excepcionalmente vigorosa (dada a força intimidativa e repressiva da sanção penal). Nestas ^{notas} sobre Sociologia Criminal, já acentuamos, aliás, as anomalias funcionais da urbanização (desde a cidade primitiva, de vínculo agrário, até o centro urbano, desenvolvido e moderno), tanto internamente (mobilidade descendente, na estratificação social, pelos condicionamentos de crises evolutivas - vêde RIEMER, ob. cit.), quanto externamente (inadaptação dos recém-chegados). Tudo isso contribui, na dinâmica social, para uma série de derivações criminógenas (entenda-se: propiciadoras da delinqüência e, não, determinantes rígidas, pois rejeitamos o absoluto determinismo sociológico - a respeito, vêde RECASÉNS, ob. cit.).

Viu-se, na breve explicação, como o ecológico absorve considerações culturais e confina com análise da estratificação. No ângulo cultural é importante fixar aquelas resistências dissociativas da cultura no instrumento homogeneizante do ordenamento jurídico (ação anti-social não ilegal, sancionada pela opinião pública e, não, pelo direito; conduta antijurídica, sancionada pela lei, mas que não é geralmente considerada antisocial; ação antisocial, que é ilegal e, portanto, "pelo direito e pela opinião pública" - MORRIS, ob. cit.).

Sobre a estratificação social (pirâmide social), convém salientar que a divisão da sociedade em classe não é, exclusivamente, de ordem econômica, como pretendem os marxistas, mas econômica, política e social (situação econômica, situação política dominante, importância atribuída a profissão - a respeito vêde SOROKIN, Estratificación Social). Dentro do esquema de mobilidade ascendente, podem manifestar-se correlações criminológicas. Importa, todavia, conceber essas correlações, dentro da perspectiva, traçadas nas agudas incisões de SUTHERLAND. Em sua obra clássica - White Collar Crime - , êle combate o preconceito relativo à incidência mais elevada da criminalidade, nas classes sócio-econômicas inferiores. Apontando, de início, a criminalidade oculta, que trai as aferições estatísticas (poder para escapar à repressão, melhor defesa nos processos, convencionalismos legais, dissolvendo em ilicitudes administrativas ou puramente morais o que é anti-social a ponto de merecer a qualificação de criminoso, no mais amplo sentido da Criminologia etc.), êle estudou o "white collar crime" - crime cometido por pessoa de respeito e elevado status social, no curso de sua ocupação" (ob. cit.).

Não apenas sob o ângulo do "white collar crime" que se manifesta o cuidado com que se deve realizar o estudo da relação entre status e criminalidade. É preciso que êste fator inegavelmente importante - interação psicológica e social (estratificação) é, não, apenas social -, não seja tomada "sociologicamente" ou,

pior, marxísticamente, no exagero dos dados econômicos, como uma determinante. O status inferior (carências referente a educação, à segurança, ao bem-estar etc.) pode ter certa influência, na eclosão da criminalidade, inclusive tendo-se em vista os processos de mobilidade descendente e os reflexos da desorganização social da desorganização da personalidade. Sob o ponto de vista sociológico, o "sociologismo" e o monismo economicista mereceram a crítica de RECASÉNS (in ob. cit.), a que nos reportamos, quanto ao erro da concepção causal como "força eficiente unilateral". Há uma margem, inclusive, para as dimensões individuais, que não podem ser "explicadas", coletivamente, e, ademais, até ^{no} plano coletivo, o mais que a Sociologia pode aspirar a registrar, como ciência, é a "correlação de distintos fatores variáveis: o econômico, o sexual, o político, o religioso, o artístico, o científico, o filosófico, o técnico etc" (ib). É verdade que os marxistas referem as contradições e a influência, de retorno, que as superestruturas exercem sob a base econômica, para eles fundamental. Porém, das duas, uma: ou se admite que o econômico é dotado de força decisiva - e há uma (relativa) originalidade do marxismo, porém a construção padece daquele vício de visão unilateral (vê de, a propósito RAYMOND ARON, Temas da Sociologia Contemporânea), ou se admite que o econômico se dissolve, numa interação de fatores - e, nesse caso, o econômico não é decisivo; é, apenas, um elemento, entre vários, e a tese é perfeitamente aceitável, mas já é marxista... (sobre o assunto, RECASÉNS, in ob. cit., sobretudo o capítulo - Crítica del Materialismo Histórico).

Sob o ponto de vista sociológico criminal, o que se pode atingir é uma certa indicação de regularidades, traduzida nas fórmulas da criminalidade, jogando, sempre, com os fatores personalidade e meio.

