

Análise Crítica das Escolas Penais, Sob à Luz dos Fins e Funções da Pena

Victor da Silveira Graça*

INTRODUÇÃO:

Diante de uma reação humanitária, decorrente do iluminismo durante o século XVII, o chamado Século das Luzes, tendo o seu apogeu com a Revolução Francesa. Foram formadas diversas correntes de pensamentos criticando os excessos imperantes na legislação penal vigente. Essas críticas, tinham por objetivo diminuir a crueldade que era imposta aos condenados, propondo a individualização da pena e a sua equivalência ou proporcionalidade entre a pena e o delito praticado.

Estas correntes de pensamento organizadas de maneira sistemática ficaram conhecidas por Escolas Penais.

Nas palavras do doutrinador Cezar Roberto Bitencourt, (2003, p.46):

“No século XIX, surgiram inúmeras correntes de pensamento estruturadas de forma de forma sistemática, segundo determinados princípios”.

Assim para entender os fins e funções da pena no direito brasileiro contemporâneo, se faz necessário analisar de como as penas eram tratadas durante trajetória do direito penal moderno, mas especificamente através das escolas penais.

1 - ESCOLA CLÁSSICA

Não existiu a escola clássica propriamente dita. Este nome foi atribuído pelos positivistas, com conotação pejorativa.

Diante da dificuldade em reunir um conteúdo homogêneo dos juristas desta corrente, o professor Luiz Regis Prado (1999, p.45) explicita em sua obra:

“A denominação “escola clássica” foi dada pelos positivistas, com sentido negativo. Essa doutrina – de conteúdo heterogêneo – se caracteriza por sua linha filosófica, de cunho liberal e humanitário. Classicismo significa equilíbrio, apogeu, expressão acabada de uma tradição.”

Do movimento filosófico abordado nesta corrente, surgem duas teorias com fundamentos distintos: de um lado o Jusnaturalismo e de outro o Contratualismo. O primeiro traz a idéia de um direito natural superior resultado da própria natureza humana, imutável e eterno. O

segundo a concepção de que o estado, e por extensão a ordem jurídica resulta de um grande e livre acordo entre os homens, que cedem parte dos seus direitos no interesse da ordem e segurança comuns.

Oportunamente o professor Cezar Bitencourt (2003, p.47), aponta que:

“Teorias que a primeira vista são opostas, mas que no fundamental são coincidentes. Representavam, na verdade, doutrinas opostas, uma vez que para a primeira - jusnaturalista – o Direito decorria da eterna razão e, para a segunda – contratualista -, tinha como fundamento o acordo de vontades. No entanto, coincidiam no fundamental: na existência de um sistema de normas jurídicas anterior e superior ao Estado, contestando dessa forma, a legitimidade da tirania estatal. Propugnavam pela restauração da dignidade humana e o direito do cidadão perante o Estado, fundamentando ambas, dessa forma, o individualismo, que acabaria inspirando o surgimento da escola clássica.”

Cesare Beccaria, um dos principais filósofos da Escola Clássica, em sua obra “Dos Delitos e das Penas” menciona o contrato social.

A teoria do contrato social traz a concepção de que o delinqüente é aquele sujeito que rompeu o contrato social. Contrato esse que se presume que tinha conhecimento e que o aceitou, devendo, portanto suportar o castigo que lhe será imposto.

Aníbal Bruno (2001, p.81) conclui, em sua obra, que tipo de finalidade a pena deve obter para aos clássicos:

“A pena era, para os clássicos, uma medida repressiva, aflitiva e pessoal, que se aplicava ao autor de um fato delituoso que tivesse agido com capacidade de querer e de entender. Os autores clássicos limitavam o Direito Penal entre os extremos da imputabilidade e da pena retributiva, cujo fundamento básico era a culpa. Preocupada e preservar a soberania da lei e afastar qualquer tipo de arbítrio, limitava duramente os poderes do juiz, quase o transformando em mero executor legislativo.”

