

Ensaio sobre a pena.

Manoel Pedro Pimentel

Professor catedrático de Direito Penal da
Faculdade de Direito da Universidade de
São Paulo e Juiz do Tribunal de Alçada
Criminal do Estado de São Paulo.

SUMÁRIO: I A pena através dos tempos. II Um novo conceito de pena. III Esboço de uma teoria. IV Uma hipótese de trabalho. V Conclusões.

I. A PENA ATRAVÉS DOS TEMPOS.

1. A análise da evolução da pena através dos tempos é importante elemento para fundamentar a conclusão científica de que, no momento, é preciso aceitar-se que o conceito da sanção penal, cominada ao delito, deve ser modificado.

É imperioso que nos convençamos de que a pena não é uma herança da vingança privada ou uma reparação do mal causado por delito.

Em eras passadas o louco era punido como se fosse capaz de assimilar o castigo. A ciência veio provar o inútil encarceramento do insano mental, ditando o tratamento adequado. Já é tempo de admitirmos que o criminoso também deve ser olhado como alguém que precisa de tratamento e não de castigo. Hoje conhecemos suficientemente o homem e sabemos que a punição provoca reações desfavoráveis, servindo muitas vezes para corromper o sentenciado, retirar-lhe o sentimento de dignidade e aproximá-lo de outros indivíduos marginalizados, cuja convivência só acarreta prejuízos.

Por isso, o fundamento da pena deve ser radicado no interesse da recuperação social do delinqüente, e não no terreno do castigo, como função de si mesmo.

A origem da pena, buscada nos grupos humanos primitivos, é indubitavelmente de caráter sacral. O homem, nas primeiras eras, não se regia pelo princípio da razão, mas se impulsionava por reações ditadas por sentimentos. Sua visão cósmica era distorcida, pois, para ele, *o que parecia ser, era*. Os estudos a respeito dos símbolos e dos mitos provam essa assertiva. Não compreendendo a verdadeira natureza dos fenômenos que o cercavam, ligava os efeitos manifestados a causas misteriosas, sobrenaturais, que, no entanto, poderiam ser controladas mediante a prática de rituais ou o oferecimento de dádivas e sacrifícios.

Por isso, procurava obter o que julgava bom e necessário para a vida através de propiciações aos entes que acreditava regessem o destino, até nas mais particulares situações. Da mesma forma, o mal poderia ser conjurado com os ritos e sacrifícios adequados. *Totem e tabu* são instituições que provam a submissão do homem primitivo a esse domínio da magia, levando-o a buscar o alívio das tensões ansiosas na favorável disposição das entidades protetoras, evitando tudo o que pudesse, direta ou indiretamente, ofendê-las. A prática de ações proibidas acarretava a ira dos entes sobrenaturais, capaz de prodigalizar-lhe pesados castigos.

A palavra *tabu*, ou *tapu*, de origem polinésia, não tem tradução literal. Significava, ao mesmo tempo, o sagrado e o proibido. Observam RODOLFO G. PESSAGNO e HUMBERTO P. J. BERNARDI que o mesmo acontece com a palavra latina *sacer*, que tanto serve para indicar o sagrado, como o abominável, o maldito, o proibido.¹

O *tabu* funcionou como uma primitiva norma de comportamento e a sua instituição remonta aos primeiros albores da humanidade. Acreditamos que os primeiros grupos humanos, pela interação psicológica coletiva, firmaram regras proibitivas comuns, decorrentes da experiência vital. Tais regras eram sancionadas com pesadas punições ao infrator culminando, não raro, com a morte.

O *totemismo*, expressão arcaica de religiosidade, serviu como reforço para estreitar os laços desses agrupamentos. O *totem* era uma entidade benéfica, protetora de um indivíduo, de um grupo ou de toda uma coletividade. Era cultuado com sacrifícios e dádivas propiciatórias, mediante ritual próprio, e acontecia de se manifestar através dos encarregados do culto ou de oráculos. Geralmente o *totem* era simbolizado

1. *Temas de História Penal*, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1953, p. 11.

pela figura de um animal ou, mais raramente, de um vegetal ou objeto. A sua adoção decorria de acontecimentos fortuitos, não sendo unânime a opinião dos autores a respeito.

O certo é que o *totemismo* deu um sentido de unidade aos grupos humanos primitivos, enquanto que o *tabu* pode ser considerado como responsável pelos primeiros sinais de comportamento causal, regulamentando a convivência ordeira e pacífica.

Na base de tudo estava o temor do castigo sobrenatural, decorrente da ofensa ao *totem* ou da desobediência do *tabu*. Os infratores eram punidos severamente, com castigos ditados pelos encarregados do culto. O chefe religioso era, também, o chefe do grupo e em suas mãos se concentrava grande soma de poderes. A execução do castigo, no entanto, tinha quase sempre um caráter coletivo. Observa JIMENEZ DE ASÚA que: "lapidar é uma das mais antigas e características maneiras de manifestar-se a reação punitiva, coletivamente exercida." ²

Este fenômeno ainda é manifestado, segundo o mesmo autor, sempre que os homens se deixam cegar por algum choque emocional, retrocedendo à época bárbara e reassumindo a personalidade arcaica, ensejando reações coletivas contra o infrator, como acontece nos casos da chamada *Lei de Lynch*.

Podemos concluir que nesses grupos primitivos a pena tinha uma função reparatória, dado o caráter religioso da ofensa, e destinava a aplacar, com o castigo do culpado, a ira da entidade ofendida, ou recompôr o equilíbrio rompido com a transgressão do *tabu*. Não seria lícita outra conclusão, diante dos conhecidos dados culturais da época, e, assim, nem mesmo se cogitaria de ver na pena aplicada um fim de reparação social. A razão da execução ser coletiva, explica-se, radica na circunstância de que a coletividade procurava reconciliar-se com o ente ofendido, ou cumprir uma obrigação capaz de devolver a tranqüilidade ao grupo.

A autoridade fundada no temor sacral manteve-se durante um largo período. Nas antigas civilizações ainda era a regra, como provam a origem divina dos faraós egípcios e dos imperadores romanos. Mesmo em tempos mais próximos de nós, os reis e imperadores eram sagrados nos templos, enquanto que a Igreja confundia seu poder espiritual com o temporal. Fortificado, porém, o poder civil, a função de julgar foi retirada das mãos dos

2. *Tratado de Derecho Penal*, Ed. Losada, Buenos Aires, 1950, tomo I, pág. 205.

magos, feiticeiros e sacerdotes. Mas era ainda em nome da divindade que os julgamentos se faziam, consoante testemunham as *ordálias* comuns entre os bárbaros germanos.

2. A convivência de tribus regidas por *totens* diversos deu origem a duas espécies de penas, de certa maneira descoladas do caráter sacral: a perda da paz e a vingança do sangue. A primeira, empregada contra membro da própria tribu, enquanto que a segunda se destinava ao estrangeiro.

Interessa-nos conhecer o relacionamento da natureza dessas penas com o estágio cultural dos grupos que as aplicavam, para encontrar os fundamentos que as justificavam.

Embora, como já dissemos, essas sanções estivessem de certo modo descoladas do caráter sacral, conservaram vínculos com ele. E a separação não era ainda feita nos grupos aludidos, porque a perda da paz importava na exclusão da proteção *totêmica*, enquanto que a vingança do sangue era forma de reparação tabu. As guerras entre tribus primitivas tiveram como causa, muitas vezes, a vingança de indivíduos, alastrada às coletividades do mesmo sangue. E, dado o resquício sacral, a punição coletiva se estendia, igualmente a coisas e animais pertencentes às tribus.

A razão disso é que, como observou agudamente BERNALDO QUIRÓS, a cultura desses povos admitia a vingança como uma forma de punição. Agiam, assim, com a mesma fúria de um grupo de crianças, que não conhecem a limitação individualizadora.

Não obstante, a vingança do sangue não é admitida pacificamente como uma *pena*. VON LISZT pondera: “Carece conseqüentemente de fundamento a opinião muito generalizada, segundo a qual a pena tem a sua origem no instituto da conservação individual, que se manifesta como instinto de vingança. A privação da paz social, a vindita, não é simples reação do indivíduo, mas *reação do agregado social* como ordem da paz e do direito; e as ações, contra as quais a reação se dirige, constituem sempre, direta ou indiretamente, uma ofensa aos interesses comuns do grupo, uma perturbação da paz, uma violação do direito.”³

Entre a vingança — forma de punição — e a pena não há senão semelhança. Está hoje assentado que não há dependência histórica entre a pena e a vingança. Antologicamente desligadas, oferecem caracteres

3. *Tratado de Direito Penal Alemão*, trad. JOSÉ HIGINO DUARTE PEREIRA, F. Briguet Ed., Rio, 1899, tomo I, p. 7.

acidentais comuns. Erram os que pretendem fundar a primeira nas bases irracionais da segunda. Mesclaram-se, é verdade, em um determinado período, ao fim do qual a pena seguiu sendo uma reação contra o mal, fundada racionalmente na necessidade de manutenção da ordem e da paz na comunidade, enquanto que a vingança permaneceu como uma forma de reação da natureza humana, despertada irracionalmente pelo dano, conforme assinalou com justeza o sociólogo polaco MIEZYSLAW SZÈRER.

3. Da vingança ilimitada, passou o grupo a adotar a vingança circunscrita ao autor da ofensa e, mais tarde, a fixá-la no mesmo grau e intensidade do dano através da proporcionalidade regulamentada pelo princípio do *talião*. Em Roma, *talis* significava *tal*, isto é, a reação contra o dano devia ser *tal* a este, ou seja, *igual*. A lei mosaica inscrevia o mesmo princípio: “olho por olho, dente por dente”.

Entretanto, fácil é compreender-se que as sucessivas mortes e mutilações, decorrentes dessas retaliações, enfraqueciam as tribus, que se viam privadas de homens válidos quando atacadas por inimigos externos. Este fator, aliado ao costume que se introduziu de permitir que a pessoa do ofensor fôsse substituída, por exemplo, por um escravo, para o efeito talional, originou a *composição*, nova espécie de pena que consistia na obrigação de compensar o dano com uma quantia em dinheiro. Ficava assim retribuído o dano e satisfeita a vingança, forrando-se o agressor e os membros da sua comunidade familiar ou tribal da vindita do ofendido e seus parentes.

Ao lado da composição, contemporaneamente ou não, existiu a já aludida perda da paz, cujas características, por bastante conhecidas, dispensam maior digressão.