Antes de chegarmos à formulação, com prudentes reservas, de que a Sociologia Criminal poderia concluir de suas indagações, ^{Cumula} ~~sempre~~, ainda, referir outros processos, em voga, tais como a sociometria de MORENO. Esta liga-se, visceralmente, à microsociologia, voltada para a unidade associativa, em sentido estrito, e procura "medir, quantitativa e diagramaticamente, as atrações e repulsões existentes nas relações humanas" (PELÁEZ, ob. cit.), através de conceitos como "átomos sociais, gravitação social, redes psíco-sociais" etc. SOROKIN (in Tendences, cit.) faz uma crítica arrasadora das pretensões sociométricas. Numa pauta menos apaixonadamente polêmica, CUVILLIER (in Manuel de Sociologie) assinala agudamente, que a sociometria da escola de MORENO se apresenta com forte psicologismo, bem distante de objetividade empírica, de que se gaba.

Mais resistente a tais reservas é o processo estatístico, tomado como técnica auxiliar da Sociologia Criminal. Há, é evidente, uma quota subjetiva nas próprias observações quantitativas: a coleta dos questionários, por exemplo, o evidência, "viciando a exatidão de perguntas e respostas" (sobre o assunto, as

observações de SOROKIN, Tendências cit.); ademais a substituição de elementos qualitativos por elementos causais "não pode ser levada além de certos limites, que fogem ao exame estatístico". (PELÁEZ, ob. cit.). A própria complexidade dos dados exige uma triagem prévia, sob o ponto-de-vista da relevância, que não é, decerto, matemática. Pense-se, ademais, na "classificação" (policial, judicial? subordinada a legislações diversas?) e na criminalidade oculta ou aquela que emerge de atos anti-sociais, criminológica, mas não juridicamente, "enfocados" (ex: o "white collar crime"). Além disso, é preciso acentuar que a aplicação das generalizações estatísticas sofre uma certa "décalage" no plano individual, e, assim, já é de ser tomada com prudência, sobretudo em face das ponderações de EXNER, já transcritas. DE GREEF (in Introduction a la Criminologie) chega a afirmar que as inferências do exame geral devem ~~confirmar-se~~^{mar-se} a este, "porque não servem ao caso individual". Não chegaríamos a este ponto; mas é certo que, na individualização, como na ampla síntese criminológica, o coletivo há de ser utilizado, corretamente, apenas como expressão de certas regularidades sujeitas à variação do concreto; as próprias tipologias criminológicas, mesmo as antropológico-criminais, não vestem, sob medida, o indivíduo A ou B, exceto como sugestões muito gerais, sujeitas a ajustamento e correções.

De qualquer maneira, a utilização do processo estatístico é geralmente, aceita, e com razão, desde que "as fontes de erro possam ser excluídas e consideradas" (SEELIG, ob. cit.) por outros sistemas de controle. Nesse emprego, procurar-se-á a inferência relativamente explicativa (sujeita a integração, com outras fontes de informação) mediante os elementos do método diferencial e do método das variações correlativas. No primeiro, "conclui-se, pela diferença de dois números, que resultam da variedade de uma circunstância, o significado "causal" desta" (SEELIG, ob. cit.). No segundo - é comparado o curso de uma série estatística de números com a de outro fenômeno coletivo e deduzida uma relação de "causalidade" entre ambos os fenômenos, se as duas séries são paralelas ou sempre opostas (antagonistas) - correlação positiva ou negativa" (ib.).

Repetimos que a formalização estatística pode ser perfeita, mas tudo depende da prévia seleção de dados. A geocriminalidade, por exemplo, o movimento cronológico da criminalidade, a quota de criminosos, a distribuição conforme o sexo, a idade, os tipos criminológicos fornecem um rico material para a análise. Mas haverá, sempre, ao lado da seleção de dados (a começar pelo conceito criminológico de delito e pelas tipologias criminológicas), o trabalho de aferição integrante, da relevância "causal-explicativa" em esquemas complexos de interpretação.

Veja-se, por exemplo, uma correlação entre o sexo e criminalidade. Nota-se,

estatisticamente, que as mulheres, num certo campo de observação, delinham menos do que os homens. Até que ponto a posição da mulher, naquele meio ou época, está influenciando na verificação? Até que ponto operam características biológicas? SEELIG lembra, por exemplo, a ocupação maior ou menor da mulher em trabalhos profissionais, em certas sociedades e em certos momentos históricos. "Em ambas as guerras mundiais, nas quais a mulher teve de substituir, muitas vezes, o homem, na vida profissional, subiu, também, fortemente, a participação relativa da mulher na criminalidade. E, na Áustria, mesmo nos tempos de paz, na grande cidade de Viena, onde a atividade da mulher é relativamente grande, a quota feminina é, também, máxima e diminui, fortemente, para o ocidente conservador". Note-se que "também, só podemos tirar conclusões aproximadas sobre a fisionomia da população por meio de experiências maciças de presos, porque, entre os reclusos de uma cadeia, os tipos que cumprem penas mais longas (...) se destacam mais do que a massa total nos delinquentes" (ib.)

