

ALGUMAS CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS AO MOVIMENTO DA NOVA DEFESA SOCIAL

PAULO ROBERTO DA SILVA PASSOS

Juiz Titular do 4.º Tribunal do Júri — Penha de França

ESTE EXEMPLAR PERTENCE A BIBLIOTECA
INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Conforme a “lição” sempre atual de Heleno Claudio Fragoso:¹ “O sistema penal está hoje em crise. Põe-se em dúvida o efeito preventivo do sistema punitivo, e não é possível emendar o criminoso através da pena. Verifica-se que a prisão necessariamente avilta, deforma a personalidade e corrompe o condenado. O exame da administração da justiça criminal revelou que o sistema funciona de forma seletiva, profundamente injusta e opressiva. Há evidente incongruência entre as aparências do magistério punitivo e suas dramáticas realidades”.

Nesse universo de desencontros e decepções com a inoperância da política criminal com a inocuidade da pena visando a retomada do Direito Penal como fator determinante da proteção social, novas tendências penais, buscam eliminar o caráter metafísico da pena, visto que “o que legitima a sanção não é a irracional e insolúvel idéia de retribuição, mas a necessidade de defesa da sociedade”.² Ressaltam-se em tempos de agora os “Movimentos” da “política Criminal Alternativa” e da “Novíssima Defesa Social”.³

O primeiro dos “Movimentos”, de tendência marxista, segundo Alessandro Baratta em seu artigo “Criminologia Crítica e Política Penal Alternativa”,⁴ nascido do movimento rebelde estudantil de 1968, constituiu-se em um dos primeiros estudos sistemáticos de desenvolvimento da teoria criminológica sob o método dialético, aplicando categorias de materialismo histórico como esclarece Juarez Cirino dos Santos.⁵

Seus postulados, voltados para a diferença de classes, alicerçado no fato de que o “direito penal não é igualitário, nem protege o bem comum e também que sua aplicação não é isonômica”.⁶ São embora ideais são utópicos para o momento, não tendo despertado maior interesse nas legislações o que não objetivamos comentar neste estudo.

Não se pode dizer o mesmo da “Nova Defesa Social”, a qual principalmente em

como um programa técnico de modificações regulamentares, assim como um verdadeiro estado de espírito... no qual se reúnem as mais diversas tendências penais. Por isso, a Nova Defesa Social não deve ser tida como uma nova Escola, mas tão-somente como uma conjugação de aspirações humanista e democrática em matéria penal...”

4. “Criminologia Crítica e Política Penal Alternativa”, in *Revue Internationale de Droit Penal*, v. 499/43, 1978.

5. *Criminologia Radical*, p. 4, Ed. Forense, RJ, 1981.

6. João Marcello de Araújo Júnior, *Criminologia* ..., p. 169.

1. *Lições de Direito Penal*, p. 3, 10.ª ed., Forense, RJ, 1986.

2. *Lições*, p. 55.

3. Salienta João Marcello de Araújo Júnior (*Criminologia em conjunto* com Roberto Lyra, 2.ª ed., pp. 157 e ss, Ed. Forense, RJ, 1990), que “A Nova Defesa Social não se caracteriza

função do gênio pensador de Marc Ancel, se espalhou pelos diversos Sistemas do Direito Penal, provocando verdadeira revolução no interior do Código e abalando as Escolas então predominantes.

Por isso, embora de passagem, merece ligeiro estudo.

1. A nova defesa social

Iniciou-se o “Movimento” em 1945, com Fellipo Gramática, na Itália, sendo de início denominado “Movimento de Defesa Social”, o que mais tarde foi alterado para “Movimento da Nova Defesa Social” a fim de se fazer diferenciar do “Movimento” que existiu no começo deste século.

A criação do Centro Internacional de Estudo da Defesa Social em conjunto ao Instituto de Medicina Legal da Universidade de Gênova, a fundação, em 1947, da “Rivista di Diritto di difesa sociale”, depois “Revue de Défense Sociale”, e a realização, em San Remo, no mesmo ano do I Congresso Internacional da Defesa Social, foram os primeiros passos de uma caminhada firme que culminou com o nascimento ao findar o II Congresso da Société Internationale de Défense Sociale, (Liege — 1949).

Nesse período, o mais influente representante do Movimento continuou sendo Gramática, entretanto, suas idéias, devido a revolução que pregava chegando a preconizar a abolição do Direito Penal, não conseguiram ser implantadas.