4 A conclusão a que se chega, ao fim desta rápida exposição, é a de que a pena surgiu como uma necessidade sentida pelos grupos humanos primitivos de satisfazer, propiciatoriamente, as entidades superiores ofendidas pelo infrator. E seguiu sendo assim, enquanto a cultura dos povos primitivos manteve ligado o seu conceito ao caráter sacral. As coletividades que as aplicavam, sempre com extremado rigor, ao ponto de sacrificar vidas humanas, tinham o propósito de reconciliação, visando imediatamente a reaquisição da paz e da segurança periclitantes ou perdidas com a ofensa. Conclui-se, também, que apesar de mesclar-se durante um certo período com a vingança, a pena com ela não se confunde nas suas origens.

Na medida em que evoluiu a sociedade, a pena passou a ser aplicada por órgãos ou autoridades públicas, como veremos na exposição que faremos sobre o direito penal dos diversos povos, desde a Antiguidade aos tempos atuais, esmaecido o caráter sacral e passando a ocupar posição definida dentro da ordem jurídica.

5. Acompanhando a evolução da pena nas primeiras civilizações conhecidas, veremos que a sanção criminal mais freqüentemente usada era a de morte, o que é perfeitamente compreensível. Não limitada à pessoa do ofensor, a pena alcançava também parentes e afins, seguindo até à destruição dos seus bens. Aliás, data de bem pouco tempo o princípio que a restringe à pessoa do ofensor, limitando, também, os casos de confisco de bens.

Na China, em época recuada a dois mil anos da nossa era, autorizava-se o dono da casa a matar o ladrão que fôsse encontrado em sua casa. A parte Oitava do *Livro das Leis de Manú* era dedicada especialmente aos crimes e às penas, que variavam desde a multa até a morte. Aos brâmanes, que não podiam sofrer a execução capital, era reservada uma pena semelhante à “perda da paz”, consistente na *expulsão da casta*. Todas essas penas tinham caráter expiatório, pois os indús acreditavam que elas expurgavam o mal e conduziam os punidos ao céu.

A legislação egípcia, conhecida através dos escritores gregos e romanos, e de repetições feitas nas glosas medievais, tornou-se mais acessível após a decifração dos hieróglifos. Soube-se que a pena teve, desde tempos remotos, caráter público e a sua imposição era feita pelos sacerdotes, quando não pelo faraó. Muito difundida, a pena de morte demonstrando que nenhuma preocupação havia no sentido de recuperar o infrator.

Entre os fenícios foi permanente o objetivo de castigar os crimes relacionados com a atividade comercial, por eles intensamente exercida. Comum a pena de morte, emprestando-se-lhe um certo sentido de prevenção geral, como aliás acontecia também entre os egípcios.

Assíria, Caldéia e Babilônia, conforme documenta de modo particular o Código de Hammurabi, datado de aproximadamente 2.250 anos A.C., adotaram a pena de prisão por dívidas, com redução à condição de escravo do devedor insolvente. As penas eram sempre impostas pelo Estado e comum a de morte por imersão e asfixia na água. Aplicavam também castigos corporais, mutilações, espancamentos a bastonadas e multas.

O povo hebreu, cuja história foi melhor relatada, aplicou com prodigalidade a pena de morte, especialmente para punir os crimes de idolatria, sendo que a composição e a multa eram reservadas aos crimes contra o patrimônio, enquanto que os crimes de lesões corporais eram sancionados com a vingança do sangue, nos primeiros tempos, e, depois, com a composição talional de caráter público. Quer no Pentateuco, quer no Decálogo ou no Talmud, encontram-se referências aos princípios éticos que dominaram o povo hebreu, sendo que neste último o Livro IV é destinado ao tema penal e à reparação civil dos danos. O último livro do Antigo Testamento, que traz a Profecia de Malaquias, remarca o matiz de castigo que coloria a pena, porque este último profeta, que exerceu o seu ministério depois do cativo de Babilônia, enfatizava a ingratidão dos judeus para com o Senhor e diz que serão castigados, mas o castigo os purificará, preparando-os para a vinda do Messias. Sobreleva-se, assim, o caráter de castigo purificador que se emprestava à pena, tal como entre os indús, sem qualquer consideração relacionada com a pessoa do infrator, excetuada a reconciliação com o Senhor.

A Grécia empregou muito limitadamente a pena de encarceramento. A pena de morte, especialmente em Esparta, era freqüente, e as demais sanções, como o desterro, os açoites, os suplícios físicos, as mutilações, eram empregados com o objetivo imediato de castigar e, mediatamente, de infundir terror aos possíveis imitadores.

Roma também adotou as penas exterminadoras, reservada a decapitação para os patrícios e a morte degradante para os plebeus. A crucifixão foi largamente empregada para executar escravos. Além destas, outras sanções foram conhecidas, muitas das quais se executavam com requintes de crueldade, acarretando também a morte. Citaremos a precipitação do condenado desde o alto da rocha Tarpéia e a pena inflingida à mãe infanticida: era jogada na água, costurada dentro de um saco de couro juntamente com um macaco, um galo, um cão e uma serpente. As penas corporais de mutilação, flagelação, marcação com ferro em brasa, foram também aplicadas, ao lado dos trabalhos forçados *ad galleram*, *ad metallum* e *ad mollem*.

No meio de tanta desumanidade e crueldade, como um oasis no deserto, aparece o pensamento de SÉNECA, manifestando preocupação em atribuir à pena finalidades éticas superiores, como a defesa do Estado, a prevenção geral e a correção do delinqüente. Disposições imperiais de CONSTANTINO ordenaram que as prisões, utilizadas em Roma para a pu-

nição de pequenos delitos, ao tempo do Império, se conservassem limpas e higienizadas e que os presos tivessem acesso ao ar livre pelo menos uma vez por dia.

Notável a influência do Cristianismo na evolução dos castigos, no fim da Idade Antiga. Não obstante, no Ocidente, e sob o seu signo predominante, a Idade Média viria a dar exemplos de crueldade extraordinária na aplicação das penas.

Os costumes dos povos chamados bárbaros não diferiam muito dos que até agora vimos. É verdade que os germanos emprestaram relevo ao "Wergeld", ou "preço do homem", forma avançada de composição. Mas as penas dolorosas, cruéis, infamantes e exterminadoras também existiram em profusão.

6. A Idade Média, iniciada em meados do século V da nossa era, estendeu-se por mil anos, aproximadamente. Seria fastidioso rastrear a evolução da pena durante tão longo período, no qual floresceram e ruíram impérios, nasceu e extinguiu-se o feudalismo e, a final, surgiu o chamado direito comum ou das comunas. A elaboração lenta do direito por obra dos práticos, a fundação das primeiras universidades, e outros acontecimentos marcantes, contaram sempre com o esforço de homens cuja memória o tempo não apaga. A influência da Igreja, durante a Idade Média, foi decisiva, especialmente em matéria que de perto nos interessa, porque a pena de prisão, hoje principal forma de punir, desenvolveu-se nessa época.

Segundo E. SUTHERLAND ⁴, a Igreja já usava, no século V, as prisões. A isso foi levada por dois motivos principais: não lhe era permitido, por lei, aplicar a pena de morte e apreciava o valor da segregação, que favorecia a penitência. O encarceramento eclesiástico variava desde a reclusão solitária, chamada "in pace", até a vida prisional comunitária, conhecida como "murus largus". A pena de prisão foi também utilizada com intensidade durante a Inquisição.

Dominou no Direito Canônico o princípio de que a pena obedecia a uma finalidade ética, buscando-se, através dela, o arrependimento do faltoso. Retributiva e reparatória, restabelecia a ordem moral, turbada pelo delito. Assinalam PESSAGNO e BERNARDI que entre as penas canôni-

4. *Princípios de Criminologia*, trad. de ASDRUBAL MENDES GONÇALVES, Liv. Martins Ed., São Paulo, 1949, p. 383 e seguintes.

cas figurava “a internação em mosteiros e a reclusão na cela, de onde se originaram as modernas penas privativas da liberdade”⁵ Não admira, portanto, que até hoje seja usada a expressão “prisão celular”.

Sem embargo de existirem vozes isoladas que reclamavam o sentido de recuperação do delinqüente, predominava entre os pensadores eclesiásticos a convicção de que a pena era um mal que devia ser oposto ao mal do crime. SANTO AGOSTINHO nela via o castigo destinado a punir e a vingar o mal cometido, enquanto que SÃO TOMÁS afirmava: “lex etiam puniendo producit ad hoc quod hominis sunt boni”⁶, derivando deste o conceito da *poena medicinalis* em voga no Direito Canônico.

Consoante explicação de DOMENICO SCHIAPPOLI, a pena sempre foi concebida pelo Direito Canônico como um mal, apesar de justificada como um bem, pois tendia reconciliar o réu com a divindade ofendida. Mas, na verdade, “Nel punire la Chiesa mirava sotoporre a materiali patimenti o privazioni il corpo del reo ed a mortificarne l’anima, per soddisfare la divina giustizia ed evitare gli eterni castighi il che si dovera ottenere con la pubblica confessione del reato e con molti anni di pellegrinaggi, ovvero con severe penitENZE e rigorosi digiuni: che la pena, secondo il Diritto canonico, avesse cosi un carattere pubblico, in quanto aveva per scopo di riconciliari il peccatore con la divindade offesa e di allontanare dal suo capo gli effetti dell’ira divina è fuori dubbio;” E, mais adiante: “ma tutto ciò non deve far concludere, che la pena fosse concepita non come un male, bensì come un beneficio pel colpevole: essa è sempre *vindicta*, l’esercizio d’una vendetta divina o pubblica, la reazione contro la violazione dell’ordine giuridico, che ha per fine il pentimento del reo, l’emenda, l’esempio, l’intimidazione, l’espiação del torto commesso dovuta a Dio ed agli uomini.”⁷

7 As sociedades primitivas no Brasil também se regeram por princípios semelhantes aos vigentes em outros povos de cultura em estágio igual. As sanções eram inexoráveis, conforme conclusão a que chegou JOÃO BERNARDINO GONZAGA: “Outro fator de salvaguarda social, pelo seu poder intimidativo, era sem dúvida a inexorabilidade e a prontidão

5. *Temas de História Penal*, op. cit., p. 69.

6. *Summa Theol.*, quaestio XCII, art. 2.