Com as reservas que cercam a utilização de processos isolados para observação e análise do fenômeno-criminalidade (o instrumental sócio-criminológico é múltiplo e diversificado), é contudo, possível fazer-se alguma sorte de generalização, ainda que prudentemente restrita, sobre correlações observadas em vários ângulos.

No limiar histórico, sobre Sociologia Criminal o preconceito "progressista" procurou fundamentar a tese de que a evolução social (progresso social) em padrões mais elevados de cultura e civilização deveria corresponder uma diminuição da delinqüência. "Com maior aproximação a verdade, em troca, e com menor ignedade, outros se pronunciaram, não já por diminuição absoluta, e muito menos por uma desapareção quase total do delito, à medida que se elevam as condições de vida, materiais, intelectuais etc. do homem. Ou, então, fixando, principalmente, o olhar na variedade dos tipos sociais, outros autores dizem que, em lugar de uma verdadeira e própria diminuição dos delitos, haverá uma adequação dos mesmos a cada tipo de sociedade" (NICEFORD, Criminologia).

Os antigos criminologistas, pretendem ver uma tendência à transformação do esquema de sociedade primitivas, em que predominaria a criminalidade de sangue, para a criminalidade fraudulenta, predominando nas "civilizações modernas": do bandido sanguinário ao "vigarista", da força bruta à inteligência... (Vêde, a respeito, GUILLERMET, Le Milieu Criminel). Na realidade, ^{podemos} ~~podemos~~ NICEFORD, "tais marchas retilíneas não existem na história humana, pelo menos de forma absoluta" (ob. cit.) NICEFORD prefere falar, em concreto, de "período rítmico, em que se alternam as distintas fases de força ou intelectualidade" (ib.), não propriamente ligadas à "evolução" de sociedade, mas à adequação da criminalidade à forma típica sócio-cultural. "Cada tipo de civilização tem sua forma típica de criminalidade, em determinado

momento" (OXAMENDI, apud NICEFORO) e nessa tipicidade formal, interferem, ademais, ingredientes de estratificação social ["cada classe social tem sua forma especial de delinqüência ou apresenta, com maior freqüência, certas formas de criminalidade" - ib.), raça, sexo idade etc.

NICEFORO, nota, com OXAMENDI, que algumas formas delinqüência passam do estado agudo e esporádico a um estado crônico e epidêmico. Essa noção tem antecedentes, inclusive em FERRI. O urbanismo, por exemplo, favorece uma delinqüência especial ("malavita", associação de malfetores etc.), afirma-se: mas, nos aglomerados urbanos, tal associação adquire, apenas, uma conformação própria, não deixando de existir, no meio rural. Entre nós, CHRYSOLITO DE GUSMÃO ocupou-se, especialmente, do baditismo e das associações para delinquir (O Baditismo e Associações para Delinquir); ^{vê-se o} elementos atualizados sobre a criminalidade no Brasil, coligidos e interpretados pela Professora ZAHIDÉ MACHADO NETO, que já tem, por outro lado, contribuições importantes, envolvendo matéria sociológico-criminal, como o seu estudo sobre Sociologia do Fanatismo Religioso e do Cangaço na Obra de José Lins do Rêgo.

A orientação moderna dos estudos criminológicos propende a dar uma ênfase especial ao delinqüente, mais do que ao delito em si mesmo (NICEFORO) referindo a conduta ^{a.} dos fatores orgânicos e psíquicos, combinados com os ambientais, de sorte que não se olha o delito, mas o delinqüente ou, de forma ainda mais radical, não o delinqüente, mas o homem, "cercado pelo ambiente em que nasceu ^{le} em que vive" (ib; vêde as posições de SADANA e sua Antropologia Integral, já referidas e criticadas) ~~.....~~ Isto, decerto, há de ser tomado com certas restrições. Para estudar o homem criminoso, é preciso considerar, inclusive no seu valor sintomático, o delito, como fato objetivo e externo, embora, criminologicamente, numa concepção mais ampla do que a jurídica e, por outro lado, ao considerar os relativos condicionamentos sociais, ou até antropológicos, o antigo determinismo se revestirá da flexibilidade inerente à liberdade humana.

A massa total do que é o delito, em certo tempo e lugar, diz NICEFORO, compõe-se de três círculos: "a) um quid imutável, ~~de~~ que se refere à proteção das condições elementares de todo homem, e, portanto, às sociedades humanas em si mesmas, consideradas em abstrato; b) uma segunda parte que se refere às condições de existência de uma sociedade, que prepara, cria e aplica a lei; c) uma terceira, ainda mais restrita, notando que essas zonas ^{elas} são assumem a mesma extensão através dos tempos e lugares, pois certas vezes se estendem mais umas do que outras" (ob. cit.).

