

CRIMINOLOGIA E DIREITO PENAL

ANÍBAL BRUNO
Professor de Direito Penal

Nenhum ramo do direito em mais íntima relação com a vida, com os fatos da vida e da cultura, do que o direito penal. Daí nenhum outro ter assinalado tão rápidas e profundas transformações, através da história do direito, e suscitado tão ardorosas discussões em volta de temas que não são somente de técnica jurídica, mas de caráter filosófico, muitas vezes em relação não só com as idéias, mas com os sentimentos e preconceitos da opinião comum. Nenhuma ciência do direito mais influida pelos princípios da filosofia dominante, pelas concepções da vida, ou do homem, ou da sociedade, pelas idéias sôbre os fins atribuídos ao direito — bem comum, segurança social, justiça —, pelas doutrinas ou regimens sociais, econômicos ou políticos. Tudo o que se manifesta na cultura tem o seu reflexo na doutrina ou nos sistemas penais.

Não é possível, assim, isolar o direito penal dentro de um dogmatismo rígido, sem aberturas para o perpétuo suceder que assinala a vida dos agregados sociais, sem comunicação com os fatos e as idéias que as ciências do homem e da sociedade e ainda a filosofia do direito coordenam e interpretam em referência ao fenômeno do crime.

Em contrário a essa verdade, porém, tem-se insistido nos últimos tempos, em certa corrente do tecnicismo jurí-

dico italiano e mesmo em algum setor do pensamento jurídico-penal brasileiro, na pretensão de reduzir a ciência do direito penal ao estudo do código e ver neste a expressão total e exclusiva da ciência penal, e na tendência a menosprezar, como inválidas para o penalista, a filosofia do direito penal e as chamadas ciências criminológicas.

Não é este um fenômeno singular na história do pensamento jurídico. Podemos dizer mesmo que movimentos desta ordem acompanham, em geral, toda criação legislativa importante. É sabido o exclusivismo com que os primeiros intérpretes do código napoleônico, os da corrente dogmática ou exegética, reduziram a elaboração do pensamento jurídico ao texto da lei. É da época a frase, que se fez célebre, daquele professor que afirmava: "eu não conheço o direito civil; só ensino o código napoleônico". Mas não tardou que a reação do próprio espírito jurídico se manifestasse e atingisse a fórmula evolutiva — "pelo código, mas além do código". E por uma doutrina e uma jurisprudência além do código é que aquele mesmo documento legislativo se tem transformado, lenta mas profundamente, em uma obra de adaptação às novas condições sociais e econômicas.

Na Itália, o código penal de 1930 suscitou a mesma idolatria da lei, e os tecnicistas, Manzini talvez o mais extremado deles, propunham-se a expurgar do direito penal tudo o que não fosse tecnicismo jurídico, adversários, sobretudo, das indagações filosóficas, refugando, assim, uma tradição de que se enobrecem as mais autorizadas correntes do pensamento jurídico-penal italiano.

Movimento semelhante foi estimulado entre nós pelo aparecimento do novo código penal.

Nada mais contrário, porém, à própria natureza do direito penal, aos seus fins e às transformações contínuas que naturalmente deve sofrer, ligado tão intimamente como se encontra aos progressos e às variações dos nossos conhecimentos ou das nossas concepções sobre o homem e a

sociedade, do que esta limitação do seu estudo ao momento transitório de uma legislação penal.

É certo que o código em vigor é o ponto de referência necessário a que está prêso o criminalista. O seu sistema representa o direito penal efetivo, pelo qual se regem os fatos diários da justiça criminal. Mas o direito penal, como todo direito, é um processo dinâmico que se desenvolve dentro da cultura, que apresenta cristalizações periódicas, os códigos, mas que é em si mesmo constante e infinito. Por isso, ao lado do código, há de evolver a doutrina, êsse direito científico de que nos fala Gény, através do qual aquelas forças se manifestam e preparam as novas configurações do direito. O que justifica mesmo a vitória do pensamento codificador contra as alegações do historicismo, é que, na realidade, a codificação não cerra o passo à evolução natural do direito e às oportunas reformas das construções legislativas. Ao lado da lei, segue a doutrina o seu curso, refletindo a vida e os avanços da ciência e forçando as necessárias transformações dos códigos.

