

Evolução do pensamento criminológico, e seus reflexos na legislação penal brasileira

Kátia Maria Araújo de Oliveira

Promotor de Justiça de 2.^a Entrância, titular da Promotoria de Justiça de Fundações e Massas Falidas e com atuação no 11.^o Juizado Especial Criminal.

a) Conceito de criminologia

A Criminologia pode ser definida como sendo o estudo do crime e do criminoso, ou seja, da criminalidade. Segundo Hurwitz, o objeto da criminologia compreenderia a análise dos fatores básicos da criminalidade, mediante uma investigação empírica. Para Albergaria, *a criminologia como ciência do homem especializada terá que abranger, como ciência aplicada, a ressocialização do criminoso e a prevenção da delinquência, isto é, não só a prática do crime, como a luta contra a delinquência.*

A criminologia é considerada como uma ciência pré-jurídica; pois sua matéria é o estudo do homem, o seu viver social, suas ações, toda a sua evolução como espécie e indivíduo. Pode, também, ser designada como uma ciência de informação, manifestando-se sobre as causas (conhecidas ou a pesquisar) e os efeitos (próprios ou remotos) das ações anti-sociais.

Para estabelecer a diferença entre criminologia e direito penal, essencial citarmos Garcia, que nos apresenta o seguinte posicionamento:

é graças a esses dois elementos – objeto e método, que a Ciência Penal se distingue das outras ciências penais não jurídicas, mas como são geralmente designadas – causal explicativas: a Antropologia criminal, a Psicologia criminal, a Sociologia criminal, a Psiquiatria criminal, etc. Essas disciplinas são também ciências penais, porque estudam o crime, a pena, as medidas de segurança e, principalmente, o delinqüente. Estudam-os, entretanto, como fatos ou fenômenos naturais – antropológicos, psicológicos, sociológicos, etc. – ao

passo que o Direito Penal, deixando de lado a delinqüência como fenômeno, se preocupa com as regras de direito formuladas para preveni-la ou combatê-la. É claro que, embora diversas, essas disciplinas devem estar estreitamente ligadas, não se compreendendo que o cientista do Direito Penal se alheie aos trabalhos e conclusões das outras ciências penais. Assim, por exemplo, poderia o Direito Penal desconhecer as classificações do delinqüente realizada por Lombroso, Ferri, Ottonlegghi e outros, classificações que tocam os problemas da responsabilidade, da periculosidade, da eficácia das medidas de defesa social? Seria lícito a quem se dispusesse a estudar, juridicamente, o assunto da co-delinqüência, desinteressar-se pelos trabalhos de Sighele e Tarde sobre a delinqüência associada? Compreender-se-ia o estudo sistemático das normas legais relativas ao lenocínio e ao tráfico de mulheres, à revelia das conclusões obtidas pela Sociologia, pela Psiquiatria, sobre a prostituição? Evidentemente, não. O Direito Penal é um conjunto de normas, mas essas normas não são meras abstrações. Elas se referem a um comportamento humano – o delito, constituindo a pena nada mais que um dentre outros meios, para evitar esse comportamento (1954).

O estudo criminológico de um ser humano que infringiu as normas sociais deve preceder ao julgamento, isto é, deverá dar-se antes da decisão dramática que definirá o destino específico dessa pessoa: *uma sanção ou a volta à liberdade e reintegração no convívio social.*

Indiscutivelmente, o Direito Penal repressivo, que dificilmente alcança, sozinho, um solucionamento satisfatório para o problema criminal, pois, para ele, tudo se finda com a aplicação e a execução da pena, necessita do auxílio de outras ciências, para que confirme sua existência. E, entre estas ciências, encontra-se a Criminologia, onde o ponto final não se resume no crime e no criminoso: para a Criminologia ele transcende esse binômio, voltando-se para o sociologismo da delinqüência em geral.

De acordo com a abordagem da influência do social no comportamento criminoso, despontam, na Criminologia, várias correntes de

pensamento, algumas conservadoras, outras, extremamente radicais, todas procurando estudar a influência de outros fatores na conduta “desviada”, e, certamente, contribuindo para a adaptação das leis as evoluções do homem.

b) Psicologia, psiquiatria e criminologia

As indagações psicanalíticas sobre a criminalidade, iniciaram-se através do escrito de Freud denominado: *I delinquenti per senso di colpa* (1916). Sendo o primeiro a estender a pesquisa psicanalítica ao comportamento delinqüente, chamando a atenção dos estudiosos, no âmbito criminológico, principalmente no final da década de 30, em todo o mundo.

Com base nos estudos psicanalíticos, a imputabilidade é medida segundo o grau de participação do *eu consciente*, e com base neste conceito de imputabilidade, os estudiosos fazem a indicação de um diagnóstico criminal psicanalítico “elaborando uma tipologia de delinqüentes, tendo em vista o grau ou a intensidade da participação do *eu consciente e do inconsciente* no fato”, e com base nesta tipologia de crimes e delinqüentes, os estudiosos sugerem como deveria funcionar uma “racional justiça punitiva”, baseada no diagnóstico criminal precedentemente realizado, através dos exames compatíveis.