2 - ESCOLA POSITIVA

A Escola Penal Positiva surge no século XIX, contemporaneamente com o nascimento dos estados sociológicos e biológicos. Situação que fica bastante evidenciada pelas palavras do professor César Bitencourt (2003, p.52):

“A Escola Positiva surgiu no contexto de um acelerado desenvolvimento das ciências sociais (Antropologia, Psiquiatria, Psicologia, Sociologia, Estatística etc.) Esse fato determinou de forma significativa uma nova orientação nos estudos criminológicos. Ao abstrato individualismo da Escola Clássica, a Escola Positiva opôs a necessidade de defender mais enfaticamente o corpo social contra a ação do delinqüente, priorizando os interesses sociais em relação aos individuais”.

Assim, de uma análise desta necessidade de defender a sociedade do delinqüente. A pena tem por finalidade apenas afastar o criminoso do resto da sociedade pelo máximo de tempo possível. O que na se pensava era no retorno deste delinqüente ao meio social, a ressocialização não era a finalidade da pena.

Neste sentido, Bitencourt (2003, p.53), expõe:

“A ressocialização do delinqüente passa a um segundo plano. A aplicação da pena passou a ser concebida uma reação natural do organismo social contra a atividade anormal dos seus componentes. O fundamento do direito de punir assume uma posição secundária, e o problema da responsabilidade perde importância, sendo indiferente liberdade ação e de decisão no cometimento do fato punível. Admitindo o delito e o delinqüente como patologias sociais, dispensava a necessidade de a responsabilidade penal fundar-se em conceitos morais. A pena perde seu tradicional caráter vindicativo-retributivo, reduzindo-se a um provimento utilitarista; seus fundamentos não são natureza e a gravidade do crime mas a personalidade do réu, sua capacidade de adaptação e especialmente sua perigosidade”

O método aplicado nesta escola é o indutivo. Por isto alguns autores a chamam de Experimentalista.

A sanção pode ser aplicada antes da prática delituosa, em certas condutas entendidas no estado perigoso tais como embriagues ou desonestidade.

Aqui, o homem é responsável por viver, e a medida penal é dada pela periculosidade.

A pena tem a finalidade de defesa social, não havendo assim, correspondência precisa entre ela é o crime.

Então verificamos que os fundamentos e características desta escola são: a pena tendo por fim a defesa social e não a tutela jurídica; o crime como fenômeno natural e social, previndo de causas físicas, biológicas e sociais; e responsabilidade social como decorrência do determinismo e da periculosidade.

Esta escola tomou o crime como realidade fenomênica e fez a sanção anticriminal.

Com esta preocupação com a periculosidade do indivíduo, tentando através da pena privativa de liberdade, afastar o delinqüente da sociedade, foram cometidas as maiores atrocidades, no que diz respeito aos direitos humanos. Ao ponto de se aceitar a figura do criminoso em potencial, ou criminoso nato, como preferiu chamar Cesare Lombroso (1836-1909), criador da Escola Penal Biológica.

Para Lombroso, influenciado pela teoria da evolução de Darwin, os criminosos possuíam traços genéticos específicos, que poderiam ser mapeados e utilizados para a prevenção de novos crimes.

Bitencourt (2003, p. 55), especifica o que seria o criminoso nato na teoria de Lombroso:

O criminoso nato de Lombroso seria reconhecido por uma série de estigmas físicos: assimetria do rosto, dentição anormal, orelhas grandes, olhos defeituosos, características sexuais invertidas, tatuagens, irregularidades nos dedos e nos mamilos etc. Lombroso chegou a acreditar que o criminoso nato era um tipo de subespécie do homem, com características físicas e mentais, crendo, inclusive, que fosse possível estabelecer as características pessoais das diferentes espécies de delinqüentes: ladrões, assassinos, tarados sexuais etc. Experimentalmente, contudo, não conseguiu comprovar.