Essa doutrina do direito penal deve ser necessariamente sensível a todo movimento que se processa no mundo científico ambiente sôbre o crime e o criminoso — as investigações da ciência positiva, como as concepções do pensamento filosófico. Da filosofia penal e das ciências criminológicas é que lhe há de vir a matéria essencial para a sua elaboração.

No pensamento das correntes extremadas do tecnicismo, entretanto, seria em vão que a ciência acumularia dados sôbre a psicologia do homem; sôbre as forças que dominam o proceder humano e o ajustam ou desajustam à norma do viver comum; sôbre o sentido biológico, social, ético da expressão dêsse desajustamento social, que é o crime; sôbre os processos pedagógicos ou médicos por meio dos quais podemos reconduzir o homem à normalidade da vida ou atenuar o seu contraste com a norma social. A tudo isso deveria ficar estranho o penalista, cuja inteligên-

cia só seria sensível às soluções e às sugestões do código em vigor.

Considerando tudo isso, no entanto, foi que o direito penal moderno se adiantou além da culpabilidade e pôs a sanção penal em função da personalidade do agente, e para completar a pena recorreu à medida de segurança, cujo conteúdo naturalístico é tão imperioso que Rocco, um tecnicista, afirma que ela deve atuar não psicologicamente, mas fisiologicamente.

Há cinquenta anos atrás, ninguém poderia imaginar que nos códigos penais de hoje se inscreveriam fórmulas de tão flagrante conteúdo revolucionário como muitas das que neles se encontram.

Parecerá hoje simplíssima ao espírito desprevenido uma disposição como a do nosso código, que manda tomar em consideração, na aplicação da pena, a personalidade do criminoso. Para perceber que conquista representa esse dispositivo, é preciso remontar ao momento em que Lombroso fez disso um dos núcleos da sua doutrina, e recordar a revolução que tal idéia suscitou entre os penalistas da época. Basta lembrar a frase de Carrara de que o juiz ultrapassa os limites do seu magistério se, em vez de atender apenas à malvadez do fato, toma em consideração a malvadez do homem.

Conquistas como essas, que põem os códigos modernos a tamanha distância dos seus antecessores, não resultaram de um esforço de exegese, mas de uma elaboração da doutrina, processada em grande parte em domínio extra-jurídico. São o efeito da pressão exercida sobre a nossa matéria pela filosofia do direito penal e pelas ciências penais. Dêsses domínios extra-jurídicos é que veio o impulso para a transformação profunda que nos surpreende quando comparamos um código moderno como o nosso, o suíço, ou o italiano com um código dos fins do século 19.

Foi essa elaboração da doutrina, "além do código", que permitiu às leis penais uma evolução paralela às idéias

e aos fatos da cultura. Se os criminalistas do começo deste século tivessem reduzido a sua ciência, como o pretendem os tecnicistas, ao simples estudo das leis então vigentes, a legislação penal de hoje seria ainda a dos fins do século 19; não haveria entre o código Rocco e o de Zanardelli, ou entre o nosso atual e o de 1890 o fundo abismo que os separa.

É bem ilustrativo o dado histórico de que os dois grandes movimentos que transformaram a doutrina e deram nova configuração às legislações penais, nasceram de domínios estranhos ao direito. Beccaria vinha da filosofia iluminista e do contratualismo de Rousseau; Lombroso, da antropologia e da psiquiatria, e as suas primeiras idéias foram desenvolvidas e completadas à luz da sociologia criminal. Nenhum dos dois era jurista e dentro do direito penal ninguém jamais contribuiu tão poderosamente para o progresso da nossa ciência. Nenhuma sugestão, pois, mais flagrante de que na filosofia e nas ciências penais é que se encontram as fontes vivas de renovação do nosso ramo do direito, porque aí é que se estudam os pressupostos que, como diz Florian, constituem a sua essência — o homem, o fato criminoso, a sociedade em que êle se manifesta e o caráter social da reação que o Estado lhe contrapõe.

Aí está, mais próximo de nós, por exemplo, o profícuo labor que a União Internacional de Direito Penal desenvolveu em volta de temas como a criminalidade dos menores, a reincidência, a habitualidade e o profissionalismo do crime, as medidas de segurança, trabalhos que exerceram tão grande influência na elaboração dos códigos modernos e que se processaram menos em termos estritamente técnico-jurídicos do que sobre contribuições da biologia criminal, da sociologia criminal e da estatística.