A aceitação da necessidade destas avaliações, destes exames psicanalíticos, passou a fazer parte das modernas legislações penais, como observamos especificamente no Brasil, na Lei de Execuções Penais e ainda, que de forma mais incipiente, na Lei dos Juizados Especiais Criminais. Devemos, também, entender o que as tendências criminológicas, antigas e atuais, apresentam como objeto da criminologia. Para os adeptos do positivismo, os estudos se direcionavam às formas da sociedade reagir sobre o comportamento desviante. Segundo a tendência interacionista, a tônica do objeto estaria nos fenômenos da etiquetagem, estereotipia e estigmatização social, que levavam à prática de atos anti-sociais. Para o enfoque de PINATEL essa tendência, acentua a importância da reação social, considerando que o crime resulta da etiquetagem de um ser humano como delinqüente. Para a criminologia crítica-radical, o objeto da Criminologia, como expõe

GUERRERO, não se limita aos fatos definidos pelo Código Penal, diploma legal que, segundo seus adeptos, serviria para a manutenção dos privilégios da classe dominante, mais deveria abranger fatos que violam os direitos humanos, inserindo o conceito da criminologia em um contexto sociopolítico, em que o desvio de conduta é considerado como produto de classes em conflito e a justiça serve aos seus interesses econômicos. A solução estaria na transformação revolucionária da sociedade, e a eliminação dos sistemas econômicos de “exploração”.

Objetiva-se uma reflexão no tocante a influência dos diversos pensamentos criminológicos na legislação penal, com especial enfoque na Lei de Execução Penal, que utilizou as noções da psicologia e da psiquiatria criminal, colocando-as no dispositivo legal, como indispensáveis os exames das condições psicológicas dos apenados.

Evolução histórica da pena – Vingança privada, vingança divina, vingança pública, período humanitário

Através dos séculos ocorreu uma evolução da pena como fator repressivo, partindo de uma função fundada na “vingança”, ou seja, como retribuição do mal sofrido, até os tempos atuais, onde aliada à função repressiva, temos a função de readaptação do indivíduo à sociedade. Apresentou a pena, como forma do Estado exercer sua função de punir, os estágios que abaixo descreveremos.

A vingança individual constitui-se como a forma mais remota da manifestação da pena. Seria uma satisfação do ofendido contra aquele que lhe causava algum mal. Com o progresso do homem, alcança-se uma época que pode ser resumida na expressão “olho por olho, dente por dente”. Ou seja, para cada mal sofrido, aplicava-se outro de igual valor.

Com o decorrer dos tempos e a evolução dos povos, apareceu uma forma moderada de punição, a composição, sendo possível comprar a impunidade do ofendido ou de seus parentes, com dinheiro, armas, ou utensílios, logo não havia um sofrimento físico, porém material, com a reparação correspondente.

Com o fortalecimento das Igrejas, chega-se ao período da vingança divina, quando as normas de conduta eram inspiradas em pre-

ceitos oriundos dos deuses, assim como as penas estabelecidas para sua violação.

Para um melhor conhecimento deste “direito penal teocrático” faz-se necessário um estudo aprofundado do Código de Hamurábi, das Leis Mosaicas e do Código de Manu, este último texto penal elaborado na Índia (séc. XIII, a.C.) que refletia a concepção idealista do direito, onde os que “sabem”, eram os donos da verdade e, assim, poderiam mandar nos “cegos” que, por ordens divinas, não teriam acesso às idéias. A pena, no período citado, ainda tinha como fundamento a vingança, porém não uma vingança individual e sim uma vingança divina, ou como escreve Pelarin, *a punição, em ultima ratio, seria desejo transcendental, não obra humana* (2002).

Evoluindo a civilização, tornando-se o Estado cada vez mais forte, não mais seria possível a manutenção de regras de comportamento fundamentadas em preceitos religiosos, emanados dos deuses.

A composição, que no período da vingança privada era uma faculdade de compensação e reparação, tornou-se um dever jurídico, e a pena, nesta passagem do privado ao público, perde seu fundamento religioso passando a ter caráter político.

Foi na Idade Média que se registrou o apogeu da repressão. As penas capitais em uso foram acrescidas de penas de galera, das torturas, e, ainda, penas tão terríveis como a morte pelo azeite fervendo, forca, espada, marca com ferro em brasa, confisco, peregrinação e banimento. As penas que não atingiam a integridade física do acusado, eram acompanhadas de castigos como banimento precedido de marcação a ferrete, confisco acompanhado de açoite, etc.

Na época, a pena de morte não se constituía em simples privação de viver, porém era sempre acompanhada das mais exasperantes técnicas e modalidades de suplícios, onde o condenado agonizava lentamente.

Estas punições atrozess se estenderam até os fins do séc. XVIII e eram, na sua essência, a lei de talião disfarçadamente admitida, procurando alcançar a vingança pública. Período em que despontou o pensamento de que o “prazer de punir” não mais servia como função exemplar de castigar, tornando evidente a necessidade de adoção de uma nova política de apenar, começando, assim, o ciclo humanitário da pena.

No final do séc. XVIII, as penas apresentavam-se odiosas e intoleráveis, ocasião em que juristas e filósofos como Servan, Voltaire, Marat, inconformados com a situação, apresentaram suas teorias, sendo o expoente maior o criminalista italiano Cesare Bonesana, Marquês di Beccaria, com a obra *Dos delitos e da Pena*, que despertou a discussão quanto a intolerabilidade daquelas punições.

Até a Idade Média, as penas possuíam sustentação em uma teoria retributiva, era como que um pagamento pelo pecado, porém, com o surgimento do Iluminismo, os precitos anteriores foram derrotados, tanto que nas palavras de Beccaria *as penas que vão além da necessidade de manter o depósito da salvação pública são injustas por natureza; e tanto mais justas serão quão mais sagrada e inviolável for a segurança e a liberdade que o soberano propiciar aos súditos.*

Foi o período da Revolução Industrial, quando devido a elevação do nível de vida das pessoas, aumento de bens móveis e imóveis, aumento da população e aumento das desigualdades sociais, aumentaram os crimes contra o patrimônio e diminuíram os crimes contra a vida.