7. *Diritto Penale Canonico*, in *Enciclopedia del Diritto Penale Italiano*, a cura di ENRICO PESSINA, S.E. Lib., Milano, 1905, vol. 1.º, p. 617 e 618.

com que se reagia energicamente contra atos lesivos, de tal sorte que era tido como segura a vingança da vítima ou de terceiros a esta ligados, inclusive inúmeras vezes com a colaboração da própria família do autor da ofensa.”⁸

O mesmo autor informa que entre os selvagens brasileiros foi conhecida a forma talional, limitada a reação do ofendido através da vingança do sangue; também a composição, primeiramente sob a forma de acordo entre famílias e, mais tarde, com o caráter indenizatório, aplicou-se no Direito penal indígena. As penas corporais foram comumente empregadas, embora não se tenha notícia de métodos torturantes. A pena de morte era executada através do uso do tacape, recorrendo também a venenos, sepultamento de pessoas vivas, especialmente crianças, e enforcamento. Menciona, ainda, como forma de execução capital o afogamento. A pena de açoites é também referida, mas a privação da liberdade somente existia como forma de prisão semelhante à atual “prisão processual”, destinando-se à detenção de inimigos, em seguida à captura, ou como recolhimento que antecipava a execução da morte.⁹

8. O Renascimento renovou o espírito e criou condições para o resurgimento científico e filosófico, desde a metade do século XV até igual período do século XVII, preparando o terreno para o *Aufklärung*, quando o teologismo tende a deixar de ser influente nas especulações, abrindo assim caminho para a renovação das idéias penais. Mostra GIOVANNI LOMBARDI que a pena passou a ser entendida mais decididamente como *útil* e *defensiva*, dado o seu valor *preventivo* e *intimidativo*.¹⁰

CESARE BECCARIA, resumindo o pensamento dos autores dos anos Setecentos, publica o seu notável livro *Dei delitti e delle pene*, conceituando a pena e qualificando-a como reveladora de “motivi sensibili che continuamente si affacciano alla mente per controbilanciare le impressioni delle passioni”, enquanto que o seu fim seria “impedire al reo di commettere un altro delitto e tenere lontani gli altri dall’imitazione.” Permanecia o caráter expiatório, retributivo da pena, mas já se destacava igualmente o seu fim utilitário.

8. *O Direito Penal Indígena, à Época do Descobrimento do Brasil*, Max Limonad Ed., São Paulo, 1971, p. 53.

9. *Op. cit.*, p. 125 e seguintes.

10. *Sociologia Criminale*, Jovene, Napoli, 1944, p. 418 e seguintes.

Os séculos XVIII e XIX assistiram ao progresso das idéias liberais, plantadas pelo Iluminismo e regadas com o sangue derramado nas Revoluções Norte-Americana e Francesa, culminando pela queda dos reinos absolutistas. Floresceu, então, a Escola Clássica, a partir dos ensinamentos de FILANGIERI e ROMAGNOSI, e com o destaque do monumental pensamento de CARMIGNANI, seguido de perto pelo genial CARRARA. A pena era conceituada como “controspinta alla spinta criminosa” Punia-se o erro cometido “quia peccavit”, e o castigo era sempre o mesmo, para cada crime, sem considerações relativas à individualização. Entre os ditames dessa Escola está aquele que assinala ser a pena destinada a restabelecer a ordem pública alterada pelo delito e tem o caráter de um mal, equivalente ao que o delinqüente causou, limitada pela equidade, atendendo às necessidades, razão pela qual deve ser proporcionada ao crime, certa e definida, segura e justa. Pena adequada ao crime cometido e não ao seu autor.

Fácil perceber-se o grave equívoco em que incorreram os adeptos dessa corrente, sem embargo do respeito que nos merecem seus ilustres nomes.

A Escola Neo-clássica da Revolução Francesa subtraiu os loucos e os menores do ról dos puníveis, chamando a atenção para o problema da responsabilidade.

A Escola Positiva, empunhando a bandeira, negou validade até ao ato delituoso, reconhecendo nele, apenas, um fenômeno contra o qual deveriam ser tomadas providências para a proteção da sociedade. A pena não seria, jamais, encarada como castigo, embora a segregação do delinqüente fôsse uma consequência forçada, decorrente do reconhecimento da sua periculosidade.

A propósito, escreveu J. AURELIANO CORRÊA DE ARAÚJO: “Assim, abriu-se um novo período, que se denominou científico, contrário às concepções do direito penal clássico, procurando outros meios de combater a delinqüência, mediante o estudo científico de seus múltiplos fatores. Surgiram, então, as ciências penais, destinadas ao estudo do criminoso, de seus caracteres antropológicos, do delito e de suas causas, como fenômeno natural e social, instituindo as medidas repressivas e, especialmente, preventivas destinadas à defesa social. A pena, segundo essa nova orientação, visa a defesa da sociedade e se efetiva ora como meio de correção, ora de eliminação do criminoso. É, por outro lado, uma reação

da sociedade contra os que lhe são nocivos, reação que se efetiva conforme o grau de periculosidade que o indivíduo possa oferecer à coletividade civil.”¹¹

Este modo de conceituar a pena qualificou-a não como um mal oposto ao delito, mas como uma oportunidade para combater a periculosidade revelada pelo agente. Ligaram seus nomes, de modo imorredouro, a essa Escola, LOMBROSO, FERRI, GAROFALO, FLORIÁN e GRISIGNI.

As chamadas Escolas Intermediárias, entre as quais se conta a “Terza Scuola” italiana, liderada por ALIMENA e CARNEVALE, abrangem todos os graus do classicismo e do positivismo: a Escola Sociológica Alemã, cujos postulados básicos foram enunciados por VON LISZT, conferindo à pena um duplo papel de prevenção, geral e especial, e de retribuição; a Escola Sociológica Francesa, que teve em LACASSAGNE sua maior figura, e que muito se aproximou das tendências da Escola Socialista Italiana de COLAJANNI; a Escola da Política Criminal, que deu vida à União Internacional de Direito Penal, cujos corifeus foram VON LISZT, VAN HAMMEL e PRINS, e que teve agitada existência até 1914, fazendo realizar numerosos congressos internacionais; todas essas escolas, ou *movimentos*, contribuíram para a evolução do conceito da pena, em maior ou menor escala, e insuflaram a adoção de novas medidas e providências substitutivas das penas, sobretudo as de curta duração.

A Escola Técnico-Jurídica, chamada por UGO SPIRITO de “Concepção Técnico-Jurídico”,¹² nasceu de uma reação contra a intromissão excessiva, no campo da ciência penal, das ciências afins ou colaboradoras: filosofia, sociologia, antropologia, etc.

Seus principais postulados foram sintetizados por ARTURO ROCCO quando, aos 15 de janeiro de 1910, proferiu a aula inaugural dos cursos da Universidade de Sassari. Não é essa a sede própria para analisar criticamente os seus fundamentos, mas cumpre destacar essa aversão extrema às indagações filosóficas e aos jusnaturalismo. MANZINI e MASSARI secundaram as críticas que, nesse sentido, ROCCO formulara, e defenderam a posição por ele firmada no sentido de que o único objeto da ciência do Direito Penal é o direito positivo.

11. *Etiologia e Teleologia da Pena*, Imp. Ind. Recife, 1937, p. 27

12. *Storia del Diritto Penale Italiano*, Ed. Fr. Bocca, Torino, 1932, 2.ª ed., p. 166.

Basta esta afirmativa para mostrar que a predominante preocupação dessa corrente centralizava-se na dogmática, apesar das concessões feitas à exegese e à crítica. A consequência foi salutar, a princípio, porque afastou o exagero das especulações estranhas à ciência penal. Mas, concentrada principalmente no estudo do direito legislado, exauriu-se numa repetição dos postulados clássicos e positivistas que tanto combatera. A pena foi concebida como uma *reação jurídica* contra o delito e consequência do mesmo, aplicando-se somente aos imputáveis. Admitindo, embora, a finalidade preventiva da sanção, enfatiza que o Direito Penal é essencialmente repressivo.

A Escola do Idealismo Atualístico, cujos expositores mais destacados foram GENTILE e o já citado UGO SPIRITO, enraizava-se nos assentos filosóficos de CROCCE. A pena era conceituada como meio de educação moral, por isso que os juizes e criminalistas deveriam comportar-se como educadores, visando, mediante a punição moral, a emenda e a cura do culpado. A pena seria aplicada através de um sistema que permitiria prorrogações até que o réu estivesse recuperado e apto a voltar à vida em sociedade.

A Escola Penal Humanista, que teve em VICENTE LANZA o seu mais importante representante, viu na pena, paralelamente à conceituação acima exposta, um meio fundamental de educação.

Deixando de lado — para não alongar muito este exame, que pretende ser superficial — outros movimentos surgidos na Alemanha e na Espanha, o que nos priva de satisfação de aludir às idéias de BINDING e DORADO MONTERO, especialmente, vamos passar para o momento atual. Liderada por MARC ANCEL, na França, e por FILIPPO GRAMMATICA, na Itália, toma vulto, atualmente, a chamada Escola do Néo-Defensismo Social, cujos postulados, em relação à pena, se destacam como uma reação ao Sistema unicamente retributivo. Segundo MARC ANCEL, a defesa social supõe, em primeiro lugar, uma concepção geral do sistema anti-criminal, a qual visa não a punir uma culpa e a sancionar, mediante o castigo, a violação consciente de uma norma legal, mas a *proteger a sociedade* das ações delituosas. A este propósito, diz o autor cujo pensamento transcrevemos, a defesa social engrossa a revolta positivista contra o Direito Penal clássico.

A defesa social — é sempre MARC ANCEL quem o afirma — pretende realizar esta proteção social com um complexo de provimentos, de

regras extrapenais, no sentido estrito da palavra; provimentos destinados a neutralizar o delinqüente, seja com a sua eliminação ou segregação, seja com a aplicação dos métodos terapêuticos ou educativos.

Divisa-se, aqui, com evidência as relações correntes entre as idéias de defesa social e a noção de *periculosidade*, tal como formulada, sobretudo, pela União Internacional de Direito Penal.

Vamos resumir, dada a importância que a posição desta Escola assume para as nossas conclusões, o tríptico objetivo da Defesa Social:

1 — a pena não tem somente caráter expiatório, mas interessa também para a proteção da sociedade;

2 — a pena, além de ser exemplar e retributiva, tem um escopo de melhoramento senão mesmo de uma reeducação do delinqüente;

3 — a justiça penal deve ter sempre presente a pessoa humana, além das simples exigências da técnica processual, a fim de que o tratamento penal seja sempre humano.

9. A análise crítica desta sucinta história da pena mostra, mesmo ao observador mais desprevenido, que, na medida em que a civilização evoluiu a pena se modificou, para melhor. O progresso cultural da humanidade foi acompanhado de um avanço no conhecimento do homem, acarretando um maior respeito para com ele. A pena acompanhou essa evolução.

É verdade que, até os fins do século passado, os castigos perduravam com a marca da violência e não era muito considerada a necessidade de tratamento do delinqüente. Todavia, há uma grande diferença entre a pena dos tempos *totêmicos* e a concepção penal da Escola do Néo-Defensismo Social. Esta conclusão permite indagar se já é chegado o tempo de uma nova compreensão e de um novo conceito da pena.