Resumindo as correlações entre criminalidade e meio, SEELIG escreve: "na medida em que a estrutura e a modificação das massas criminais em movimento e constantes e a sua comparação com outros fenômenos coletivos permitir tirar conclusões mais ou menos seguras sobre as suas "causas", nós verificamos, por um lado, que

existe uma dependência estreita entre o movimento real da criminalidade e as condições momentâneas do meio, em especial as condições econômicas e, por outro lado, uma variação mais constante da criminalidade, condicionadas pelas estações do ano e a natureza étnica (note-se que não se pode saber, na maioria das vezes, em que medida as qualidades raciais, em si, ou as condições sociais e econômicas em que vivem os homens das diferentes raças de um Estado, promovem as diferenças da criminalidade), isto é, conforme as qualidades hereditárias, que todavia, também, atuam indiretamente, contribuindo para a forma da criminalidade, sobre as condições do meio (por exemplo): profissão, posição social, consumo de álcool etc. Estes resultados são, por consequência, de acordo com os de observação individual; o meio é predominantemente decisivo para o problema do desencadeamento, enquanto a maneira de ser das pessoas, que reagem criminalmente, a essas condições do meio é "determinada" no seu desenvolvimento, essencialmente, pelas disposições congênitas" (ob. cit.). Esta síntese de SEELIG será retomada por nós, no estudo da dinâmica do delito, inclusive para entendê-la, no duplo ângulo, individual e social, com a indispensável consciência das limitações de determinismos e causalidades, em Criminologia.

Nessa síntese, aparecerão as verificações sociológico-criminais, oriundas da observação coletiva, assim esquematizadas por SEELIG: a) há algumas pessoas que, em virtude de suas disposições hereditárias, praticam crimes, em condições médias do meio (especialmente criminosos profissionais refratários ao trabalho, agressivos por disposição, criminosos sexuais crônicos) b) há muitas pessoas que, em virtude de suas disposições hereditárias, cometem crimes por influência da pressão reforçada do meio (os chamados criminosos da legião ^{de} reserva); c) há muito poucas pessoas que, em virtude de influência do meio, cometem crimes em condições médias de ambiente; d) há pessoas que, em virtude das suas disposições hereditárias, não se tornam criminosas, ainda que sob a pressão reforçada do meio" (ob. cit.). As proporções encontradas por SEELIG são respectivamente, 1 a 2%, para o primeiro caso; 30 a 40% para o segundo; 0,1% para o terceiro; acima de 50% para o quarto.

Essa verificação macrocriminológica está sujeita, é claro, à conjugação com os elementos microcriminológicos; e, por outro lado há de ser entendida na concepção restritiva das causas da criminalidade, jogando com os conceitos de evolução, encadeamento, âmbito vital concreto e, sobretudo "a autonomia e a capacidade criadora de toda personalidade humana" (SEELIG, ob. cit.).

Síntese Criminológica

Quando analisamos, separadamente, os elementos somatopsíquicos e sociológicos, no âmbito da Antropologia e da Sociologia Criminais, tivemos ocasião de assinalar, com insistência as relações muito íntimas que se estabelecem entre esses fatores, seja quanto ao crime, em concreto, seja quanto ao fenômeno social - criminalidade.

Voltamo-nos aqui para o fenômeno criminal em sua totalidade. A ela pertencem todos os elementos, da personalidade do agente (aspectos constitucionais e adquiridos) às condições do meio (durante o desenvolvimento da personalidade e no momento da ação). É nas associações desses dados que encontraremos o caminho para a compreensão global do crime e o esboço de tipologias que levem em conta todos os aspectos.

De que forma se combinam essas forças convergentes? É a pergunta a que pretende responder NICEFORO(1), quando fala na conduta delituosa resultante do enlace da pressão ambiental com a reação individual (filtro pessoal), em doses desiguais, segundo o lugar, o tempo e as pessoas.

Já foi lembrada a fórmula de MEZGER

$$AC = (p + d)P \times (ap + aa)M$$

que procura abranger toda a complexidade dos elementos criminógenos, predispondo à ação, sem prejuízo da quota de liberdade e variação. Note-se que "fórmula" aí não tem o rigoroso sentido matemático, nem a expressão enseja as operações duma espécie de álgebra delituosa. Trata-se, tão só, do registro condensado de um elenco de fatores não abstratos.

Todas as outras fórmulas são do mesmo tipo e, de maneira geral, giram em torno dos dados endógenos e exógenos, entre personalidade e meio. Há, contudo, certas diferenças de ênfase, matizamento, perspectiva, entre os autores.

Vejamos, por exemplo, as fórmulas de ABRAHAMSEN e de GRAPIN. Este último refere-se a um conjunto de forças egoísticas e altruísticas, desde que, a seu ver, todo desequilíbrio ego-altruístico é criminogênico(2). ABRAHAMSEN liga as tendências pessoais à situação contingente, simbolizando como "resistências mentais" a aptidão do sujeito para resistir às apropriações ambientais e conjunturais(3). Aliás, NICEFORO lembra, a respeito, que as

resistências não são apenas mentais.