Resume Foucault: *...na verdade a passagem de uma criminalidade de sangue para uma criminalidade de fraude faz parte de todo um mecanismo complexo onde figuram o desenvolvimento da produção de aumento das riquezas, uma valoração jurídica e moral maior das relações de propriedade, método de vigilância mais vigoroso, um policiamento mais estreito da população, técnicas mais bem ajustadas de descoberta, de captura, de informações...*

A reforma, apresentada pelos filósofos, juristas e pesquisadores da época, pleiteava uma nova teoria da justiça criminal e da pena, que, com o surgimento de um novo direito, deveria deslocar-se da noção de vingança, para aquela de defesa da sociedade, procurando caracterizar-se pela intimidação objetivando, primordialmente, a prevenção e não a repressão.

A transformação da pena foi gradativa, como ensina Foucault:

Desaparece, destarte, em princípio do séc. XIX, o grande espetáculo da punição física, o corpo supliciado é escamoteado; exclui-se do castigo a encenação da dor. Penetramos na época da sobriedade punitiva. Podemos considerar o desaparecimento dos suplícios, como um objetivo mais ou menos alcançado no período com-

preendido entre 1830 e 1848. Claro, tal afirmação em termos globais deve ser bem-entendida. Primeiro, as transformações não se fazem em conjunto e nem de acordo com um único processo.

A pena surgiu com forma de sanção na sociedade da época. Com Beccaria iniciou-se o período humanitário da pena, e através do inglês John Howard, na obra *State of Prison in England and Wales* (1777), passou-se para um movimento de humanização do sistema prisional então vigente.

Concluindo, podemos afirmar que Bentham, John Howard e Beccaria foram os precursores da reforma penal, pois, ao observarem atentamente as condições das prisões, verificaram que suas instalações inadequadas, o ambiente de ociosidade que imperava, levava os presos a uma perda de sua honra e dignidade.

Nos dias atuais, face ao reconhecimento mundial da crise da pena privativa de liberdade, vários estudos estão em progresso na procura de penas alternativas à prisão. Permanecendo no entanto a grande dúvida: como substituí-las? Pois, segundo Pimentel *o problema referente a aplicação de penas alternativas reside no fato de que elas somente podem ser atribuídas a réus que não ofereçam periculosidade e que possam permanecer em liberdade. Assim sendo a adoção de penas alternativas não serve para aliviar as populações carcerárias, uma vez que o grande número de internos nos presídios encontram-se condenados ao cumprimento de elevadas penas e são delinquentes de acentuada periculosidade.*

Nenhuma das formas de pensamento criminológicos, apresenta aos estudiosos do direito penal, uma solução para a questão primordial que ora se apresenta: *a substituição das penas.*

Evidente que, com a evolução das sociedades as citadas punições já se apresentam mais humanizadas, no entanto, mesmo os mais ferozes críticos desta instituição (pena, em especial a privativa da liberdade) não fora, capazes, ainda, de apresentar uma fórmula viável para a readaptação dos chamados “criminosos” ao convívio social. Bem como, apesar de criticarem as instituições existentes, além de não formularem uma nova “execução penal”, não viabilizam as inovações apresentadas como, no caso específico do Brasil, aquelas que constam da Lei de Execuções Penais.

Surgimento da criminologia – Evolução do pensamento criminológico – Escolas clássica, positiva, interacionista, radical

Segundo estudiosos, a expressão “criminologia”, teria sido usada pela primeira vez em 1885, por Garófalo, época em que o objeto e o método da disciplina já haviam merecido a atenção de Lombroso e Ferri. Porém, historicamente, antes dos citados doutrinadores o estudo do crime e suas conseqüências já era realizado, ainda que de forma incipiente.

Indiscutivelmente, a história da criminologia é a história de um “tempo”, evoluindo com o surgimento de novos métodos, técnicas de investigação, áreas de interesse, envolvimento teórico e ideológico – em suma – escolas criminológicas –, escolas cujos preceitos estão abaixo sintetizados.

a) Pensamento clássico

O pensamento da escola clássica presume ser o homem racional, irracionais são as estruturas de controle, em especial, as leis. Para esta Escola, as pessoas cometem atos ou crimes utilizando-se de seu livre-arbítrio, ou seja, tomando uma decisão consciente com base em um análise de custo-benefício. Para a análise do pensamento clássico, poderia ser aplicado o que Radzinowicz escreveu a respeito da obra de Carrara, a saber: “a) o principal objetivo do direito criminal e da ciência criminal é prevenir os abusos por parte das autoridades, b) o crime é uma entidade de direito”.

Como visto, o pensamento clássico desponta como extremamente conservador e não reflexivo, no sentido de que não analisa os reflexos de toda uma estrutura social na prática de atos “anti-sociais”.

b) Pensamento positivista

O pensamento positivista enfatiza, principalmente, a explicação dos eventos. Apresenta-se como um pensamento extremamente mecanicista face os fatos sociais, todas as suas explicações fundamen-

tam-se na causalidade, ou seja, não é reflexivo, não existe questionamento da ordem estabelecida, assim como não existe questionamento das posturas científicas.

O positivismo apresenta como suas exigências fundamentais a negação do livre-arbítrio e crença no determinismo e no postulado da previsibilidade dos fenômenos humanos recondutíveis a “leis”, a separação entre a ciência e a moral, e a unidade do método para o estudo dos fenômenos criminosos.