II. UM NOVO CONCEITO DE PENA.

1. À palavra *pena* é atribuída origem controversa, como advertem os autores. CORRÊA DE ARAÚJO comenta: “Alguns entendem que o vocábulo pena deriva-se do latim *Poena*, outros do grego *ponos*, que significa castigo, dor, suplício, etc. Segundo outros, ela provém da palavra

punya, do sânscrito, e significava purificação. Há igualmente quem suponha que proceda do verbo *punere* (pôr) e do substantivo *pondus* (peso) simbolizando assim a forma do processo no juízo criminal.”¹³

O exame precedente da história da pena nos mostrou as diversas maneiras de punir, de acordo com a variada concepção que os povos tiveram da pena. Concluimos que até o fim do século passado a pena tinha como escopo a retribuição e a prevenção. Portanto, em relação à pessoa do réu, tratava-se de castigo inflingido pelo mal praticado. Somente a partir dos ensinamentos da Escola Positiva, ressaltados alguns pronunciamentos isolados no passado, passou a admitir a função recuperatória da pena, como ocasião para tratamentos daqueles que se revelaram inadaptados à vida social.

Abolidos os castigos corporais e limitada a pena à pessoa do delinqüente, algumas inovações foram paulatinamente adotadas. Penas principais se tornaram somente o encarceramento e a multa. Ao lado destas, como sanções de marcante caráter individualizador, surgiram as penas acessórias, não restritivas da liberdade. E, supletivamente, as medidas de segurança, detentivas e não detentivas. Substitutivos penais foram introduzidos, visando a impedir o encarceramento do condenado a penas de curta duração. O *sursis*, a *probation*, a liberdade condicional, a fiança, o perdão judicial, figuram em quase todos os Códigos penais dos povos civilizados.

Mais recentemente, outras medidas foram introduzidas, para evitar a desnecessária manutenção do sentenciado no cárcere, entre elas se contando os presídios abertos, a prisão-albergue, a prisão-domiciliar.

A expressão — *periculosidade* — assumiu importância extraordinária. Em torno dela gira todo o sistema de aplicação da pena. Do grau de periculosidade do agente depende a fixação da pena pelo juiz, embora ainda não exista em nosso processo penal a obrigatoriedade do tão reclamado exame criminológico; funciona no entanto o princípio da individualização contido no art. 42 do Código penal vigente, baseado em fatores que ponderam, em última análise, a periculosidade do agente. Também depende da verificação da periculosidade, real ou presumida, a imposição de medida de segurança. A concessão do benefício da prisão aberta, da prisão albergue ou domiciliar, do livramento condicional, a renovação da medida de segurança, estão na dependência da periculosidade do sentenciado.

13. *Op. cit.*, p. 33 e 34.

Este é um aspecto também importante, cuja consideração será implicitamente feita quando enunciarmos o conceito de pena que temos em mente.

2. A pena aflitiva principal, hoje cominada, é a de encarceramento, considerando-se que a de morte vai desaparecendo das legislações, mesmo naqueles países que a reservavam para os delitos da máxima gravidade. A pena de morte tem caráter essencialmente retributivo, expiatório, e é incompatível com os postulados da atual ciência penal.

Já vimos que a pena de prisão, que substituiu praticamente todas as demais sanções, teve aplicação mais difundida a partir do século V da nossa era, aumentando sua frequência, por influência da Igreja, na Idade Média. Mas, como observa E. SUTHERLAND, “até mais ou menos a última parte do século treze, na Inglaterra e provavelmente um pouco mais tarde em alguns países continentais, a pena de prisão foi aplicada apenas para grupos muito restrito de criminosos. É, pois, um método relativamente moderno de lidar com os criminosos, bem que suas raízes remontam às mais antigas sociedades.”¹⁴

A casa de correção, para recolhimento de delinquentes, ou simplesmente de vadios que infestavam a cidade, foi estabelecida em Londres, em meados do século XVI. No Continente foi um pouco mais tardio o seu aparecimento, mas a utilização se desenvolveu rapidamente a partir do século XVII.

Podemos imaginar quão precárias eram as condições de vida dos encarcerados nessas prisões. Conta-se que em algumas delas os maus tratos eram a regra comum, recebendo os criminosos castigos físicos frequentes, por açoites, além de serem postos a ferros. A alimentação era pobre e as instalações sórdidas. As penas pioravam os encarcerados, principalmente as prostitutas e os mendigos, que se mesclavam com criminosos de elevada periculosidade.

Somente na última parte do século XVIII sentiu-se a necessidade de reforma das prisões, apesar de que os seus males já os havia denunciado GEOFFREI MYNSHAL, em 1618, com a publicação do livro *Certaine Characters an Essays of Prison and Prisoners*, escrito na prisão onde o autor fôra recolhido por motivo de dívidas. Coube, entretanto, a JOHN HOWARD o mérito de despertar a opinião pública da Inglaterra para o

14. *Op. cit.*, p. 384.

grave problema do estado das prisões e dos males que delas decorriam. Depois de visitar pessoalmente quase todos os cárceres ingleses, HOWARD escreveu o famoso livro *State of Prison in England*, publicado em 1777, levando ao Congresso projeto de reforma que foi o ponto de partida para o movimento humanizador das prisões e das condições de vida dos encarcerados.

A obra de JOHN HOWARD teve ardorosos continuadores, entre os quais não é lícito omitir o nome de Mrs. ELIZABETH FRY, espaiando-se para a França e a América do Norte, sendo que nesta última nação progrediram as idéias novas em breve tempo, dando causa à criação do sistema penitenciário conhecido como pensilvânico ou filadélfico, que preconizava o isolamento individual contínuo.

A partir daí desenvolveu-se o penitenciarismo, que hoje reivindica a condição de verdadeira ciência. Outros sistemas carcerários foram aparecendo, merecendo menção especial o inglês, o de Crofton, o continental, enriquecidos posteriormente por novas adições aconselhadas pela experiência.

3. Também no caso da pena de prisão notamos uma evolução, no sentido de sua humanização, como que a indicar a meta final, que deverá ser encontrada pela ciência penal dos nossos dias. Nessa tarefa o penalista tem, mais do que o direito, a obrigação de não se omitir, porque é sua responsabilidade a questão do conceito da pena, e dele decorrem todos corolários.

No passado o criminoso era eliminado pela reação coletiva ou individual, esta última como consequência de uma imposição do próprio grupo. E a execução atingia também os seus bens e se estendia a outras pessoas do núcleo familiar. Paulatinamente, foi sendo limitada a punição à pessoa do infrator, sem nenhuma preocupação, entretanto, com a sua recuperação. O passo mais importante foi dado quando se adotou o critério da proporcionalidade, a que se seguiu, como decorrência, o princípio da individualização.

Firmada como sanção principal, passou a pena de prisão, nestes dois últimos séculos, por transformações que a modificaram inteiramente.

Hoje, decididamente, são reconhecidos os males insanáveis agregados à rotina da execução desse tipo de sanção. Conhecemos o suficiente

para saber que a prisão, em si mesma, não é apta para reformar o homem, podendo apenas servir como um meio de segregá-lo do convívio social, para o efeito de ser submetido a um tratamento adequado.

O crime é, seguramente, manifestação de desajustamento do seu autor às normas de comportamento estabelecidas e aprovadas pelo grupo social. Várias são as causas desse desajustamento. Mas, acreditamos, todas elas removíveis.

Destas considerações surge, como corolário inafastável, a conclusão de que a pena não deve ser considerada, no atual estágio da ciência penal, como castigo, devendo ser eliminado do seu conteúdo qualquer colorido de retribuição.

Pronunciamentos recentes, de âmbito nacional, reafirmaram o entendimento de que é preciso adotar uma nova filosofia penológica, pelo menos para encaminhar uma solução para o problema carcerário no Brasil. Assim é que a chamada *Moção de Nova Friburgo*, aprovada por unanimidade no "I Encontro Nacional de Secretários da Justiça e Presidentes de Conselhos Penitenciários", realizado em março de 1971, indicava a necessidade de encontrar-se um caminho que conduzisse à redução das penas de prisão.

Mais recentemente, os membros do Ministério Público de todo o Brasil, reunidos no IV Congresso Fluminense do Ministério Público, aprovaram por unanimidade, no dia 7 de julho de 1972, moção de que destacamos o seguinte tópico: "alertam as patrióticas autoridades nacionais de que continuando o Código Penal de 1969, como foi publicado, com a mesma filosofia penológica do estatuto de 1940, ainda em vigor, não haverá qualquer possibilidade realística da solução do problema carcerário no País, cuja falência é unanimemente reconhecida."

E o IV Encontro Nacional dos Delegados de Polícia do Brasil, realizado na cidade de Pelotas, Rio Grande do Sul, aprovou, também por unanimidade, no dia 23 de julho de 1972, moção em que foram fixados vários pontos. O item 4.º desse documento está assim concebido: "Tal a gravidade do problema carcerário no Brasil, que as anunciadas e tão necessárias Penitenciárias Regionais que serão construídas, em território nacional, apenas absorverão o atual excesso de população carcerária. Preconiza-se, assim, uma nova filosofia penológica, de modo que os presídios de segurança máxima, exclusivamente se destinem aos condenados que apresentem periculosidade e cujo afastamento se torne indispensável à tranquilidade da sociedade."

Já estamos em condições de aceitar esta verdade. É chegado o momento de reconhecer que o castigo, tal como tradicionalmente concebido e praticado, não tem o mérito de fazer desaparecer o comportamento criminoso.

Esta seria uma oportunidade magnífica, quando reformamos o Código Penal, para avançarmos muitos anos, colocando-nos na primeira linha dos povos civilizados. No entanto, o texto do Código Penal de 1969 foi tímido e insistiu na mesma filosofia que conceitua a pena como um castigo, um mal com que se retribui o mal do crime.

Se nos detivermos um momento para refletir, concluiremos que paramos no tempo, comportando-nos como conservadores, depositários de conceitos arcaicos, que não mais se justificam.

É preciso ter coragem e retirar da pena os seus traços de primitivo paralelismo com a vingança coletiva, limpando-a também do ramo sacral, que tanta voga teve na Idade Média, com a marca expiatória. Deveríamos não nos apegar à idéia da pena como castigo. O binômio *crime-castigo* não tem mais lugar em nossa civilização.

Entristeceu-nos constatar que o legislador de 1969, como consta da Exposição de Motivos do Código Penal, procurou “ajustar a nossa legislação penal às exigências fundamentais de um Direito Penal da Culpa”, ainda que com o principal objetivo de afastar a responsabilidade objetiva. As expressões *Penal* e *Culpa* soam aos nossos ouvidos como um dobre fúnebre, vindo da época medieval, ecoando como gritos de sofrimento dos réprobos torturados nas masmorras dos senhores feudais.