Por esta tentativa de Lombroso de atribuir traços genéticos aos delinquentes, alguns autores consideram a sua teoria como um paradigma racista-biologista.

O próprio Lombroso se deu conta do absurdo que era a sua teoria do criminoso nato e tentou aperfeiçoá-la.

3 - TERZA SCUOLA ITALIANA

Depois das escolas penais Clássica e Positiva, surgiram outras correntes denominadas pela doutrina de ecléticas ou intermediárias.

Bitencourt (2003, p. 56), descreve de que forma surge a primeira das correntes ecléticas: "A terza scuola italiana, uma das correntes ecléticas, é também conhecida como Escola Crítica. Tem como marco a Publicação do artigo Una Terza Scuola di Diritto Penale in Itália, por Manuel Carnevale."

O professor Luiz Regis Prado (1999, p. 50), em sua obra aponta os principais aspectos diferenciadores da primeira escola eclética:

"As mais importantes características dessa corrente são: a) a responsabilidade penal tem por base a imputabilidade moral, sem o livre arbítrio, que é substituído pelo determinismo psicológico: o homem está determinado mais forte, sendo imputável aquele que é capaz de

se deixar pelos motivos. Aos que possuem tal capacidade, deve ser aplicada medida de segurança. A imputabilidade funda-se na dirigibilidade do ato humano e na intimidabilidade; b) o delito é contemplado no seu aspecto real – fenômeno natural e social; e c) a pena tem uma função defensiva ou preservadora da sociedade.”

Diante da aplicabilidade da medida de segurança no lugar da pena, conclui o professor Cesar Roberto Bitencourt, em sua obra (2003, p.58):

“O crime, para esta escola, é concebido como um fenômeno social e individual, condicionado, porém, pelos fatores apontados por Ferri. O fim da pena é a defesa social, embora sem perder seu caráter aflitivo, e é de natureza absolutamente distinta da medida de segurança”.

Em outras palavras, apesar de utilizar-se da medida de segurança e buscar a defesa social Terza scuola ainda ignora qualquer hipótese de ressocialização do indivíduo. A pena serve apenas para afastar o criminoso do meio social.

A pena simplesmente retributiva dos clássicos é substituída pela pena de fim. A pena tem um fim prático: a prevenção geral ou especial; dentro destas funções entendemos a preventiva geral aquela que recai a todos e a preventiva especial aquela que recai ao delinqüente. Pena é a arma de ordem jurídica na luta contra delinqüência.

Distingue-se o imputável do inimputável, sem se fundar, porém, no livre-arbítrio, e sim na determinação normal do indivíduo. Substituí a noção da imputabilidade pela de perigosidade.

4 - ESCOLA MODERNA ALEMÃ

A Escola Moderna Alemã, considerada por alguns doutrinadores como a mais importante das escolas ecléticas ou intermediárias surge principalmente dos estudos de um político-criminólogo alemão Franz Von Liszt.

O professor Luiz Regis Prado (1999, p.51), em sua obra, aponta aspectos importantes e marcantes desta escola:

“Configura-se como uma direção política criminal, tendo uma importante função conciliatória e ordenadora. O ponto de partida é a neutralidade entre livre-arbítrio e determinismo, com a proposta de imposição de pena, com caráter intimidativo, para os delinquentes normais e de medida de segurança para os perigosos (anormais e reincidentes), sendo esta última com objetivo de assegurar a ordem social, com fim único de justiça”.

Extrai-se deste caráter intimidativo uma inovação frente às escolas penais precedentes que atribuíam a pena única função de afastar o delinquentes do meio social. A pena com a função de desestimular a prática de crimes por meio da intimidação, sem dúvidas faz parte da política penal moderna, da prevenção geral.