O núcleo central do positivismo traduz-se na rejeição do livre-arbítrio, e dos pressupostos metafísicos, e estes conceitos encontram-se nas obras dos grandes positivistas como LOMBROSO, E. FERRI E R. GARÓFALO.

Traduz-se, em uma corrente de pensamento que pretende “reformular o delinqüente”, tanto que as políticas criminais, segundo os membros da escola positiva podem assim ser resumidas: *em vez do recuo do poder sancionatório da sociedade, em nome da expansão dos direitos do indivíduo, preconizavam a ampliação das exigências e direitos da sociedade sobre o delinqüente; à idéia de responsabilidade pessoal faziam suceder a da responsabilidade social; não cuidavam de punir segundo a gravidade da culpa mas de reforçar a defesa da sociedade; não reconheciam, por isso, a reação criminal outra medida que não a da necessidade em função da ameaça do delinqüente...* Todas estas idéias conduzem a considerarmos natural a eliminação do delinqüente: a morte será legítima, pois o comportamento do criminoso o coloca como incapaz para a vida em sociedade.

A pesquisa e o desenvolvimento do direito tem sido dominados pelo modo de pensamento positivista. Pouca atenção dirige-se para questões sobre por que o direito existe, se o direito é realmente necessário, o que seria um sistema justo. A ordem legal é tomada como certa, existem sugestões para mudar leis particulares, mas as linhas gerais do sistema permanecem intactas.

Como escreve Quinney, *a natureza conservadora da maioria da pesquisa e teoria sobre o direito e o crime está, logicamente, relacionada à ênfase dos cientistas sociais sobre a ordem social. Na procura pelas leis naturais da sociedade, os cientistas sociais tem favorecido qualquer organização existente que assegure uma*

sociedade ordeira. Qualquer coisa que ameace a ordem existente tem sido considerada como uma violação da ordem natural, assim, uma patologia social para ser erradicada, melhorada ou punida de algum modo.

Portanto, o pensamento positivista traduz-se em um pensamento extremamente conservador, posicionando-se pela manutenção do sistema vigente, propugnando pela punição de todos aqueles que afrontam a ordem social estabelecida pela classe dominante.

c) Pensamento interacionista, do “Labeling Approach”, ou da etiquetagem

Para o pensamento interacionista, o “labeling”, o crime procede da etiquetagem ou rotulação de um homem como delinqüente. Apresenta-se como o estudo que entende ser o desvio de conduta (*deviance*) não uma qualidade da ação, porém o resultado de uma reação social, onde o delinqüente se distingue do homem normal face a estigmatização que sofre.

É pelo processo de etiquetagem que se cria o papel de desviado, que se mantém através de etiquetas negativas. São etiquetas positivas: inteligente, trabalhador, aplicado. São etiquetas negativas: criminoso, ex-presidiário, homossexual. São conseqüências da etiqueta: a) principal elemento de identificação de um indivíduo: é visível quando torna o indivíduo diferente e o separa do grupo; é invisível quando obscurece as características do sujeito, que perde sua identidade; b) a etiqueta cria a auto-etiqueta, isto é, a pessoa passa a perceber-se como os outros a vêem; c) a etiqueta cria expectativas, ou seja, a sociedade espera que o indivíduo se comporte como fora etiquetado; d) a etiqueta pode tornar permanente o comportamento do etiquetado; e) a etiquetagem produz a subcultura, ou seja, o etiquetado procura contacto com os iguais, formando a subcultura dos ressentidos e diferentes, com ênfase, inclusive, na conduta divergente ou desviada; f) a etiqueta se generaliza e contagia.

Para o “labeling” toda a análise da problemática da conduta criminosa centraliza-se na “estigmatização”, que pode ser entendida através das seguintes indagações: “quais os critérios em nome dos

quais certas pessoas e só elas são etiquetadas como delinqüentes?” e “quais as conseqüências desta estigmatização?”, portanto é um modelo dinâmico de estudo da conduta criminosa, onde é ampliado o elenco de responsáveis pela prática de mesma.

Chapman demonstra as relações entre o caráter classista das leis e a função repressiva da polícia e das instituições em geral. Entre os pontos da tese de Chapman destacam-se os seguintes:

- a) o delito é um componente funcional do sistema social.
- b) ao serem criados os estereótipos, criam-se elementos simbólicos manipuláveis nas sociedades complexas.
- c) na sociedade existem diferentes estereótipos: o do alcoólatra, embrutecido pela bebida e objeto de sanções violentas que justificam o comportamento dos alcoólatras da classe média ou alta; o estereótipo do jovem *hippie*, drogado, amoral e imundo, que serve para justificar a gente de bem da burguesia; o delinqüente estereotipado provém do proletariado e do sub-proletariado, será um adulto instável, agressivo, incapaz de incorporar-se ao sistema de produção, este criminoso estereotipado reforça o sistema de valores da maioria não criminosa. O delinqüente estereotipado converte-se em um “bode expiatório” da sociedade. Inclusive, para este bode expiatório, ressalta Anyar de Castro, dirige-se toda a carga agressiva das classes baixas que, de outro modo, dirigir-se-ia contra os detentores do poder.

O “labeling” não critica apenas as instituições penais, como também o direito penal e o direito processual penal, ou seja, o sistema penal seria um sistema de estigmatização social: a polícia, a justiça, as instituições penitenciárias seriam agências de etiquetagem social, que levam à rejeição do condenado pela sociedade, assim, um indivíduo torna-se delinqüente quando assim etiquetado pelo grupo social”. O “labeling” tem seu alicerce na estigmatização, ou seja, o indivíduo é encarado como produto do papel que representa, do cenário que o envolve e daqueles com quem interage.