A palavra *culpabilidade*, mesmo quando empregada em sentido técnico, deveria ser abolida da doutrina e, em seu lugar, entronizada a expressão *reprovabilidade social*, em função da responsabilidade individual do imputável.

O crime é uma doença social e o criminoso é um doente. Portanto, a sociedade tem o direito e até mesmo o dever de se defender dos atentados contra bens e interesses legitimamente tutelados. Mas a palavra *pena* precisa ser abandonada, adotando-se em seu posto, a expressão *medida de defesa social*, ou outra equivalente, a fim de afastar-se qualquer conotação de castigo.

O Direito Penal passaria a ser, por exemplo, *Direito de Defesa Social* e o Código Penal se denominaria *Código de Defesa Social*. Esta simples mudança do conceito filosófico da pena, que não foi levada aos seus

últimos termos pela Escola do Néo-Defensismo Social, modificaria todo o quadro, contribuindo decisivamente para a tarefa de recuperação do delinqüente. Considerado como doente, já não haveria glória nem ufanismo em comportar-se como criminoso. O doente não colhe a admiração do grupo a que pertence. Os presídios deixariam de ser prisões, convertendo-se em casas de tratamento.

Não há razão, portanto, para insistirmos nessa ótica equívocada, que teima em ver na pena uma necessária retribuição ao mal praticado. Não advogamos a abolição da prisão, mas, se há alguma finalidade correta para a sua existência, está é, sem dúvida, o encarceramento do delinqüente perigoso, com o objetivo de tratá-lo.

A espantosa freqüência da reincidência, provada em todas as estatísticas, demonstra que o puro e simples cumprimento da pena de prisão não resulta em reforma interior do homem e não elimina a motivação do comportamento criminoso, a não ser em casos lamentavelmente pouco numerosos.

Outra observação deve ser feita: é notável a circunstância de que algumas recuperações, constatadas em delinqüentes encarcerados, resultam da influência da adoção de algum credo religioso, pelo sentenciado até então descrente.

Estas constatações indicam a conclusão de que é possível, mediante um tratamento apropriado, alcançar a reforma do homem que delinqüiu. A prisão, portanto, deveria ser reservada para recolher sentenciados portadores de acentuada periculosidade. Os de escassa ou nenhuma periculosidade, permaneceriam nos regimes de prisão-albergue, prisão-domiciliar, ou em liberdade fiscalizada, com obrigações.

4. Com o objetivo de contribuir praticamente para a adoção desse sistema, participamos de uma Comissão, integrada pelos ilustres juristas JOSÉ LUIZ V. DE AZEVEDO FRANCESCHINI, JOSÉ RUBENS PRESTES BARRA, FRANCISCO PAPATERRA LIMONGI NETO e ANTONIO CARLOS PENTEADO DE MORAES, cujos trabalhos culminaram com a elaboração de um Anteprojeto, oferecido ao Exmo. Senhor Ministro da Justiça, Professor ALFREDO BUZUID, como sugestão para substituir o Título V — *Das Penas* —, da Parte Geral do Código Penal de 1969.

As principais inovações seriam estas:

I. Abolição da distinção entre as penas de reclusão e detenção, porque na prática são executadas sem rigorosa observância das características de uma e de outra.

II. O recolhimento em prisão fechada seria reservado para os sentenciados considerados de acentuada periculosidade. Com isso haveria um desafogo dos presídios cerrados, hoje superlotados. No Estado de São Paulo, em fins de 1969, havia, em números redondos, 12.000 presos para 7.000 vagas, e 41.965 mandados de prisão por cumprir. A Penitenciária de Avaré, capaz de recolher 450 presidiários, custou aos cofres públicos cerca de Cr\$ 16.000.000,00 (dezesesseis milhões de cruzeiros), sendo que a sua manutenção demanda mensalmente o dispêndio de aproximadamente Cr\$ 1.000.000,00 (um milhão de cruzeiros). Ora, para recolher os condenados, cujos mandados de prisão se encontram pendentes, e que hoje se aproximam de 50.000, seria necessário construir, só no Estado de São Paulo, mais de cem penitenciárias iguais à de Avaré, despesa insuportável pelo mais otimista dos orçamentos.

III. Os condenados considerados como de escassa ou de nenhuma periculosidade, ficariam submetidos a regimes menos severos, evitando-se o seu contacto com os perigosos.

IV A definição provisória do grau de periculosidade seria feita pelo juiz da sentença, podendo ser alterada na fase da execução, transferindo-se para estabelecimento penal aberto o sentenciado que não tivesse confirmada essa definição, e encerrado em estabelecimento fechado aquele que, após a sentença, demonstrasse acentuar-se a periculosidade.

V Os doentes mentais, se as condições o permitissem, poderiam ser internados em hospitais particulares.

VI. A interdição de direito, atualmente pena acessória, seria erigida à condição de pena principal, aplicada isoladamente, com o que se evitariam penas detentivas de curta duração e se atingiria com maior rigor o objetivo de reforçar negativamente a conduta do sentenciado.

VII. A pena de multa seria mantida, tendo por base o salário-mínimo ou, excepcionalmente, o salário-renda.

VIII. A suspensão condicional da pena ficaria estreitamente ligada ao grau de periculosidade do agente. Considerado de nenhuma periculosidade, o sentenciado receberia o benefício sem condições especiais. Se escassa sua periculosidade, haveria um regime de prova, mediante imposição de condições fixadas na lei, podendo o juiz, entretanto, estipular outras adequadas ou alterar as estabelecidas. Adotada esta sistemática, ficaria plantada a semente da *probation*, que tão bons frutos tem dado em outros países. A suspensão condicional poderia ser concedida mais de uma vez, respeitado sempre o grau de periculosidade. Enquanto não fôsse possível a implantação da *probation*, utilizar-se-ia, através do emprego da prisão-albergue e da prisão-domiciliar, solução vicariante.

IX. O livramento condicional ficaria igualmente ligado ao critério do grau de periculosidade.

X. As medidas de segurança aplicáveis aos imputáveis seriam mantidas, seguindo o mesmo critério da periculosidade, mediante algumas alterações constantes do texto do Anteprojeto. A desinternação seria sempre condicional, restabelecendo-se a situação anterior se o sentenciado, antes do decurso de um ano, praticasse fato indicativo da persistência da periculosidade.

Estes os dez pontos principais da reforma proposta, visando retirar da pena o caráter punitivo, retaliatório, retributivo, para encará-la, sob uma nova perspectiva ética, como oportunidade para transformar o delinqüente em um homem novo.

A humanização da pena, quanto à forma de execução, tem sido preocupação dominante dos especialistas, revelando um notável progresso. Mas, não foi atingido o ponto ideal. Devemos pensar, sem temor às críticas, que a pena não é castigo e que a segregação, quando assim o reclame a periculosidade do agente, servirá para a sua reforma, fazendo-o renascer como um homem preparado para a vida em sociedade, capaz de se aceitar e de assumir a responsabilidade decorrente do fato de viver em uma coletividade.

A respeito desse objetivo nos ocuparemos em seguida, formulando alguns conceitos e sugestões.

III. *ESBOÇO DE UMA TEORIA.*

1. A relação crime-sociedade é realmente complexa. Várias são as facetas desse relacionamento, todas importantes, como as componentes de um poliedro. Costumes, crenças, necessidades sócio-econômicas, postulados éticos, estabelecem determinadas escalas de valores em uma sociedade. Cabe ao legislador penal definir os fatos carentes da proteção mais enérgica conferida pela sanção própria do Direito penal. Este trabalho legislativo é informado, na fase pré-legislativa, pelas pesquisas e análises elaboradas nos diversos campos das ciências colaboradoras.

Promulgada a lei, um conjunto de fatores, endógenos e exógenos, fará com que alguns homens a transgridam, pelo que serão processados, julgados e condenados ou absolvidos. Os condenados receberão uma pena, fixada de acordo com os critérios legais e, uma vez tornada definitiva, iniciarão o seu cumprimento, em presídio fechado, se não fôr o caso de suspensão condicional ou de perdão judicial.

Cumprida a pena e descontada a medida de segurança eventualmente imposta, o sentenciado será devolvido à liberdade, presumindo-se a sua recuperação.

2. Este esquema, reduzido à expressão mais simples, dá a idéia do que comumente acontece na justiça penal, olhado, entretanto, do lado do observador. Se nos colocarmos na posição do homem que delinqüiu, veremos que as coisas não se passam assim. Geralmente foi um menor abandonado, moral e materialmente, ou ambas as coisas, tornando-se jovem transviado, praticando pequenas infrações, com ou sem punição na esfera da justiça especial. Nessa transição da adolescência para a idade adulta, instalara-se o desajustamento. Preso, em virtude da condenação, foi recolhido em estabelecimento penal fechado, recebendo a pena como um castigo. Na prisão lhe impuseram condicionamento inadequado à vida social, no ambiente deletério e asfixiante que existe atrás das grades, contagiado por marginais perigosos e robustecendo errada formação ética.

O cumprimento da pena não teve o condão de mudá-lo. Devolvido à sociedade, não estava apto para nela viver dignamente. Reincidiu no crime e voltou para a prisão, num círculo vicioso. Apesar dos esforços feitos para mudar o esquema aqui descrito, e que são dignos de aplausos, parece que ainda não se atingiu o cerne da questão.

Deixando de lado os importantes momentos que constituem a fase pré-delitiva e a que se segue ao cumprimento da pena, para não fugirmos à finalidade deste trabalho, vamos nos concentrar somente na fase da execução da pena em prisão fechada.

3. A primeira indagação que nos vem à mente é esta: porque este homem infringiu a lei penal? Porque fez alguma coisa que muitos homens não fazem? Esta indagação não pode ser respondida com simplicidade. O homem age segundo a razão e o faz finalisticamente. Esta afirmação, que nos vem de ARISTÓTELES, ainda não sofreu contestação séria embora algumas doutrinas psicanalíticas sustentem ser grande a influência dinâmica do inconsciente.

Ora, se assim é, devemos concluir que o delinqüente também age sob a influência de motivos que indicam, como desejável, para ele, a finalidade almejada. Claro está que, para pensar e agir assim, esse homem teve antecedentes pessoais e ambientais que o levaram a isso.