Em última análise , porém , o que todos verificam é que a dinâmica do delito fica situada entre a pressão ambiental e o filtro pessoal, que não funciona, porém, como "divergência congênita" (NICEFORO), pois a cristalização caracterológica mantém o seu próprio e peculiar dinamismo , e afinal é preciso ver como o homem jouera de son caractère(4).

A criminodinâmica tem , ademais , no seu roteiro e planos de desdobramento , aspectos de ^{essencial} ~~característica~~ complexidade , na medida em que, sem prejuízo do constante entrosamento, caminhamos (5) do individual concreto ou particular , pelo individual geral (tipologias) para o coletivo (já não crime, porém fato social- criminalidade) e o global (que abrange as quotas de influência recíproca de todos os níveis).

O meio abrange , é claro, tanto o ambiente social , quanto o ambiente cósmico-geográfico e a personalidade se distende , para colher , bio-psiquicamente, a substância herdada e dados congênitos, com os quais se inaugura o padrão constitucional específico, depois sujeito às oscilações e padronizações do adquirido. Vem daí a tendência a agrupar criminosos em classes , conforme predominem aspectos da Anlage (disposição, constituição) ou do Umwelt (mundo circundante)(6).

As tipologias nascem do estudo de certas características mais comuns de padronização, a fim de que a ciência criminológica possa alcançar um grau de generalização , para além do case study individual (7). Conforme o padrão, é mais ou menos provável a incidência no crime , sem que se deva , entretanto, forçar a compreensão determinísticamente , na imagem física de NICEFORO, segundo o qual os fatores se armam , num paralelogramo de forças , de que o crime seria a resultante. Oblitera-se aí a quota de autodeterminação do homem, que pode conscientizar os influxos e , deste modo, até certo ponto libertar-se deles , não incidindo no delito(8).

As disposições individuais(9) estabelecem, por outro lado, a possibilidade dum juízo de periculosidade delitual - desdobrada em pre-delitual(10) e inclusive post-delitual , esta última sendo admitida , sem ambages , pelo nosso Direito Penal positivo(11). Fatores mesológicos retroagem sobre elementos internos, influências telúricas ensejam a eclusão de dados latentes, ações prejudiciais sobre o corpo têm repercussão mental (12), remotos influxos genéticos emergem , favorecidos por situações contingentes(13).

O gráfico de SEELIG pretende justamente visualizar esse feixe de aspectos entrecruzados(14). E , mesmo após o evento, eles se mantêm, como re-disposição tendente à reincidência , que vem a inspirar os cuidados assistenciais e reeducativos , mediante os quais a política criminal desce às particularizações individualizadoras, com o propósito de neutralizar as forças crimino-incitantes.

As tipologias , é evidente , não são mais do que um arranjo cômodo, classificatório, que não exaure , em nenhum caso, a riqueza e especificidade das padronizações individuais. EXNER dizia, por isto, que não há propriamente classificações , mas esquemas, cuja multiplicidade resulta do ângulo de visão e da finalidade do classificador, conforme atente para algum dos fatores ou grupo de fatores , como o sociológico, o biológico, o psicológico, o político e assim por diante (15).

Permanece , entretanto, a classificação como uma necessidade da sistematização científica, desde que se compreenda e se mantenha viva esta compreensão : os tipos não se cristalizam irremissivelmente, pois , como adverte GEMELLI, cada ser se transforma em trocas incessantes entre o quadro interno e os estímulos exógenos(16). Isto não impede , por outro lado, que , sem prejuízo do dinamismo da personalidade e das variações individuais-concretas, haja certa tendência à repetição de formas típicas(17). Como notava LE SENNE, a evolução da personalidade não desmente a existência de certas propriedades que constituem o "esqueleto" permanente do caráter (18).

É curiosa a multiplicidade de critérios da classificação de SEELIG, com inegável interesse prático, uma vez que corretamente se inspirou (embora sem a preocupação de grande harmonia sistemática) em padronização haurida no exame empírico de casos mais frequentes, observados em grupos de delinquentes , tomados como amostragem(19). Ele , de certo modo, combina tipos etiológicos, caracterológicos, clínicos ou psiquiátricos, sociológicos e até prognósticos(isto é , baseados no juízo de periculosidade) (19). MANASSERO já defendia estas associações de critérios ; e, se outros adotaram ponto de vista mais coerente, nem por isso chegaram a resultados mais fecundos. Temos um exemplo de tal preocupação no esquema de VEIGA DE CARVALHO (21), que se limita a combinar equilíbrio ou predominância de fatores endógenos e exógenos , criando um elenco de grande harmonia conceitual e escasso interesse prático. Tomando a combinação de dados ambientais e pes-

soais , que é uma idéia comum a todos os criminólogos - vêde, a respeito, as observações de SEELIG(22), mas sem atentar , na sua exclusiva tendência etiológica , para que "as relações causais são muito confusas"(23), VEIGA DE CARVALHO esquece que uma dosimetria de fatores não enseja classificação útil , cujos limites , entre tipos , são mais cerebrinos do que reais. Sob este aspecto, NICEFORO criticou-o com muito acêrto (24).