Portanto, primordial, para os adeptos desta corrente de pensamento seria a realização de toda uma gama de atos que evitassem esta “estigmatização” do indivíduo que pratica uma conduta anti-social. Seria a implementação de uma legislação que, além de ressocializar o indivíduo, evitasse sua “estigmatização” pelos demais membros da sociedade.

d) Pensamento crítico-radical

Para os radicais, no ensino de Guerrero, o objeto da criminologia

não se limita aos fatos definidos pelo Código Penal, porque abrange fatos que violam os direitos humanos inserindo o conceito de criminologia em uma contexto sociopolítico, em que a delinqüência é considerada como produto de classes em conflito e a justiça serve aos seus interesses econômicos. A solução do fenômeno criminal estaria na transformação revolucionária da sociedade e a eliminação dos sistemas econômicos de exploração. A criminologia radical denuncia a sociedade dominante (classe burguesa) e as estruturas do Estado como geradoras de condutas criminosas e da repressão das mesmas com o objetivo de manter seu domínio sobre as classes desassistidas.

Pelos estudos realizados conclui-se que um dos pilares do pensamento criminológico radical vem a ser a rejeição da definição jurídico-legal do crime. Segundo a criminologia radical o crime deverá ser definido a partir da referência a violação aos direitos humanos: quer individuais, quer coletivos. Assim, defende essa vertente do pensamento criminológico que deveriam ser privilegiados crimes como o racismo, a desigualdade entre os sexos, bem como todas as demais formas de discriminação e exploração.

Para a criminologia radical, esclarecem alguns autores, a criminalidade é um fenômeno abstrato, pura definição do poder. Logo, o essencial não será modificar o delinqüente, mas a lei e o sistema total do qual a lei é o instrumento mais poderoso e efetivo.

Inclusive, ensinam Taylor, Young e Walton que *a teoria radical do desvio não negaria a importância de indicar que os criadores-de-regras são, consistente, o maior grupo de violadores-de-regras em uma tal sociedade; assim, é deste modo que a lei pode mostrar-se, meramente, como uma fachada ideológica de justiça universal para proteger a procura dos poderosos de seus próprios interesses particulares.*

Pregam os radicais da corrente crítica, uma abolição total das leis, dos sistemas penais, no entanto, não apresentam propostas para este “novo sistema penal e de execução penal”.

Influência dos diferentes pensamentos criminológicos nas constituições pátrias

Indiscutivelmente foi o Beccaria com seu famoso livro *Dos delitos e das penas* quem determinou o marco inicial da luta pelos direitos dos homens na esfera criminal, inclusive com colocação dos mesmos nas modernas Constituições. No entanto, historicamente, a “Magna Carta” (Inglaterra, 1215) já estipulava normas sobre a legalidade das prisões.

Retornando a Beccaria, deve ser ressaltado que sua obra veio a tona com a Renascença, época ainda turbulenta para novas idéias, tanto que os pensamentos ali colocados lhe valeram uma perseguição implacável. Pregava o filósofo que as penas deveriam ser proporcionais ao delito, tendo sido o responsável pela introdução do princípio da isonomia no direito penal, no sentido de que todos, não interessava a classe a que pertenciam, deveriam responder pelos seus atos.

Grande parte das idéias preconizadas por Beccaria foram introduzidas nas Constituições Modernas, e, certamente, fazem parte das legislações penais, pois todas devem ter como fundamento os princípios constitucionais.

As constituições brasileiras, também acompanharam as evoluções dos pensamentos criminológicos. Por exemplo, foi na Carta de 1824 que se estabeleceu pela primeira vez regras de “direito penitenciário”, inclusive com diferenças entre as casas detentivas, traduzindo, assim, uma preocupação de Beccaria.

A Constituição de 1891, por seu turno, apresentou em seu texto várias garantias de direito penal, entre elas, a abolição da pena de morte, do banimento judicial e da pena de galés.

Continuando com o pensamento progressista, a Constituição de 1934, estabeleceu as garantias de processo criminal, fazendo surgir, a nível constitucional, o instituto da fiança, e ao instituir a retroatividade “in mellius” e, vedando, “a contrario sensu”, a retroatividade “in pejus”, estipulava, pela primeira vez, o princípio da irretroatividade das leis penais.

A Carta de 1937, outorgada pela ditadura, no entanto, reduziu as garantias de direito penal e de direito processual penal, implicando em um claro retrocesso a nível de direitos e garantias do cidadão.

A Constituição de 1946, constituiu-se em ponto marcante do liberalismo pátrio, nela verificava-se, quanto às garantias de processo criminal, a institucionalização do Júri, com a soberania dos veredictos, volta da ampla defesa, bem como do contraditório. Na Carta de 1946, a individualização da pena passou a ser matéria de direito constitucional penal, acompanhada da retroatividade “in mellius”. Foi uma Constituição que, acompanhando as mudanças sociais, refletiu a consciência democrática da nação.

Na Constituição de 1967, as garantias não estavam expressas de modo a se apresentar inquestionável o seu cumprimento, não existia qualquer sistematização. Apesar das críticas acima, era uma Constituição que não apresentava, de forma expressa, restrições às garantias individuais. Com a Emenda n.º 1, de 1969, alguns dispositivos passaram a ter uma redação mais rígida e autoritária.