Insistamos em grifar que não é nosso propósito afirmar que o crime é o resultado de apenas uma, ou somente de algumas causas. Mas, analisando-se a média alta dos delinqüentes, constatamos que eles estão em oposição aos valores e às normas que regem a sociedade em que vivem. Esta afirmativa é axiomática e, por isso mesmo, constitui um ponto seguro de partida para o desenvolvimento da nossa teoria. Aliás, esta teoria não é inteiramente nova, pois nada há de novo sob o sol. Trata-se de um desdobramento das idéias da Escola Penal Humanista e da Escola do Néo-Defensivo Social, com variações necessárias para adaptá-las à realidade atual e levá-las às últimas conseqüências.

Se o delinqüente é regido por valores e normas diversos, a sua reconciliação com a sociedade somente será possível a partir do momento em que puder modificar suas convicções, substituindo-as por outras compatíveis com a vida em sociedade.

A segunda evidência que estabelecemos é esta: o comportamento do delinqüente é a resposta dada pela *sua pessoa*, conforme as normas e os valores que o regem, porque age finalisticamente, conforme suas convicções.

A Dra. HIDA MARCHIORI, doutora em psicologia e psicóloga do Centro Penitenciário do Estado do México, em artigo intitulado *El ladrón: su personalidad psicopática*, teceu interessantes considerações, que muito

se aproximam das que viemos de fazer: “O ladrão destrói ou lesa valores comuns à estrutura social convencional porque se acha submetido a certas normas e valores distintos da primeira. Para ele é legítima tal conduta porque sente que pertence a outro grupo identificado com outro modo de vida.” E, comparando-o com o neurótico: “Neste sentido, opina Fenichel, o escape para o crime é semelhante a qualquer atuação neurótica que serve para compensar intoleráveis tensões e conflitos. Seja a ameaça muito intensa ou o *eu* muito débil, a conduta delitativa se desenvolve como um sintoma.”¹⁵

A observação direta de vários casos, por nós acompanhados, nos autoriza a dizer que o crime é uma resultante do modo de ser íntimo do agente, uma resposta da sua pessoa às solicitações que recebe do mundo exterior, e uma projeção de seu *eu* no social, influenciada pela motivação interior. A mesma ilustrada autora citada assevera: “E quando um indivíduo com um *eu* não controlado se defronta com certos fatores econômicos e sociais, surge uma situação que, muito provavelmente, conduzirá a uma conduta delitativa.”¹⁶

Tentaríamos apenas uma correção: não se trata simplesmente de um “*eu* não controlado”, mas de um *eu* controlado diversamente dos demais, que se tornaram adequados a responder dentro dos padrões ético-sociais aprovados.

Se tomarmos o exemplo de um criminoso ocasional, poderemos falar em um *eu* débil, incapaz de resistir às solicitações dos fatores externos. Teremos, aí, o crime acidental, praticado por agente que não traz em si um elevado grau de periculosidade. A resposta inadequada terá sido um episódio isolado no conjunto da sua vida e a emenda pode ser obtida com maior facilidade.

Interessa-nos, no entanto, considerar o caso do delinqüente habitual, ou daquele que revela, no primeiro delito, grande periculosidade. A antinomia da vontade do agente, colocada frente à vontade da lei, resulta de uma conjurada série de fatores que se enfeixam em uma síntese final, a que daremos o nome de *complexo educacional*, tomada a expressão complexo como designativa de um conjunto interligado de fatores.

15. *Revista Mexicana de Prevención y Readaptación Social*, n.º 3, 1972, p. 49 e seguintes.

16. *Op. loc., cit.*

Computados os fatores de ordem biológica, determinantes do *soma*, e levados em conta outros que neste influam, teremos o sujeito colocado no ambiente que, pelas mais diversas interações, vai formar o seu *eu*. Todas as experiências, mesmo as que pareçam menos importantes, terão um significado para ele, gravando um repertório de respostas que se fixarão na medida em que servirem para a obtenção de resultados favoráveis no seu esforço de ambientação.

4. E. SUTHERLAND afirma, mesmo sem dar um valor preponderante ao fato, que “testes demonstraram quase universalmente que há um grande número de desvios da personalidade entre os delinquentes e criminosos.”¹⁷ Mas, um equívoco se inseriu na consideração deste fator, porque, segundo o mesmo autor, pensou-se que “sendo o crime comportamento anormal, o criminoso deve ser mentalmente anormal.”¹⁸

Ora, a anormalidade mental é expressão vaga e se presta a confusões. Embora o crime seja um comportamento anormal, nem por isso o criminoso será, necessariamente, portador de uma *mente anormal*, pelo menos no sentido rigorosamente científico.

A normalidade da mente não implica na exclusão de comportamentos criminosos, considerando-se a expressão *normalidade* não no sentido social, mas com a acepção fisio-psíquica. O criminoso não é necessariamente um psicopata, embora este seja freqüentemente capaz de praticar atos delituosos. A questão está radicada em outra área. Mesmo a mente normal, e isto é importante, poderá ser influenciada por outros fatores, integrantes do complexo educacional, levando o sujeito ao crime.

As personalidades psicopáticas (p.p.) podem ser identificadas, com maior ou menor trabalho, por um psiquiatra experimentado. Mas uma personalidade delinqüente nem sempre será descoberta antes que se manifeste através da prática do crime. O que é inquietante, portanto, é que a anormalidade do comportamento do delinqüente não está vinculada a uma mente necessariamente anormal. Somente a primeira parte da afirmativa é correta: o comportamento do delinqüente é, *objetivamente*, anormal.

A conclusão a que se chega, conseqüentemente, é outra. A pessoa do delinqüente, o seu *eu*, revelado pela prática do crime, deve ser reco-

17. *op. cit.*, p. 134.

18. *Idem*, p. 141.

nhecido como repositório de um repertório de respostas inadequadas socialmente, em razão da interação de fatores que integram o seu *complexo educacional*.

Parece-nos, portanto, que o caminho certo para a recuperação de um grande número de criminosos, hoje considerados perigosos sem regeneração, é a modificação do seu *eu*, através da extinção das respostas inadequadas e da instalação de um novo elenco de respostas socialmente aprovadas. Isto somente será conseguido por meio de um processo de *reeducação*.

5. A expressão *reeducação* pressupõe a existência de uma *educação* anterior. Todas as pessoas são educadas, mas nem sempre o são adequadamente. *Educar* significa, etimologicamente, *conduzir para fora* (*e* = partícula de extração — *ducare* = conduzir). Educar é, pois, desenvolver o *eu*, sem o acréscimo de qualquer conotação doutrinária ou proselitismo teórico. Nesse sentido é possível dizer-se que o criminoso também foi *educado*, embora seja socialmente reprovado o resultado dessa educação.

O processo de *reeducação*, portanto, deve corresponder à necessidade de se lidar com um *eu* educado de modo reprovável, mas que não pode ser negado na sua realidade existencial. E um novo repertório de respostas será instalado, substituindo o antigo, depois da extinção gradual deste.

Não notamos partido na disputa que travam os especialistas em matéria de educação. Mas é inegável que, qualquer que seja a escola ou a corrente a que se filie o observador, o sentido da expressão educar sugere o desenvolvimento da personalidade. PAULO FREIRE, em recente trabalho, afirmou: “Educar um homem significa libertá-lo de preconceitos e superstições, complexos e inibições, fanatismos, tendências fatalistas, incompreensão temerosa do mundo em que vive, desconfiança e passividade.”¹⁹

Esta definição se ajusta perfeitamente ao nosso objetivo de sintetizar o processo de *reeducação*, que atenderá à finalidade de modificar-se a personalidade de um homem que, justamente por erro de educação, ou falta de educação adequada, se tornou presa de preconceitos, superstições, complexos, inibições, fanatismos e, sobretudo, de incompreensão temerosa do mundo em que vive, desconfiança e passividade.

19. *Educação como prática da liberdade*, Paz e Terra, Rio, 1967.

Estatísticas revelam que o maior índice de criminalidade se encontra entre os indivíduos de insuficiente ou deficiente instrução, carentes de maior instrumentalidade para se educarem. SUTHERLAND aponta dados que demonstram a percentagem de 74,2% de delinquentes analfabetos ou de instrução primária, contra 14,3% dos que cursaram a Universidade, tomando como campo de análise “100 000 habitantes de vinte e um anos e mais e do mesmo “status” educacional.”²⁰ As consultas feitas em outras fontes, inclusive uma estatística que orientamos no Tribunal de Alçada de São Paulo, publicada em julho de 1965, apresentaram índices semelhantes, sendo que esta última citada acusou 86,0% de criminosos analfabetos ou com instrução primária. Do total de 2 077 delinquentes pesquisados, somente 283 tinham instrução acima do grau primário.

Estamos diante desta realidade: um grande número de delinquentes habituais, ou perigosos, que precisam ser fechados em presídios, são portadores de personalidades desajustadas, que necessitam de tratamento para recuperação ou reeducação. Até aqui, parece, estamos todos de acordo. A dificuldade começa quando se trata de saber qual o tipo de tratamento.

O receio que suscita a manifestação da opinião pública, inclinada a desconfiar de todos os métodos que signifiquem aparente benignidade no tratamento do delinquentes; a comprovação de que, a todo o período de humanização da pena se segue, como observou CUELLO CALÓN, um recrudescimento da criminalidade; a responsabilidade que pesa sobre os ombros do legislador penal, temeroso de se comportar como o aprendiz de feiticeiro e iniciar uma experiência cujo processo seja uma incógnita capaz de desencadear uma reação incontrolável e desastrosa; a divergência dos especialistas, quanto aos métodos e as irreconciliáveis disputas entre as escolas e correntes doutrinárias; tudo isto dificulta o primeiro e decisivo passo em direção a uma reformulação total do sistema, mas são apenas argumentos *ad terrorem*.

A opinião pública já está sendo atingida por impactos que abalam as atitudes conservadoras. Exemplo disso é um tópico extraído de artigo publicado recentemente em uma revista popular brasileira, e assinado por A. FANZERES: “A Psiquiatria é, hoje, uma poderosa arma de combate ao crime. Atualmente, o criminoso já não é tratado como uma fera, um ser “marcado” A maioria das pessoas sabe que grande parte dos delinquentes é vítima de lesões cerebrais, defeitos genéticos ou má formação

20. *Op. cit.*, p. 227.

na infância, causada por traumatismo psicológico. Com exceção dos casos das psicopatologias (que necessitam de isolamento), o criminoso deve ser visto como pessoa que tem direito a uma terapia de recuperação.”