Os tipos caracterológicos apresentam maior flexibilidade e , portanto, utilidade , desde as correlações bio-psíquicas fixadas em KRETSCHMER (25), até os esquemas psicológicos "puros" que se desenvolvem , por exemplo, segundo inspiração em JUNG , JAENSGH ou - ainda mais próxima do foco criminológico, as adaptações do estudo de Caracterologia segundo a Escola de Groningue, com HEYSMAN e WIERSMA, logo retomado e ampliado , em França , por LE SENNE , Le GALL e BERGER(26). Do ponto de vista criminológico, a Caracterologia rendeu bons frutos , que se observam , principalmente , nas obras de KINBERG⁽²⁷⁾ ou, ainda em França , de RENÉ RESTEN (28). A partir de três dados fundamentais- emotividade , atividade e repercussão - , ou seus opostos , é que a Caracterologia pôde levantar seus oito tipos fundamentais , em seguida ampliando o elenco de índices , com BERGER(29) e MAISTRIAUX (30), para reencontrar as correlações psico-somáticas , na tentativa de MUCHIELLI (31).

Foi, entretanto, RENÉ RESTEN⁽³²⁾ quem nos deu o melhor estudo específico da caractérologie du criminel, mediante a qual se mostra que a Caracterologia , ao contrário do que pensava SEELIG , pode render uma classificação criminal específica. Aliás , KINBERG⁽³³⁾ já acentuara , em resposta ao mestre austríaco⁽³⁴⁾, esta fecundidade. RESTEN ecoa a asseriva de KINBERG , segundo o qual a predisposição criminal resulta do hipertrofia dos mecanismos caracterológicos (35), associada à situação criminógena específica, num quadro externo incitante(36), donde se projeta a passagem ao ato(37). Por outro lado, foi possível observar que, em modalidades delituosas diversas , os tipos caracterológicos de maior incidência criminal são o nervoso, o apático, o colérico e o amorfo(38).

Os tipos sociológicos não são desinteressantes , também, podendo revelar especial interesse em modalidades como a da criminalidade profissional, enquanto os tipos puramente prognósticos, parece evidente, são mais complemento de outras tipologias do que tipos em si.⁽³⁹⁾

131

Sobre as classificações, há listas intermináveis. FERRI empreendeu uma resenha até 1929, depois atualizada por NICEFORO(40) e, mais recentemente, continuam a aparecer classificações de mais de um tipo. Já tive^{na} ocasião de salientar que o nosso legislador, afortunadamente, não adotou nenhuma delas, nem as que NICEFORO considerava defeituosas e híbridas(41), nem outra qualquer (42). Nem poderia o legislador transformar útilmente em dado normativo o que é apenas um expediente de "arrumação", utilizado pelo criminólogo para o seu estudo sistemático. Em nossas investigações pessoais, empregamos, com bons resultados, o esquema de SEELIG, atentando para que a maior parte dos tipos são mistos - isto é, paralelos(admitindo a convivência de elementos de mais de um tipo nos sujeitos), mutáveis (diversidade sucessiva), além de haver uma quota atípica. De qualquer forma, o esquema de SEELIG parece-nos atender bem às finalidades do trabalho prático(43).

O problema das "causas" da criminalidade, em qualquer de suas manifestações tipológicas, permanece vinculado à dinâmica do delito e na mesma associação de indivíduo x meio, que transparece nas classificações de criminosos. Este último, isto é, o meio, porém, não se reparte apenas em meio social e meio físico, ambiente geográfico, mas em ambientes diversos que acompanham a formação da personalidade e têm maior ou menor força condicionante, conforme representem pressões mais ou menos intensas(44). Foi esta complexidade que se propôs nas distinções e subdistinções de personalidade e meio, condensadas na fórmula de MEZGER.

A questão das "causas" liga-se, também, a outro problema fundamental, que é o da liberdade humana, contradizendo o impulso determinístico. Daí por que elas tendem, hoje, a ser referidas como fatores (associados) e as antigas "leis" criminológicas foram substituídas por prudentes menções a "tendências". A questão é evidentemente mais ampla do que um simples elenco de "causas". Desde as primeiras transformações da Criminologia moderna, a causation começou a ceder, como conceito, à mera association, que o casal Glueck já preferia (45).