Com a Carta de 1988, foram aprofundadas as noções de respeito às garantias e direitos individuais. Por exemplo, no artigo 5.º, inciso II, o princípio da legalidade, foi colocado em nível não só de direito penal, mais pertinente a qualquer ramo do direito, firmando-se como cláusula pétrea, no sentido de que todos no Brasil devem submeter-se ao império da lei em qualquer relação jurídica. Nela, o “due process of law” ficou mantido de forma expressa (artigo 5.º, inciso LIV, CF), assim como mantidos ficaram o contraditório e a ampla defesa (artigo 5.º, inciso LIV, CF). Foram também ampliados o rol dos casos em que as garantias do “habeas corpus”, do “habeas data” e do mandado de

segurança podem ser utilizadas. Pode-se afirmar que na Carta de 1988 os princípios básicos de uma legislação penal apresentam-se em número de cinco: legalidade, intervenção mínima, lesividade, humanidade culpabilidade. Alguns autores ainda acrescentam: personalidade e individualização da pena, culpabilidade, e taxatividade.

Logo, assim como os pensamentos criminológicos foram avançando, acompanhando as evoluções sociais, tal ocorreu com as legislações criminais, o mesmo podendo se afirmar dos dispositivos constitucionais que exprimem direitos e garantias individuais a serem usadas nos casos penais.

Influência da evolução do pensamento criminológico na legislação penal

Lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais) e Lei 7.210/84 (Lei da Execução Penal)

Apesar da conceituação acima, é indiscutível que os atos podem ser objeto de criminalização ou descriminalização segundo a conveniência e os interesses sociais, que se modificam no tempo e no espaço. Logo, existe ligação entre a motivação do delito e o ato aceito pela sociedade. Sintetizando, para que um crime seja possível é necessário o concurso de duas ordens de condições: de um lado o ambiente no momento do crime e de outro a personalidade do criminoso.

A origem de um ato criminoso é a soma das tendências criminais de um ser humano, com a situação da sociedade que o cerca, e a criminologia volta-se, nas suas modernas correntes, para o estudo do efeito desta situação social na personalidade de um indivíduo, levando-o, inclusive, à prática das condutas “desviadas”.

Porém, como acima exposto, a legislação penal foi evoluindo acompanhando os passos da humanidade. No início vigorava a vingança privada, em seguida a vingança divina (lei dos deuses), progredimos para a vingança pública, até despontar o período humanitário da legislação penal, época em que não se cogitava de causas externas a provocarem a conduta “delituosa”.

Quando do surgimento da obra de Beccaria, período em que começava a aparecer uma abordagem mais científica, bem como liberal, do direito criminal, ainda imperavam as expectativas otimistas depositadas nas reformas penais e penitenciárias, estimuladas pelo Iluminismo. Porém, um século depois, quando da primeira edição da obra de Lombroso, as reformas acima mencionadas não só não haviam reduzido a criminalidade, como esta aumentara e se diversificara, revelando taxas elevadas de reincidência.

Através do texto de Lombroso, começou a elevação do pensamento positivista, que pregava, resumidamente, uma reação sobre o criminoso, ou seja, procuravam as causas dos crimes nos “estigmas individuais do delinqüente”, e, continuava a não ser examinada a possibilidade de causas externas a influenciar na pratica de ato anti-social, e essas regras fundamentadas no positivismo, eram predominantes na legislação então vigente.

No Brasil, por exemplo, quando da elaboração do “Anteprojeto Hungria”, foram seguidas as tendências da época em que foi editado: a nota marcante da criminalização em lugar da descriminalização, a conservação da estrutura da Parte Geral e alguns avanços no terreno das reações penais. Como afirma René Ariel Dotti

é preciso, ainda, considerar que somente a partir da metade dos anos 60, e durante a década seguinte, é que se operaram as transformações na prática penal e penitenciária e nos estilos sociais e econômicos de modo a gerar dois fenômenos marcantes: a) liberalização de meios e métodos tendentes a desoprimir o sistema fundado na execução contínua da prisão fechada e abrir a experiência da prisão-albergue, das autorizações de saída e das transferências de regime, b) a adoção de alternativas à prisão, ampliando os casos de suspensão condicional da pena e de livramento condicional.

Evidente que quando da elaboração do Anteprojeto Hungria, começavam a surgir nas comunidades jurídicas mundiais os questionamentos propostos pelas modernas escolas criminológicas, que propunham uma melhor avaliação de todas as circunstâncias que levaram

o indivíduo a praticar os atos ofensivos ao adequado convívio social, motivo de surgirem medidas como a adoção de penas alternativas e o aumento dos casos de suspensão condicional e do livramento condicional.

Os pensamentos criminológicos interacionista e crítico-radical, passaram a ganhar cada vez mais destaque, e a lei reflete as tendências sociais, econômicas e culturais de uma sociedade, em determinado lugar e tempo. Assim, em 1970, no Brasil, apesar do regime autoritário imposto pelos militares, a discussão e as propostas de revisão do Código Penal, do Código de Processo Penal e de uma lei específica de execução penal foram marcantes.

Eventos levados a efeito na época, foram determinantes para a alteração que surgiria com a Lei 7.210/84. Por exemplo, no I Encontro Nacional de Secretários de Justiça e Presidentes de Conselhos Penitenciários, onde nas conclusões do trabalho advertiam que *as falhas do nosso sistema penitenciário são devidas, antes de mais nada, ao anacronismo da legislação penal e processual penal, presas, ainda, à idéia de ser a pena de prisão o remédio indispensável ao tratamento de criminosos de qualquer grau de periculosidade e seja qual for a gravidade do delito praticado, bem como de ser a segregação cautelar o melhor meio para garantir a eficácia da persecução criminal.*

Vê-se tratar de uma legislação extremamente conservadora, ainda fundada no pensamento positivista, onde não era sequer questionada, e estudada, a forma como o meio social poderia afetar o comportamento dos “criminosos”.