Esta é a opinião inteligente e atual de um leigo, suponho, em matéria penal e penitenciária, que coincide fundamentalmente com o pensamento de um jús-filósofo de notável valor GIUSEPPINO FERRUCIO FALCHI, que defendeu o humanismo penal, ressaltando a finalidade ética da pena: “Va posta anche in rilievo la importanza che, al lume umanista, assume l'esecuzione penale. L'umanesimo ha qui liberato il campo dai molti assurdi e dalle molte nequizie che da secoli si erano perpetuati e accumulati. Ha decisamente fondato la prassi penitenziaria sopra le esigenze piú alte della educativitá. Ha posto come cardine l'uomo quale fine in sè, ha affermato il riconoscimento della dignitá e personalitá umane, ha posto l'educazione penale quale promovimento di valori spirituali e annullamento di determinazioni inferiore.”²¹

A última frase transcrita, bem como a parte final da anterior citação, trazem luz à questão. O leigo diz “o criminoso tem o direito a uma terapia de recuperação” O filósofo sustenta que a educação penal deve ser vista como uma promoção de valores espirituais e anulações de determinações inferiores. Assim sendo, não há razão para temores, quanto à reação da opinião pública.

Também não nos deve deter o receio de que a adoção de uma nova terapia, no âmbito dos estabelecimentos penais fechados, possa causar reflexos no aumento da criminalidade. Não havendo transigência quanto à segregação dos delinquentes perigosos, nenhum motivo existe para se supor que o sistema repressivo haja enfraquecido. Ademais, o novo método de aplicar as sanções, em sí mesmo, não é novo, pois tem sido aplicado, com sucesso, em diversos países.

A responsabilidade do legislador é grande, porque, no final das contas, dele depende a autorização para que se inove no campo penal e penitenciário. Todavia, após estudo metuculoso do problema, pensamos que não corre ele o risco de se comportar como o aprendiz de feiticeiro, cujo erro foi o de se assenhorear de uma parte apenas da fórmula mágica. A adoção de uma nova filosofia, quanto à pena, será o fruto maduro de meditação e reflexões, auxiliadas pelos conselhos dos especialistas capazes de um prognóstico correto do resultado.

21. *Filosofia del Diritto Penale*, R.Z. Ed., Padova, 1936, p. 169.

Resta a última e não menos importante objeção. Esta realmente é séria. A disputa entre os doutrinadores, as preferências por esta ou por aquela corrente, as distâncias que separam as escolas, tornam realmente difícil a solução. Mas, acreditamos, será também encontrado um ponto comum.

O que é certo é que o criminoso deve ser tratado, durante o tempo necessário, para que seja extinto o seu comportamento anterior e instalado um novo, através de processo que permita uma profunda transformação, trazendo à tona um novo homem, que se aceite como tal, e que assuma a responsabilidade de viver livre na sociedade à qual será devolvido, respeitando os valores e normas por ela estabelecidos.

Como conseguir este ideal, sem ceder razão às objeções práticas, sempre opostas, entre as quais se inclui a de que o Estado não dispõe de recursos orçamentários para fazer frente às despesas que demandaria tão ambicioso projeto?

IV. UMA HIPÓTESE DE TRABALHO.

1. Duas providências devem ser tomadas, principalmente, para encaminhar a solução do problema aqui focalizado: reeducação do delinqüente recolhido à prisão fechada. A primeira seria desafogar os estabelecimentos fechados, hoje superlotados, reservando suas vagas exclusivamente para o recolhimento de criminosos de acentuada periculosidade. A segunda, seria ministrar a estes delinqüentes o tratamento adequado à recuperação.

Os delinqüentes de escassa ou nenhuma periculosidade seriam recolhidos às prisões albergue ou domiciliar, ou simplesmente ficariam em liberdade fiscalizada, com obrigações, possibilitando a primeira providência. Pensamos que a legislação ordinária poderia autorizar a medida. A experiência obtida em outros países é garantida suficiente de seu acerto.

Ainda recentemente, uma das conclusões do IV Congresso das Nações Unidas, sobre *Prevenção contra o crime e tratamento do criminoso*, realizado em Kioto, Japão, no mês de agosto de 1970, deixou assentado que, “nos últimos vinte anos, em muitos países, havia uma tendência, cada vez maior, de impor penas de multas e menos penas de prisão, aumento da liberdade vigiada e da suspensão da condenação.”

Além dos informes internacionais, quanto aos benefícios do tratamento dos criminosos de escassa ou nenhuma periculosidade, em regime de semi-liberdade ou de liberdade fiscalizada, com obrigações, temos aqui mesmo, no Estado de São Paulo, exemplos marcantes. O Egrégio Conselho Superior da Magistratura de São Paulo, através de Provimientos, instituiu a prisão-albergue e a prisão-domicilar, com animadores resultados já constatados.

Estimulados por essas providências, magistrados tomaram a iniciativa de conferir novos tratamentos a sentenciados não perigosos. Em Campinas, o juiz WLADIMIR VALLER instituiu um Conselho Carcerário, presidido por uma senhora, Da. ELISA LOPES BITTENCOURT, destinado a trabalhar em favor da recuperação dos detentos. A prisão-albergue prosperou de tal maneira que, em agosto de 1971, foi alugado pelo Conselho um alojamento para 200 pessoas, nas proximidades da cadeia pública. Ao tempo em que o fato foi divulgado, 60 presos compareciam diariamente ao alojamento para dormir, “depois de passarem o dia exercendo várias atividades pelas quais recebem os salários correspondentes. Às 20,00 horas os albergados se recolhem e assinam o livro de ponto. Os que estudam podem chegar mais tarde. Às 6,00 horas da manhã saem para o trabalho.”²²

Em Baurú, o juiz THELMO E. BARTOLOMEU SILVA iniciou prática de igual alcance, autorizando a saída de detentos para estarem com suas famílias nas últimas festas de Natal. Dos 32 liberados, ao que estamos informados, somente um não regressou, enquanto que dois se justificaram pelo atraso, o que revela um alto índice de recuperação. Permitiu, também, o trabalho fora do presídio, e um detento cursa o 1.º ano da Faculdade de Direito local, à noite. Fôra condenado por furto de automóveis e travei conhecimento com ele após uma palestra que proferi naquela cidade, abordando exatamente o tema da reeducação dos criminosos. Dias depois recebi uma carta desse detento, da qual destaco este trecho: “Tenho feito o máximo para não decepcionar o Dr. Thelmo e o Dr. Sena — Diretor da Cadeia —, pois foram meus amigos, aliás verdadeiros amigos, pois estenderam-me a mão, depositando confiança em mim, e me proporcionando o que de mais alto poderia eu almejar em minha vida — e farei tudo para não desapontá-los. Durante o dia trabalho nos serviços burocráticos da Cadeia, o que vem a tornar a minha pena mais

22. *Tribuna da Justiça*, São Paulo, 5 de julho de 1972.

leve e não me deixando também na ociosidade, o que é muito importante — porque um dos maiores problemas do detento é a falta do que fazer, isto é, necessário o trabalho, pois torna-se o trabalho higiene mental para o encarcerado.”

E, finalizando: “E como a melhor maneira de reparar os erros do passado é melhorar o presente, estou aproveitando esta grande oportunidade que esse nobre Juiz me concedeu.”

Embora autorizado pelo missivista, omito o seu nome porque tenho a certeza de que se trata de um futuro bacharel, e a divulgação poderia eventualmente prejudicá-lo.

A experiência de Baurú também me pareceu um êxito, pois a percentagem de fugas, de acordo com o noticiado, não foi superior a outras ocorridas em idênticas circunstâncias, em diversos países. No México, por exemplo, segundo informa ANTONIO SANCHES GALINDO, diretor do Centro Penitenciário do México, houve experiência igual na fase preliberacional: “se han concedido 209 permisos de fin de semana, de los cuales siete han culminado en evasión y seis en infracción consistente em ingerir bebidas embriagantes.”²³

A média, portanto, é a mesma, ou seja, um detento em cada 32 fugiu, o que dá a encorajadora percentagem de 97% de aproveitamento, contra uma perda mínima de 3%. Vale dizer, o número dos sentenciados que aprenderam uma coisa nova, e importante, qual seja o respeito à palavra empenhada, a vitória de um novo princípio que os tornou dignos, cumprindo um compromisso de honra, compensa inteiramente o comportamento negativo de um só.

Diante destes exemplos, aos quais se poderia acrescentar outros de igual importância, é necessário insistir no acerto da primeira providência sugerida: reserva-se a prisão fechada para recolher somente os sentenciados portadores de acentuada periculosidade, sem temor ao suposto carrancismo da opinião pública, afastadas igualmente as impropriedades objeções dos conservadores ferrenhos.

2. Relativamente à segunda providência, é preciso que nos recordemos de que, reduzido o número dos reclusos, mais fácil será conferir-lhes tratamento adequado. Conforme já anotamos, o principal obstáculo

23. *El contexto penitenciário del Estado de México*, in *Revista Mexicana de Prevención y Readaptación Social*, mayo-junho de 1972, p. 5 e seguintes.

encontrado até agora, impedindo o tratamento psicológico reformador, é o seu elevado custo *per capita*. Mesmo sem ele, um preso custa mensalmente ao Estado cerca de Cr\$ 1.000,00 (um mil cruzeiros).

Desafogados os presídios, com menor população carcerária, e reduzido o custo operacional da recuperação dos delinquentes de escassa ou nenhuma periculosidade, será possível pensar-se em um método eficiente e relativamente pouco oneroso. Algumas barreiras devem ser vencidas. Em primeiro lugar, a sociedade se incomoda com o delinquente enquanto ele a incomoda. O aparelhamento repressivo é, por isso mesmo, indispensável e, ao lado das medidas de polícia preventiva, absorve grandes verbas orçamentárias. Depois de condenado, o criminoso é praticamente esquecido. Perdendo o *status civitatis*, não desperta a atenção das forças políticas. Em seu pról atuam somente alguns idealistas, ministros de credos religiosos, associações de caridade. Desnecessário acrescentar outros fatores negativos, como a falta de pessoal especializado, as dificuldades burocráticas e administrativas, enfim, o conjunto de conseqüências ligadas à atual filosofia penológica.

Por isso, é preciso encontrar um método de reeducação, que reúna essas duas condições que raramente andam juntas: eficiência e baixo custo. O trabalho dos psiquiatras é indispensável, claro, nos casos que exigem sua intervenção. Mas a psicoterapia individual ou em grupo é impraticável, pois exigiria um elevado número de médicos especialistas, com equipes de psicólogos, o que tornaria insuportável a despesa.

Qual a solução, se é que existe alguma?

A nossa hipótese de trabalho, que agora passaremos a expor, será considerada pelos doutos, no mínimo, como um atrevimento. Leigo na matéria, vou arar em seára alheia. Mas, é preferível acender uma vela do que amaldiçoar a escuridão. Portanto, correrei o risco, pedindo desde já excusas aos especialistas, no caso de serem improcedentes as considerações que farei.