Novamente é o professor Luiz Regis Prado (1999, p.52) quem pontua as características da escola em análise:

“As características da Escola Moderna Alemã são: a) distinção entre o direito penal e as demais ciências criminais – criminologia; b) o método lógico abstrato para o direito penal e o método indutivo-experimental para as ciências criminais; c) o delito como um fenômeno humano-social e fato jurídico; d) a imputabilidade e a periculosidade; e) a pena e a medida de segurança como um duplo meio de luta contra o delito; f) o caráter defensivo da pena, orientada conforme a personalidade do delinqüente: é a denominada pena finalística ou pena de fim, em que coexistem a prevenção geral e a prevenção especial (intimidação/adaptação artificial), com prevalência da última. A idéia de mal – imanente à pena – pode ser valorada por sua referência direta a uma finalidade: a pena retributiva se transforma em pena determinada totalmente pela prevenção ajustada a um fim; g) a sugestão de que as penas privativas de liberdade de curta duração devem ser eliminadas ou substituídas; e h) o desenvolvimento da política criminal.”

5 - ESCOLA TÉCNO-JURIDICA

Diante do método utilizado pela Escola Penal Positiva, que se utilizava das ciências naturais nos estudos jurídico-penal. A Escola Tecno-Jurídica surge como reação à confusão metodológica, derivada da preocupação com os aspectos antropológicos e sociológicos do crime, em prejuízo do jurídico.

Essa nova orientação caracteriza muito mais uma corrente de renovação metodológica do que propriamente jurídico da ciência penal, cujo maior mérito foi apontar o verdadeiro objeto do Direito Penal, qual seja, o crime, como fenômeno jurídico. Sem negar a

importância das pesquisas casual-explicativas sobre o crime, sustenta, apenas, que, o Direito sendo uma ciência normativa, seu método de estudo é tecno-jurídico ou lógico-abstrato.

Regis Prado (1999, p.54), falando sobre as características específicas da escola Tecno-jurídica, aponta:

“Pode-se apontar como as principais características da Escola Tecno-Jurídica: a) o delito é pura relação jurídica, de conteúdo individual e social; b) a pena constitui uma reação e uma consequência do crime (tutela jurídica), com função preventiva geral e especial, aplicável aos imputáveis; c) a medida de segurança – preventiva – deve ser aplicada aos inimputáveis; d) responsabilidade moral (vontade livre); e) método tecno-jurídico; e f) recusa o emprego da filosofia no campo penal.”

Os estudiosos desta corrente entendem o crime como relação de conteúdo individual e social. O crime é um ente jurídico porque é o direito que valoriza o fato e é a lei que o considera crime. Mas ao mesmo tempo não se nega um fenômeno social e natural, previndo de fatores biológicos e sociais.

6 - ESCOLA CORRECCIONALISTA

Da análise da Escola Correccionalista, Cezar Bitencourt (2003, p.55), resume a evolução da escola:

“A escola correcionalista aparece na Alemanha, em 1839, com a dissertação de Karl Roder, *Comentatio na poema malum esse debeat*, tendo como fundamento o sistema filosófico de Krause, pertencente ao movimento do idealismo romântico alemão, durante a primeira metade do século XIX. No entanto, na Espanha Foi onde encontrou os seus principais seguidores, que cultuaram o famoso correcionalismo espanhol - de matiz eclético - , destacando-se dentro eles, Giner de los Ros, Alfredo alderón, Concepcion Arenal, Rafael Salillas e Pedro Dorado Montero, esse último mais destacado, com seu *El Derecho Protetor de los Criminales*.”

Alguns dos doutrinadores que se dedicam ao estudo das escolas penais apontam como uma das principais características da Escola Penal Correcionalista é fixar a correção ou emenda do delinqüente com fim único de pena.

O professor Cezar Roberto Bitencourt (2003, p. 63), em sua obra explicita:

“Para os correcionalistas, a pena não se dirige ao homem real, vivo e concreto, que se tornou responsável por um determinado crime, revelador de uma determinação defeituosa de vontade. Na verdade, a sua finalidade é trabalhar sobre a causa do delito, isto é, a vontade defeituosa, procurando convertê-la segundo os ditames do direito. O correcionalismo, de fundo ético-panteísta, apresentou-se como uma doutrina cristã, tendo em conta a moral e o Direito natural”.