As inovações de Gramática pregavam, em síntese, a abolição do crime; substituíam por “índices de anti-socialidade subjetiva” e seus “graus” a “rejeição”; enfocavam a responsabilidade relacionada ao crime, em vez de adotarem a “anti-socialidade”, relacionada aos “elementos subjetivos do autor”; por fim, substituíam a “pena proporcional ao delito” por “procedimentos de defesa social” adequados às exigências de cada

indivíduo”.⁷ Tais postulados causaram vivo debate dentro do próprio “Movimento”, fazendo com que aqueles atraídos pela filosofia penal esboçada por Gramática participassem, procurando amenizar os impactos das reformas radicais apregoadas pelo Movimento a fim de chegarem a um meio termo consentâneo com a realidade da vida em sociedade.

Assim, 9 anos depois, em 1954, aprovou-se um “Programa Minimum”⁸ relacionado ao Movimento, fazendo com que o mesmo perdesse em parte o sentido de seus primórdios.

Participaram como mentores desse Programa Marc Ancel, Herzog e Strahl, cabendo, a partir de então ao primeiro encarnar a figura do mais prestigiado representante do “Movimento”, passando sua obra, “La Defense Sociale Nouvelle”, a ser vista como verdadeiro guia das novas idéias do Movimento. O “Programa Mínimo”, dividido em quatro itens (“Princípios Fundamentais do Movimento”, “Princípios Fundamentais do Direito Criminal”, “Teoria do Direito Criminal” e “Programa do Desenvolvimento do Direito Criminal”, estabeleceu básica-

7. Assinala, Jean-Hervé Syr (*Punir et Rehabilitier*, p. 87, Ed. Economica, Paris, França, 1990), citando Gramática: La defense social identifie avec l'amélioration de l'individu c'est "la defense de la société ramenee à l'individu elle ne vise que l'amélioration du sujet Gramática rejette totalement le droit penal, plus particulièrement le notions d'antisocialité subjective, état qu'il convient de traiter au moyen de mesures de défense sociale et de prevenir par une politique générale du bien-être".

8. Conforme João Marcello de Araújo Júnior (*Criminologia*, pp. 157-158), o programa mínimo em sua versão original representou a vitória do pensamento moderado sobre as idéias extremadas de Gramática e seus seguidores, que pugnaram pela abolição do Direito Penal, que deveria ser substituído por meios não preventivos de garantia da ordem social.

mente os seguintes postulados ao “Movimento”.⁹

1. Luta contra a criminalidade com a preservação do “Direito Criminal”, recorrendo para isso todos os meios de ação (pré ou pós-criminosos), protegendo a sociedade e seus membros a fim de não ser vitimados pelos criminosos.

2. Garantia, pelo Direito Criminal, do respeito aos Direitos Humanos, preservando-se os princípios da liberdade e da legalidade, norteados-se a política criminal por concepções humanísticas.

3. Estudo atento e científico da realidade de modo a garantir ao Direito Criminal o abandono das doutrinas de ordem “metafísica”, coadunando-se, por outro lado, a Justiça Criminal com a consciência social, optando-se, quanto ao criminoso, por medidas de caráter corretivo e recuperativo.

4. Coordenação das medidas contempladas pelo Direito Penal, buscando a formação de um sistema unitário de reação contra o “fato delituoso”, tendo de outra parte, o cuidado de garantir ao preso, em seu tratamento, um caráter continuativo, cujas fases sucessivas conceder-se-ão segundo o espírito da defesa social. Como decorrência das alterações ocorridas na sociedade, novo “Programa Mínimo”, foi apresentado, servindo como adendo ao anterior.

Assim, em Reunião da “Comissão da Societé” em Milão, em 1985, com a reforma, chegou-se a alguns princípios básicos.¹⁰

1. “Um exame crítico do sistema existente (que poderá, inclusive, levar ao seu repúdio)”.

9. O “Programa Mínimo” citado vem exposto em *O Sistema do Direito Penal*, de Pietro Nuvolone, trad. bras. I/261-263, Ed. RT, SP, 1981.

10. Cf. Marino Barbero Santos, em sua obra *A Reforma Penal. Ilícitos Penais Econômicos*, p. 17, Ed. Forense, RJ, 1988.

2. “O Recurso sistemático a todas as Ciências Humanas para lograr um conhecimento multidisciplinar do fenômeno criminal”.