3. Simples curiosidade intelectual nos levou a tomar conhecimentos dos métodos empregados pela Psicologia Experimental, ou *Behaviorismo Psicológico ou Científico*. A partir dos trabalhos de WATSON, que rejeitou o método introspectivo de observação, bem como dos estados mentais que requerem esse método para serem estudados, houve um notável progresso. Em substancioso artigo J. R. KANTOR, da Universidade de Chicago define: "Behaviorismo psicológico é a investigação de cam-

pos de ação que ocorrem na mesma moldura espaço temporal que os objetos de estudo investigados por qualquer uma das outras ciências, e, deste ponto de vista, seus dados são idênticos aos de outras ciências.”²⁴

Resumindo, tanto quanto possível, a posição do Interbehaviorismo, ou Behaviorismo de campo, o autor diz que ele “se preocupa com campos abrangíveis que incluem, além do organismo, os objetos estímulos e os múltiplos fatores físico-químicos, biológicos e sociais. O psicólogo não fica adstrito aos reflexos elementares nem é obrigado a construir suas interpretações tendo como modelos os reflexos.”

Esta posição científica nos pareceu adequada para tentativa no campo formado pelos delinqüentes adultos perigosos. Na prática, a Psicologia Experimental busca exatamente extinguir comportamentos indesejáveis, substituindo-os por outros, estimáveis. Através de reforços positivos ou negativos, e de punições oportunas, atinge-se o objetivo. As técnicas empregadas, e que, segundo me parece, podem ser aplicadas em numerosos sujeitos, ao mesmo tempo, recebem os nomes de modelagem, *fading* e atenuação do reforço, envolvendo mudança gradual.

Uma tradução do Capítulo 11 do livro *Elementary Principles of Behavior*²⁵ feita para os alunos do 2.º ano da Faculdade de Psicologia da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, oferece tópicos interessantes. Trata-se do episódio dos soldados norte-americanos, prisioneiros dos comunistas chineses, durante a guerra da Coréia, e que apresentaram notáveis mudanças de comportamento após algum tempo de recolhimento nos campos, passando a escrever artigos e a desenhar caricaturas ofensivas ao Presidente dos Estados Unidos e ao regime democrático. Essas produções foram divulgadas largamente pelos comunistas, com farta distribuição diária na Índia, no Paquistão, na Indonésia e na Síria, aparecendo igualmente nos jornais de campo, conforme reprodução de um deles no “New York Daily Worker”, intitulado *Toward Truth and Peace*. Assinava-o o soldado John Smith, U. S. Army.

Interrogado a respeito, na sua volta, ficou o autor surpreendido com a oportunidade mundial do artigo. E admitiu que o escrevera pessoalmente, sem qualquer coação, estimulado apenas pela idéia de que todos estavam escrevendo materiais como aquele, embora soubessem ser mentira, mas com isso ganhavam cigarros e pensavam não causar mal algum.

24. *Psychological Record*, 1968, 18, 151-156.

25. WHALEY, D.L. e MALLOT, R.W., Kalamazoo, *Behaviordelia*, 1970.

Houve, sem dúvida, um plano bem estabelecido para a sujeição de seres humanos, obtendo comportamento que, em outras circunstâncias, seriam impossíveis. A princípio as autoridades pensaram que esses soldados houvessem sofrido torturas digna do aplicadores chineses, ou, então, a “lavagem cerebral” por meios químicos, cirúrgicos ou com o emprego de drogas. Importantes médicos, psiquiatras e psicólogos foram ouvidos e expressaram diversas suposições. Entretanto, a verdade somente foi conhecida após o regresso dos prisioneiros, trocados em Pamujon. Grupos de psiquiatras militares e civis interrogaram minuciosamente os soldados e constataram que não haviam sido torturados ou cruelmente castigados, nem sofreram insuportáveis privações de alimentos ou pressões capazes de “quebrar-lhes” a moral.

Depois de ouvir os relatos desses prisioneiros, concluíram que haviam sido submetidos às técnicas da psicologia operante. Relatam os autores que “quase todas as mudanças comportamentais importantes foram produzidas com o uso de reforço na forma de cigarros, doces, ou privilégios. Estes reforços foram liberados quando os soldados emitiam comportamentos desejáveis.” E, prosseguem, “os reforços usados foram coisas simples, mas muito poderosas na medida em que foram combinadas com o emprego muito engenhoso de modelagem ou do método de aproximação sucessiva e com o uso de técnicas *fading*. Tornou muito evidente que as mudanças comportamentais ocorreram tão gradualmente e de uma maneira tão sutil que muitas das tropas americanas não se deram conta de que tinham mudado apreciavelmente, ou de que aquilo que estavam fazendo era desleal ou anti-americano.”

Chamou-nos a atenção, especialmente, uma frase dos autores: — “quando usada em conjunto com outros princípios, tais como modelagem e atenuação das conseqüências reforçadoras, as técnicas de *fading* são alentadoras *para problemas que atacam muitos seres humanos.*” (O grifo é nosso).

4. Apesar de um certo ceticismo entrevisto na opinião manifestada por MICHAEL ARGYLE, professor de Psicologia Social da Universidade de Oxford, quanto à terapia do comportamento, ²⁶ verificou-se que “os detentos de Borstal em regime de saída condicional tinham uma taxa de

26. *A Psicologia e os problemas sociais*, trad. de ALVARO CABRAL, Zahar, Ed., Rio, 1967.

êxito mais elevada do que os submetidos a reclusão permanente, em todos os níveis de fracasso esperado." Para certos tipos de personalidade é possível que o emprego das técnicas aludidas não resultem nos efeitos pretendidos. Mas, acrescentamos, enquanto que em outros países há preocupação com a recuperação de minorias, rebeldes a tratamentos gerais, entre nós ainda deve existir a preocupação de reeducar a maioria.

Se, na respeitável opinião dos autores, são válidas as técnicas aludidas para "problemas que atacam muitos seres humanos", devem servir, com as adaptações necessárias, para a mudança dos comportamentos reprovados.

Assalta-nos um temor de ordem ética: seria moralmente aprovado o emprego dessas técnicas que, no dizer dos próprios autores citados, "podem ser usadas para desvantagem de outros indivíduos e grupos", e tornar-se perigosos instrumentos em mãos inidôneas?

Seria lícito e eticamente aprovado o emprego dessas técnicas, que têm força para mudar "a maneira das pessoas pensarem — possivelmente privando-as da sua razão ou de seu poder de escolha e, conseqüentemente, da sua responsabilidade moral e legal"?

Pensamos que sim. Em primeiro lugar, porque como esclarecem os autores, o uso das técnicas pode ser feito, como no caso dos chineses, para fins menos nobres e reprováveis. Mas essas mesmas técnicas podem ser empregadas para "tornar as pessoas mais adultas, mais responsáveis, mais responsivas, membros mais cooperadores do grupo social." Portanto, o correto emprego dessas técnicas não incidiria em condenação moral ou legal. Em segundo lugar, não há razão para escrúpulos, porque a transformação de delinqüentes em pessoas adultas, responsáveis e cooperadoras do grupo social, é algo moralmente desejável, sem qualquer restrição, ainda que isso se obtenha através do emprego de meios que resultem na alteração das suas personalidades.

5. Caberia, finalmente, perguntar a respeito da eficiência e do custo dessas técnicas. Não estamos em condições de responder com autoridade. Já aludimos ao ceticismo de MICHAEL ARGYLE, especialista de valor. Mas, na verdade, não tivemos tempo suficiente para uma pesquisa no campo específico da criminalidade adulta, o que esperamos fazer em breve, contando com o apoio da Biblioteca do Tribunal de Alçada Criminal.

Para isso já solicitamos, por intermédio da sua Diretora, Da. Marieta Pestana Novack, referências e bibliografia aos mais adiantados centros de estudo norte-americanos.

Alguns dados, referidos pelos mesmos autores que até aqui acompanhamos, revelam o sucesso das experiências feitas pelo Dr. SCHWITZGEBEL no campo da delinqüência juvenil, conforme detalhada exposição das técnicas empregadas. No Capítulo 15 do mesmo livro, ²⁷ há referência aos trabalhos dos Drs. AYLLON e AZRIN, empregando o sistema conhecido como “economia dos vales” em pacientes psicóticas, conforme descrição feita no artigo *The measurement and reinforcement of behavior of psychotics* ²⁸.

Admitida, assim, a sua provável eficiência, pensamos que o custo do emprego das aludidas técnicas não seria exagerado, embora demandasse despesas um pouco superiores às que atualmente são feitas no vigente sistema penitenciário. Um novo mercado de trabalho seria aberto para os psicólogos recém-formados e os próprios estudantes dos últimos anos de Psicologia Experimental poderiam ser utilizados no campo. E, ao que parece, o número de especialistas seria bem menor do que os empregados em qualquer outro tipo de tratamento tradicional. O custo do projeto, portanto, estaria bem ao alcance dos orçamentos estaduais, com a ajuda, se necessária, do Governo Federal.

V CONCLUSÕES.

De tudo o que ficou exposto, podemos concluir, em síntese, que:

1.º A história da pena mostra a sua evolução, desde o castigo coletivo, geralmente cruel, fundado em motivos irracionais, até um castigo imposto pela autoridade, com caráter sacro, primeiro, e civil, depois.

2.º A partir do último quartel do século XIX a pena passou a ser considerada, além de retributiva, também recuperatória, enfatizando-se, progressivamente, a conotação da individualização.

27. *Elementary Principles of Behavior*, op. cit.

28. *J. exp. Anal. Behav.*, 1965, 8, 357-383.

3.º Hodiernamente, a pena deve ser entendida como um meio para a reeducação do delinqüente, cuja personalidade foi mal formada em decorrência de múltiplos fatores, entre os quais assume relevante importância o *complexo educacional*.

4.º Somente devem ser recolhidos a estabelecimentos penais fechados os delinqüentes de acentuada periculosidade, enquanto que os de escassa ou nenhuma periculosidade devem ser recuperados em regime de semi-liberdade ou de liberdade fiscalizada, com obrigações.

5.º Aos sentenciados recolhidos aos estabelecimentos penais fechados deverá ser ministrado tratamento de reeducação, visando sua recuperação para a vida em sociedade.

6.º Sugerimos às autoridades competentes a adoção de um sistema de penas que permita a execução de programa penitenciário finalisticamente dirigido a esses objetivos.

7.º Durante a execução das penas privativas da liberdade, o sentenciado será assistido por pessoal especializado e receberá tratamento adequado.

8.º Dadas as características dos métodos e técnicas empregadas pela Psicologia Experimental, propomos a sua adoção no tratamento dos delinqüentes, pelo menos durante um período determinado, a fim de provar, ou não, sua eficiência, visando a extinção dos comportamentos criminosos e a instalação de comportamentos socialmente aprovados.