E ainda o mesmo Bitencourt (2003, p.63), conclui:

“Em outros termos, o delinqüente, para os correccionalistas, é um ser anormal, incapaz de uma vida jurídica livre, constituindo-se, por isso, em um perigo para a convivência social, sendo indiferente a circunstância de tratar-se ou não de imputável. Como se constata, não dá nenhuma relevância ao livre-arbítrio. O criminoso é um ser limitado por uma anomalia de vontade, encontrando no delito o seu sintoma mais evidente, e, por isso, a sanção penal é vista como um bem. Dessa forma, o delinqüente tem o direito de exigir sua execução e não o dever de cumpri-la. Ao estado cabe a função de assistência às pessoas necessitadas de auxílio (incapazes de autogoverno). Para tanto o órgão público deve atuar de dois modos: a) restringindo a liberdade individual (afastamento dos estímulos delitivos); e b) corrigindo a vontade defectível. O importante não é a punição do delito, mas sim a cura ou emenda do delinqüente. A administração da Justiça deve visar o saneamento social (higiene e profilaxia social) e o juiz ser entendido como médico social.”

Na Escola Penal Correccionalista, começa-se a pensar, mesmo que forma indireta, na ressocialização do delinqüente através da pena, no momento em que se busca a cura do delinqüente. Trata-se aqui a pena como meio de controle social, não mais como uma mera retribuição ao crime praticado.

Luiz Regis Prado (1999, p. 54-55), em sua obra aponta as principais características da Escola Correccionalista que dentre outras destaca o fim único da pena como a emenda ou a correção do delinqüente. Senão vejamos:

“A principal característica da escola correccionalista diz respeito ao fim único da pena: emenda ou correção. De conseguinte, tem-se que: a) a pena idônea é a privação de liberdade; b) a pena deve ser indeterminada – sem prévia fixação do tempo de sua duração; c) o arbítrio judicial deve ser ampliado no que se refere à individualização da pena; d) a

função penal deve ser vista como preventiva e de tutela social; e e) a responsabilidade penal deve ser entendida como responsabilidade coletiva, solidária e difusa.”

A pena indeterminada tem explicação para os correccionalistas pelo simples fato de que como a pena tem o fim de curar o individuo da sua doença, ou como preferem chamar, anomalia de vontade, o delinqüente deve ter a sua liberdade tolhida até que seja corrigido esta anomalia, até que esteja curado e pronto para voltar para meio social.

Pode-se dizer, a grosso modo, que a pena para os correccionalistas era entendida como um bem e que o delinqüente tinha direito à ela, ao tratamento correspondente.

7 - MOVIMENTO DE DEFESA SOCIAL

A primeira teoria de defesa social aparece somente no final do século XIX com a revolução positivista, embora se possa encontrar antecedentes remotos do movimento defensivista na filosofia grega e no próprio Direito Canônico medieval.

Esse movimento filosófico reformista da valoração do direito deu origem à difusão dos direitos humanos, ao pensamento alternativo, e a uma nova Escola de Direito Penal, a Escola da Defesa Social.

Regis Prado (1999, p.55) explica que:

“Deve-se a Adolphe Prins (A defesa social e as transformações do direito penal) sua primeira sistematização. Em 1945, Felipe Gramática funda, na Itália, o Centro Internacional de Estudos de Defesa Social, objetivando renovar os meios de combate à criminalidade.”

Ainda o professor Luiz Regis Prado (1999, p. 55), em sua obra demonstra os aspectos do movimento de defesa social:

“O objetivo é uma radical supressão dos conceitos de crime, responsabilidade e pena. Dessa forma, propõe-se a substituição da responsabilidade penal, fundada no delito, pela anti-sociabilidade, fundada em dados subjetivos do autor; substituir a infração, considerada como fato, pelo índice da anti-sociabilidade e, finalmente, substituir a pena por medidas sociais.”