O direito penal é ciência jurídica. Nada mais certo. Mas apresenta características e objetivos que lhe são específicos e o distinguem dos outros ramos do direito. O seu caráter de instrumento de defesa social contra a crimina-

lidade dá-lhe aspectos que o aproximam da ciência da política e da ciência da administração e torna-lhe inaplicável a rigidez dogmática, dentro da qual se desenvolvem outras disciplinas jurídicas.

Por outro lado, a grande realidade central deste ramo do direito é o homem, não aquele homem médio estatístico, o homem normal, que é a figura que se move dentro do direito privado, mas o homem rebelde, o que não se ajustou ou não se pôde ajustar à norma, e apresenta ao direito o tremendo problema da sua rebeldia, em que se denuncia a ação de forças sociais e biológicas.

Quer isso dizer que entre o direito penal de um lado, o direito administrativo e a política criminal, ou a biologia ou a sociologia criminal do outro, corre um processo necessário de interpenetração, que uma estrutura rigidamente dogmática, ou uma rigorosa fixação dentro de um sistema legislativo, não poderia favorecer, antes imobilizaria, contrariando o seu desenvolvimento natural.

Ciência jurídica, é claro, particular aos juristas e por métodos jurídicos é que deve ser tratada. O domínio da atividade do criminalista é o direito penal em sentido estrito, os institutos jurídico-penais, os princípios e os critérios que os informam. Ninguém confunde direito penal com ciências penais, a sua natureza, os seus objetivos — ciência normativa uma, ciências interpretativas as outras. Mas entre aquela e estas existe não só uma relação necessária, mas íntima e constante, essencial mesmo, alguma coisa como uma exigência fisiológica, condição de normalidade funcional e mesmo de vida desse ramo do direito.

Não será demais, em apóio desse ponto de vista, uma opinião insuspeita, a de um dogmático inflexível, o mais clássico dos criminalistas alemães contemporâneos, o prof. W. Sauer. Pois é esse alto representante do tecnicismo alemão quem afirma: "Devemos regosijar-nos quando, por exemplo, o direito penal não é mais tratado, como outrora, só por juristas especializados, mas também por sociólogos,

psicólogos, médicos, pedagogos sociais, tanto teoricamente quanto em sua aplicação prática". (W. Sauer, **Le droit vivant, IIe. Annuaire de l'Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique**, Paris, 1936, pág. 34). E adiante acrescenta: "O direito deve ser, tanto abstratamente quanto nos casos concretos, capaz de se deixar penetrar pelos valores culturais e capaz também de assimilá-los; o direito conserva sempre uma lacuna, uma necessidade de reformas. As influências emanam das mais diversas forças sociais e naturais e existe uma misteriosa afinidade entre o direito e estas forças da natureza e da cultura".

Não poderia haver condenação mais autorizada nem mais expressiva a uma atitude que reduza toda elaboração jurídico-penal ao exclusivo estudo do código.

E não é só nessa função renovadora da doutrina, graças à qual o direito fixado no código mantém contacto com o direito vivo, que se manifesta a influência dessas ciências para-jurídicas. Dentro mesmo do sistema do código, na obra da sua interpretação e aplicação não deixam de estar presentes as ciências penais.

O código vigente abriu ao juiz, na grave função da aplicação da pena ou da medida de segurança, um largo campo de arbítrio, dominado por noções tão ricas de conteúdo psicológico ou sociológico-naturalístico como **personalidade** ou **perigosidade criminal**. Por mais que se queira reduzir essas noções aos limites de um vulgar empirismo, o homem de formação científica não pode deixar de sentir a pressão da soma de conhecimentos positivos que as ciências experimentais têm conquistado em relação com o problema, conhecimentos que em suas linhas fundamentais em vão hão de ser arguidos de imprecisos ou inconsistentes. Reduzir aquelas noções a preconceitos do vulgo, interpretá-las ao critério de uma grosseira psicologia popular, seria rebaixar inconsideradamente a função do juiz e o próprio nível científico do direito penal. Esses conceitos,

introduzidos no código como notas fundamentais do sistema, contradizem toda tendência a reduzir o direito penal aos limites de um dogmatismo depurado de todo laivo não tecnicista. São noções cujo conteúdo só as ciências criminológicas podem fornecer. E é só em vão que se pretende impedi-lo. Essas repressões do tecnicismo à vigorosa avançada do direito penal deformam por um momento, mas não quebram a diretriz que é definitiva no rumo da nossa disciplina.