Isto não impede o juízo de periculosidade, que é um juízo probabilitário, conforme o perigo mais próximo ou mais remoto de delinquência(46).

130

A periculosidade , porém, não deve ser procurada com tanto destaque , como desejava GRISPIGNI. Na própria ordenação legal , entende-se que ela pode estar ausente, na medida em que a eclosão delituosa cumpre-se , com escassas condições prováveis de reversibilidade , não ensejando a aplicação de qualquer medida extraordinária , de ordem "curativa". O próprio valor "sintomático" do delito, como indício de periculosidade , perde, desta maneira , uma parte do relêvo que lhe procurariam dar os autores positivistas , isto não só em função da existência de criminosos ocasionais (como era por eles reconhecido), mas também pela índole convencional de certas incriminações, ligadas a conjunturas passageiras , preconceitos superáveis e outros dados que sugerem as próprias transformações , ao menos em parte , do ordenamento jurídico-penal. Há , em todo caso, que falar , menos em valor sintomático do crime do que em "acontecimentos sintomáticos" (47), estudados ao longo do itinerário biográfico , em exame externo e interno . O próprio dinamismo da personalidade global , em contacto com o meio, é que pode iluminar as derivações criminógenas e , inclusive, ensejar um razoável prognóstico das probabilidades de incidência ou reincidência no delito, naqueles delitos que representam uma bem grave conduta anti-social e que não se esgotam com breves condutas a que o legislador mesmo não dá tanta importância , limitando-se a sancioná-las com penas leves , conversíveis em multas ou (como no caso das contravenções penais) somente com multa sancionadas.

A tarefa prognóstica , de toda sorte , só aparece , na visão criminológica, após a compreensão do fenômeno delituoso , e foi por isso mesmo que SEELIG rejeitou as classificações prognósticas de delinquentes.

Nada obstante , o prognóstico tem sua importância , em ciência criminológica, e é , sem dúvida , através dele que se aferece o suporte da Criminologia à política criminal.

Esta última nada mais é do que o "conjunto sistemático dos princípios conforme os quais deve o Estado organizar a luta (prevenção, repressão) contra o crime"(48).

Pode-se falar também na política criminal, é claro, não como disciplina que organiza teoricamente o arsenal de medidas , porém como uma política criminal em concreto. Será então ela o traçado que se delineou , em função das sugestões armazenadas. Neste sen-

134

tido, trata-se da própria atividade estatal encaminhada para a prevenção e a luta contra o delito.

O chefe do movimento de defesa social, com ramificações internacionais, FILIPPO GRAMMATICA, afirmou: "Seremos políticos (criminais) à espera de fazer o direito", exprimindo com isto o que se pode realizar, desde logo, com o esquema institucional existente, sem esperar mirabolantes reformas legislativas, que dependem de fatores conjunturais propícios. Em todo caso, não se trata de criar uma justiça "desjuridicizada" (com o maior risco para a liberdade individual). PELAEZ assinala muito bem que "as teorias terapêuticas absolutas terminam por negar o direito (...), minando as valorações jurídicas, transformando-as em noções simplesmente médicas" e aí reside o supremo perigo para as garantias individuais. É preciso que se conserve, como escreve CALÓN⁽⁴⁸⁾ o espírito característico do período humanitário e, inclusive, manter o teor equilibrado de intimidação e repressão, de um lado, e prevenção e reeducação, de outro. A pura aceitação pelo homem de um destino físico e social de "adoentado" dificilmente o faria considerar-se senhor de suas ações e, como já se notou a propósito, isto debilitaria os próprios objetivos de emenda e recuperação. Todo o projeto que andamos perseguindo e ordenando, nestas considerações, com os marcos teóricos pertinentes, revistos e ajustados, resulta na efetivação e realização do voto, até agora problemático, de PELAEZ:

é preciso tornar criminológica a Justiça, sem diminuir, de nenhuma forma, o seu conteúdo jurídico e moral"(49).

Notas

- 1) Criminologia.
- 2) Comunicação ao Congresso Internacional de Criminologia (1950).
- 3) ABRAHAMSEN, Crime and Human Mind.
- 4) LE SENNE, Traité de Caractérologie.
- 5) Trata-se do esquema de FLESCH, aqui refundido.
- 6) EXNER, Kriminalbiologie.
- 7) SEELIG, Manual de Criminologia, o.76.
- 8) ROBERTO LYRA FILHO, Análise, cit.
- 9) SEELIG, ob. cit., p.9.
- 10) SEELIG, ob. cit., p. 10.
- 11) Art. 76, § único, do C.P.
- 12) SEELIG, ob. cit., p. 11.
- 13) Ib.