Regis Prado (1999, p.56), ainda continua a sua tese, quanto aos aspectos da escola correcionalista:

“Em 1954, Marc Ancel publica a famosa *Défense sociale nouvelle* (verdadeiro documento ideológico) com destaque para: desjuridicização; nova atitude em relação ao delinqüente e política criminal humanista, por ele definida como “uma doutrina” humanista de proteção social contra o crime”. O fundamento básico dessa corrente é a defesa social pela adaptação/ressocialização do delinqüente e não pela sua neutralização. Sua essência se encontra, portanto, na defesa social contra o fenômeno crime e na ressocialização do delinqüente. Funda-se a política criminal na responsabilidade individual, inserida no processo de ressocialização social. A idéia de proteção social adstrita à sanção penal se apresenta como substitutivo da noção repressão-retribuição, realizando-se através de um

conjunto de medidas penais e extra penais ligadas à periculosidade. O tratamento penal é visto como um instrumento preventivo.”

Os doutrinadores filiados à corrente do Movimento de defesa Social defendem que a finalidade da pena é proteger a sociedade das ações delituosas. Essa concepção vai de encontro à idéia de um direito penal repressivo. Entendem tais pensadores, do movimento defensista, que a pena deve ser substituída por sistemas preventivos e por intervenções educativas e reeducativas, aplicando não uma pena para cada delito, mas uma medida para cada pessoa.

Luiz Regis Prado (1999, p. 56-57), em sua obra elenca os principais fundamentos do movimento defensista:

“Entre os princípios fundamentais do movimento defensista, podem ser destacados os que se seguem: 1. A luta contra a criminalidade deve ser reconhecida como uma das tarefas mais importantes que incubem à sociedade; 2. Nessa luta, a sociedade deve recorrer a meios de ação diversos, ao mesmo tempo pré-delitivos e pós-delitivos. O direito criminal deve ser considerado como um dos meios de que a sociedade pode se utilizar para fazer diminuir a criminalidade; 3. Os meios de ação empregados com esse fim devem ter por escopo não somente proteger a sociedade contra os criminosos, mas também proteger seus membros contra o risco de cárem na criminalidade. Por sua atividade nesses dois campos, a sociedade deve estabelecer o que se pode chamar com justa razão uma “defesa social”; 4. O movimento de defesa social, procurando assegurar a proteção do grupo através da proteção de seus membros, entende prevalentes em todos os aspectos da organização social os direitos da pessoa humana.”

Nesta fase, do pós-segunda guerra mundial, o movimento defensista consegue atribuir a pena uma preocupação com os direitos humanos, pensando numa política criminal de prevenção e redução da criminalidade, defendendo a sociedade dos riscos dos delitos. Pensando na ressocialização do indivíduo, ou seja, no pós-delito, como meio eficaz para a prevenção da reincidência, transformando a pena de meramente retributiva em preventiva e adequada os direitos da pessoa humana.

REFERÊNCIAS:

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: parte geral volume I, 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL, Constituição Federal. Vade Mecum – Coleção de Leis Rideel. São Paulo: Rideel, 2007.

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. Xª ed. ver. e ampl. São Paulo: Malheiros, 03-2004.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: parte geral - v. 1. 2ª ed. Revista. São Paulo: Saraiva, 2001.

JESUS, Damásio E. de. Direito Penal: parte geral. 27ª ed. Ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal: Parte Geral, v. 1. 13ª. Ed. São Paulo: Atlas, 1998.

PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro. 1999

*Formando em Direito, estagiário do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia
victor_graca@yahoo.com.br

Disponível em:

<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=847&idAreaSel=4&seeArt=yess>. Acesso em: 01 nov. 2007.