Nem se diga, como vem sendo sugerido em algumas correntes do tecnicismo jurídico, que as ciências criminológicas sejam falhas de verdadeiro sentido científico e se apresentem hoje como um gênero de estudos em decadência.

Não caberia aqui a demonstração do caráter rigorosamente científico desses estudos e do valor das ciências ou capítulos de ciências que deles se ocupam.

Da importância que os penalistas em geral hoje lhes atribuem é testemunho o fato de um dogmático da autoridade de Mezger escrever um livro — **Política Criminal sobre bases criminológicas (Kriminalpolitik auf Kriminologischer Grundlage, Stuttgart, 1934)**, para expor os resultados a que chegaram essas ciências.

Já nos referimos à opinião de Sauer sobre a contribuição de biólogos e sociólogos ao estudo do direito penal. Nomes como os de Mezger ou de Sauer, com a sua autoridade de sábios e a sua insuspeição de dogmáticos, bastam para definir o ponto de vista mais autorizado da ciência do direito penal sobre a matéria.

Também não se pode contestar que em nenhuma época floresceram estas ciências tanto como hoje. A sua bibliografia atual é imensa, sobretudo na Alemanha e nos Estados Unidos.

Na Alemanha, é suficiente para dar-nos a idéia desse movimento a bibliografia inscrita em obras como a de von Rohden (**Einführung in die Kriminalbiologische Methoden,**

Berlim, 1933), e a mesma de Mezger, em que figuram, entre outros, nomes já hoje incorporados à literatura universal, como os de Aschaffenburg, Kretschmer, Lange Rudin, Birnbaum, Trunk, Lenz, Sommer, Elster, Lingermann Wilmanns, Rosenfeld, Nagler, Kronfeld. Nos Estados Unidos, além das obras de conjunto, Criminologias, como as de Sutherland ou Parmelee ou Haynes ou Reckless, são inúmeras as obras especializadas de autores americanos ou, atualmente, de grandes refugiados, como aquele Aschaffenburg, de renome universal, sobretudo pelo seu **Das Verbrechen und seine Bekämpfung**, ou Alexander, que hoje nos dá, em colaboração com Healy, **Roots of Crime**, contribuição à interpretação psicanalítica da criminalidade, e os artigos em revistas como o **Journal of Criminal Law and Criminology**, de Chicago, ou as atividades de Sociedades de Criminologia do tipo do American Institute of Criminal Law and Criminology, American Association of Clinical Criminologists. Daí têm resultado, como se sabe, inúmeras reformas práticas da justiça penal ou dos regimens penitenciários, que se processam à margem dos códigos e leis penais daquele país, quasi todos ainda de feitio tradicionalista.

Não é esta evidentemente a história de um ramo de estudos em decadência. Entre nós mesmos, a matéria não tem sido descuidada, desde a iniciação do positivismo criminológico em nossa doutrina. E é possível que o próprio código, agitando os nossos meios biológicos, sociológicos ou jurídicos-penais e despertando a curiosidade em volta de temas como o da perigosidade criminal e da medida de segurança, traga novo estímulo a êsse gênero de estudos.

Direito penal, filosofia penal, ciências criminológicas coincidem nos mesmos fins — o estudo e a disciplina do fenômeno do crime. Da colaboração entre elas é que pode resultar uma luta eficaz contra a criminalidade, que não é um problema de abstração jurídica, mas de áspero realismo, cuja solução só o estudo do homem e da sociedade poderá

inspirar ao direito. Fugir a essa colaboração é renunciar a todo progresso efetivo da nossa disciplina. Sem ela o direito penal moderno se encaminharia para um estéril retorno a posições que devem ser definitivamente do passado.

Foram considerações dessa ordem que me conduziram a apresentar à deliberação do último Congresso Nacional, na sua Secção de Ensino Jurídico, a proposta da criação de uma cadeira de Criminologia, não como disciplina complementar, de especialização, no curso de doutorado, praticamente inexistente entre nós, mas no de bacharelado, precedendo o estudo do Direito Penal, como sua necessária introdução. Crime e criminoso estudados em seus aspectos extrajurídicos, fenômenos do domínio da antropologia criminal, da psicologia criminal, da sociologia criminal, que a Criminologia resume, no amplo sentido que hoje se lhe atribue, sobretudo na literatura americana. Com isto teremos vencido mais um marco, sem preconceitos de escola, para uma compreensão mais racional e mais humana do que importa ao Estado moderno empreender no seu movimento de luta contra o crime.