A Lei 9.099/95 – Juizados especiais criminais

Para satisfazer os anseios dos juristas e da sociedade pátria, que sempre brigaram por um legislação penal e processual penal mais célere, acompanhando a tendência mundial de descriminalização, surgiu a Lei 9.099/95, a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, onde desponta uma nova concepção de justiça penal, modelada pela consensualidade, uma forma de escape às pressões sofridas pelo atual sistema repressivo.

A respeito, escreve Bittencourt

A composição, a transação penal, a suspensão condicional do processo, a representação nas lesões corporais que não sejam graves, incrementam um sistema avançado e corajoso de despenalização que buscou (revivificou) inspiração em projetos do nosso passado, e mesmo no direito estrangeiro, mas com roupagem própria (na suspensão do processo inexistentes sequer a instrução), atento à nossa realidade social, deixando folga para que os casos grave tenham tratamento adequado.

Com a constatação de que a pena privativa de liberdade de curta duração não tem atingido a sua finalidade: recuperação do criminoso, é que a reparação do dano tornou-se ponto fundamental do moderno direito penal, em especial na execução das medidas impostas, como alternativa à pena privativa de liberdade em determinados delitos, e como estímulo para obtenção de certos benefícios.

E a Lei 9.099/95 é prova concreta dessa nova tendência. Salientando-se que a competência do Juizado Especial Criminal restringe-se às infrações penais de menor potencial ofensivo, consideradas como tais, nos precisos termos do artigo 61: *...as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial...*

A Lei 9.099/95, apresenta em seu texto institutos inovadores no sistema pátrio, como a transação e a suspensão. No caso da suspensão, são requisitos para o oferecimento:

- a) crimes e contravenção em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidos ou não pela lei, independentemente do rito processual.
- b) acusado não pode estar sendo processado.
- c) acusado não pode ter sido condenado por outro crime.
- d) a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício.

Quanto à transação penal, apresenta os seguintes pressupostos:

- a) tratar-se de ação penal pública incondicionada, ou ser efetuada a representação, nos casos de ação penal pública incondicionada.
- b) não ser caso de arquivamento do termo circunstanciado.
- c) não ter sido o autor da infração condenado por sentença definitiva (com trânsito em julgado), pela prática de crime, à pena privativa de liberdade.
- d) não ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela transação.
- e) os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias do crime indicarem a adoção da medida.
- f) formulação da proposta pelo Ministério Público e aceitação por parte do autor da infração e de seu defensor.

Portanto, já surge na legislação pátria, a influência das escolas criminológicas de vanguarda (interacionista, crítica), que entendem ser o ato criminoso uma consequência de fatores individuais, associados a condições sociais, de forma que, para a obtenção dos benefícios da Lei 9.099/95 será necessária uma análise da conduta social, da personalidade do agente, e dos motivos e circunstâncias que levaram ao crime, afastando-se do pensamento positivista, claramente não reflexivo e estático, que só analisava o crime como conduta descrita em lei.

Lei 7.210/84 – Lei das Execuções Penais

A execução penal constitui-se em pedra fundamental do Estado de Direito, ainda que variável a forma como se processa, até mesmo porque o Estado de Direito consiste no Estado de Direitos Fundamentais, portanto reconhecida a existência de valores que se constituem em direitos da essência do ser humano.

Ao final, será na execução penal que iremos encontrar, de forma mais precisa, objetiva, os efeitos das mudanças nos pensamentos criminológicos, pois as modernas correntes de pensamento, colocam

como fundamental estes direitos. Na atualidade, é justamente a execução penal que tem sido objeto das mais amplas discussões, uns adotando a corrente de pensamento tradicional, retrógrada, baseada em conceitos como: criminoso tem mais é que pagar pelo que fez; e outros adotando os conceitos do pensamento crítico-radical, onde, com raras exceções, segue-se conceitos como: o sistema penitenciário está falido.

Conforma ensina Alvin Augustus de Sá *o discurso tradicional e retrógrado emana do pensamento vinculado à escola positivista. Esta criminologia estabelece uma linha divisória entre o preso e a sociedade, vê nos presos condições pessoais de anormalidade, diferencia-os quanto ao grau de periculosidade. O discurso crítico, assim dito progressista, emana da Criminologia crítica, que desloca o foco de análise sobre o fenômeno crime do indivíduo para a complexa rede de relações sociais, seja no que diz respeito à conduta desviada, seja no que diz respeito à sua prevenção* (1997).

A Lei de Execução Penal em vigor, apresenta um teor que abrange os princípios pregados pelas modernas correntes criminológicas, estabelecendo serviços técnicos e benefícios que, certamente, se utilizados, contribuiriam para que os cobrados direitos humanos fossem respeitados.

Por exemplo, contrariando os pensamentos de todos os que adotam a escola positivista, a Lei de Execução Penal não adota o conceito de periculosidade, pois, segundo pensamento das modernas escolas, não mais se aceita o estigma de propensão ao crime, como único fator a conduzir à criminalidade. O enfoque da LEP também afastou-se do campo criminal, para o pessoal, e neste momento surge o trabalho das Comissões Técnicas de Classificação (CTC), que examinarão a personalidade do agente, e planejarão a execução da pena adequando-a ao perfil de cada preso, de forma que a concessão dos benefícios previstos na LEP apresentem-se devidamente fundamentados. A mencionada lei ainda estabelece um sistema progressivo de penas, adequando-o a figura de cada preso, seu perfil e suas condições pessoais.