- 14) Ob. cit., p. 13.
- 15) ROBERTO LYRA FILHO, Relatório, in Anais da Semana Comemorativa do Duodécênio do Código Penal (1954).
- 16) Ib.
- 17) SEELIG, ob. cit., p. 76.
- 18) Cahiers de Synthèse de l'Encyclopédie Française, VIII, p. 3.
- 19) Ob. cit., p. 79/80.
- 20) VEIGA DE CARVALHO, in Anais cit.
- 21) Relatório, cit.
- 22) SEELIG, ob. cit., p. 79.
- 23) Ib.
- 24) Criminologia.
- 25) SEELIG, ob. cit., p. 79 e 260 ss.
- 26) LE SENNE, Traité cit.
- 27) La Science et la Prévention du Crime, Impact, vol. 5.
- 28) Caractérologie du Criminel.
- 29) Traité Pratique de l'Analyse du Caractère.
- 30) RESTEN, ob. cit., p. 59.
- 31) Caractères et Visages.
- 32) RESTEN, ob. cit., p. 11.
- 33) RESTEN, ob. cit., p. 80.
- 34) RESTEN, ob. cit., p. 140.
- 35) Ib.
- 36) Ib.
- 37) Ib.
- 38) RESTEN, p. 154/165 (ob. cit.).
- 39) SEELIG, ob. cit., p. 80.
- 40) Criminologia.
- 41) NICEFORO, ob. cit.
- 42) Relatório cit.
- 43) SEELIG, ob. cit., p. 232.
- 44) RECASÉNS, Tratado de Sociologia.
- 45) PELAEZ, Introduziãone cit., p. 98 ess.
- 46) LYRA, Comentários ao Código Penal, II
- 47) HUNGRIA, Comentários ao Código Penal, III
- 48) CALÓN, Derecho Penal, cit., I.
- 49) PELAEZ, ob. cit., p. 197.

O texto revê e precisa toda a estrutura da Ciência do Direito, em geral, e da Ciência do Direito Penal, sob o ponto de vista da epistemologia atual (cap. I) e perante o desenvolvimento das instituições (cap. II) e das idéias penais (cap. III). O autor considera, em seguida, as escolas penais subsistentes e sugere os princípios necessários para superar a polémica mantida por elas, conservando as contribuições mais fecundas de cada uma, sem transviar-se num ecletismo amorfo (cap. IV). Feito isto, ele oferece uma nova elaboração da Teoria Geral do Direito Penal stricto sensu (cap. V) e, mais amplamente, da problemática a ela correlata, no que se refere às fontes, a interpretação (cap. VI) e os limites (cap. VII) do Direito Penal positivo. Esboça, depois, um sistema de interferências interdisciplinares, para situar a Ciência do Direito Penal no panorama do saber científico e filosófico pertinente (cap. VIII). Finalmente, estabelece uma revisão geral da Criminologia (cap. IX), levando em consideração suas mais importantes conquistas nos dois ramos - bio-psíquico (cap. X) e sociológico (cap. XI) - , para criar a harmonia dum approach unificador, não só relativo ao perfil epistemológico desta ciência, quanto ao feixe de suas relações com a Ciência do Direito Penal (cap. XII).

A proposta da tese é cumprir o voto, até agora bem problemático, de Peláez, por um sistema capaz de tornar criminológica a Justiça, sem com isto sacrificar o seu conteúdo jurídico e moral.

Roberto Lyra Filho

Résumé

La thèse revoit et précise toute la structure de la Science du Droit , et général , et de la Science du Droit Pénal - sous le point de vue de l'épistémologie actuelle (chap. I) et face au développement des institutions (chap. II) et des idées pénales (chap. III). L'auteur considère , ensuite , les écoles pénales subsistantes , et suggère les principes nécessaires pour surmonter la polémique qu'elles entretiennent , tout en gardant les contributions^m plus fécondes de chacune de ces écoles , sans pour autant s'égarer dans un éclectisme amorphe(chap.IV). Ceci fait , il offre une nouvelle élaboration de la Théorie Générale du Droit Pénal stricto sensu (chap. V)et, plus largement, de la problématique qui s'y adjoint , en ce qui regarde les sources , l'interprétation (chap. VI) et les limites (Chap. VII) du Droit Pénal Positif. Puis il esquisse un système des interférences interdisciplinaires , pour situer la Science du Droit Pénal dans le panorama du savoir scientifique et philosophique pertinent (chap. VIII). Finalement , il entreprend une vue d'ensemble de la Criminologie (chap. IX), compte rendue de ses plus importantes acquisitions dans les deux branches - bio-psychique(chap. X) et sociologique(chap.XI)- , pour établir l'harmonie d'un approach unificateur , concernant aussi bien le profil épistémologique de cette science que le réseau de ses relations avec la Science du Droit Pénal. La proposition de la thèse est de réaliser le voeu jusqu'ici assez problématique de PELAEZ , d'un^{un} système capable de rendre criminologique la Justice Pénale , sans pour autant sacrifier son contenu juridique et moral.