Sem dúvida, o pensamento crítico, no momento em que rejeita a definição jurídico-legal de crime, entendendo deva ser a conduta delituosa examinada através de uma perspectiva sociopolítica, influenciou a atual legislação voltada para a execução penal, tanto que todos os

institutos nela previstos preconizam um exame da figura de cada apenado, para que, assim, sejam realizados os movimentos necessários a uma readaptação ao convívio social.

Fundamentado nas correntes de pensamento criminológico interacionista e/ou crítica surgiu a necessidade do “exame criminológico”, exame a ser realizado logo no início do cumprimento da pena, pois assim serão devidamente apreciadas as condições pessoais e de personalidade nas quais o preso cometeu o crime, exame instituído no diploma legal citado (LEP), partindo da afirmação que “cada ação criminosa, resulta da combinação particular de fatores individuais e sociais”.

O surgimento em nossa legislação da figura destes exames criminológicos, a serem realizados, individualmente, na pessoa dos apenados, demonstra que as modernas posições criminológicas já estão influenciando o direito positivo. No momento, em que desponta como indispensável a realização de um exame na pessoa do apenado, demonstra-se a aceitação da afirmativa de que o “ato criminoso” não é resultado apenas da personalidade do agente, ou de uma prática definida como “ilegal” em lei, demonstra que já existe o entendimento que também o meio em que vive o indivíduo faz parte de todo um conjunto de circunstâncias que levam à prática de “atos criminosos”.

Conclusão

Alicerçando-se neste breve estudo da evolução do pensamento criminológico, e seus reflexos na legislação penal, conclui-se com as seguintes afirmações:

- a) nos primórdios da civilização, predominava o sentimento de vingança (privada, divina, pública) como forma de retribuição a uma conduta que ofendia as normas de conduta social.
- b) quando a humanidade atingiu o período do iluminismo, começou a ocorrer uma contestação das penas então em vigor, por desumanas, e, também, por não buscarem qualquer função de reintegração do indivíduo à sociedade.

- c) com Lombroso, Ferri e, em especial Garófalo, surgiram os primeiros conceitos de criminologia, como sendo a ciência voltada para o estudo do crime e dos criminosos, avaliando todas as condições sociais, econômicas, psicológicas que levaram a definição daquela conduta como criminosa, e que conduziram o indivíduo à prática do crime.
- d) cada escola apresenta sua visão do crime e da figura do criminoso, e cada forma de pensamento influenciou, à sua maneira, a legislação penal, e até mesmo as constituições brasileira.
- e) a forma de pensamento interacionista, e acima de tudo o pensamento criminológico crítico, apresentam marcantes influências nas legislação penal ora em vigor no Brasil, onde exemplos determinantes são a Lei das Execuções Penais, bem como a Lei dos Juizados Especiais, ambas preconizando a necessidade da avaliação individualizada da personalidade do indivíduo dito “criminoso”, para que, fundamentada nesta avaliação, seja aplicada a medida mais adequada a sua readaptação à sociedade.
- f) quando da realização das avaliações previstas na Lei das Execuções Penais e na Lei dos Juizados Especiais, surge a importância da Psicologia e da Psiquiatria Forense, inseridas no contexto da Criminologia como ciência, com profissionais portadores dos conhecimentos indispensáveis a uma correta avaliação do indivíduo autor da conduta irregular, e que, com o uso deste conhecimento contribuirão para uma melhor readaptação do “criminoso” à sociedade, atingindo, desta forma, um dos principais, senão o principal, objetivo da execução penal.

Referências bibliográficas

- ALBERGARIA, Jason. *Criminologia Teórica e Prática*. 1.^a edição. São Paulo: Aide Editora.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das Penas*. Trad. T. Guimarães, São Paulo: Hemus, 1984.

- BENETI, Sidnei Agostinho. *Execução Penal*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- BARBOSA, Marcelo Fortes. *Garantias Constitucionais do Direito Penal e do Direito Processual Penal*. São Paulo: Malheiros Editores, 1993.
- DOTTI, René Ariel. *Base e Alternativas para o Sistema de Penas*. São Paulo: Saraiva, 1980.
- DOTTI, René Ariel. *História da Legislação Brasileira (II)*. São Paulo: Saraiva.
- DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia. O homem delinqüente e a sociedade criminógena*. Coimbra Editora, 1992.
- GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 2.^a edição. São Paulo: 1954, vol. I.
- MARANHÃO, Odon Ramos. *Psicologia do Crime*. São Paulo: Malheiros Editores, 1995.
- PELARIN, Evandro. *Bem Jurídico-Penal: um debate sobre a descriminalização*. São Paulo: IBCCRIM, 2002.

Textos/artigos

- SÁ, Alvinio Augusto de. *Execução Penal*. Boletim IBCCRIM N.º 56. São Paulo, 1997.
- SÁ, Alvinio Augusto de. *Recuperação dos sentenciados e a questão do Exame Criminológico versus Parecer das Comissões Técnicas de Classificação*. Revista Brasileira de Ciências Criminais – n.º 13. São Paulo.
- SALLES, Sheila Jorge Selim de. *Acerca da Criminologia Psicanalítica*. Revista Brasileira das Ciências Criminais – n.º 17. São Paulo.