3. Uma finalidade protetora que, por um lado, significa que uma reação contra o sistema primitivo — “retributivo da repressão clássica” e, por outro, pretenda assegurar o respeito e a garantia dos direitos do homem e da dignidade da pessoa.

Cumpra, no entretanto, destacar que o “Programa — Mínimo” não é uma espécie de breviário imposto aos adeptos da “Sociedade Internacional de Defesa Social”, mas sim, o repositório de um “conjunto de regras fundamentais que poderão ser admitidas por todos os partidários da “Defesa Social””, conforme afirmava Ancel.¹¹

Ressalta-se, ainda, a respeito do “Movimento da Nova Defesa Social”, a exigência da manutenção do “Princípio da Legalidade”, sem, no entanto, que tal exigência signifique manter-se incondicionalmente o sistema tradicional da Justiça Penal, a luta por uma atenção maior à vitimização; a procura do estabelecimento de um tratamento diferenciado para a criminalidade, discriminando-se os ilícitos de pequena monta criminalizando-se as novas e graves infrações à economia e contra os demais direitos difusos, e da mesma forma a criminalidade estatal (abuso de poder, corrupção, etc.); repúdio à pena de morte, ao uso indiscriminado das penas privativas de liberdade e a prisão preventiva.¹²

Resumindo, portanto, a “Nova Defesa Social”, sem o radicalismo de seus primórdios, tem por escopo uma política criminal de natureza humanitária, ancorada em profunda base científica, que dá

11. *A Nova Defesa Social*, p. 122, Ed. Forense, RJ, 1979.

12. Marino B. Santos, *A Reforma...*, pp. 17-18.

ao Direito Penal caráter preventivo e protetor da dignidade humana.

2. Considerações Críticas ao “Movimento da Nova Defesa Social”.

Muito embora o patrono do “Movimento” em estudo tenha sido Gramática, este ganhou desenvolvimento vultoso e solidificação definitiva com as idéias de Marc Ancel, através da obra “A Nova Defesa Social”.¹³

Portanto, tranqüilo afirmar-se que os postulados elencados, e que enfocam o “Movimento” tenham derivado do livro em apreço.

Assim, se pretendermos comentar os postulados do “Movimento”, devemos-nos direcionar basicamente às idéias de Ancel.

Inicialmente, o termo “ressocialização” merece um exame mais acurado. Conforme se apura dos dicionários, “ressocia-

lizar” significa colocar de novo em sociedade, ou “Terme englobant les activites qui tendent à l’adaptation reciproque des individus et de la société, principalement à l’integration des familles et des groupes qui par défaut de ressources ou de culture, menent une existence marginale”.¹⁴

O termo “ressocializar”, tanto em Gramática, como em Ancel, tem exatamente o significado de reinserção social daquele que, por ter transgredido as regras que regem a sociedade mostra inadaptação ao convívio social, devendo, portanto, ser reciclado, submetendo a um reaprendizado.

Impõe-se, no entanto, uma parada para que pensemos quanto da grande massa humana responsável pela criminalidade aparente, ou, pelo menos, por aquela que, pela violência que traz “embutida”, ou pela periculosidade demonstrada, põem em risco maior a população, foi realmente “socializada”.

Para se “ressocializar”, exige-se prévio “socializar”, ou seja, “por em sociedade”. (Extensão das vantagens particulares à sociedade), (*Dicionário Escolar de Língua Portuguesa* — MEC).

Ora, diante do contexto da realidade mundial, o qual associa a criminalidade às classes socioeconômicas menos favorecidas, considera-se, obviamente, a superficialidade no tratamento dado a questão.

No Brasil, particularmente, e nos países pertencentes ao Terceiro Mundo, podemos afirmar que a “socialização” atinge quase que só as classes mais representativas.

Síntese de nosso enfoque acerca da “socialização” como sendo utópico, citamos o sociólogo e historiador brasileiro Hélio Jaguaribe:¹⁵ “... São alarmantes os

13. Alguns autores, entre os quais Anabela Miranda Rodrigues, em Portugal (“Polêmica Actual sobre o pensamento da Reinserção Social”, pp. 181-182, in *Cidadão Delinquente: Reinserção Social*, editado pelo Instituto da Reinserção Social de Portugal observam que o cerne da ressocialização vem da lei inglesa redigida por Blackstone, Eden e Howard em, 1778. São suas as palavras: “Não se pense, no entanto, que é dos nossos dias a idéia de, através da pena privativa de liberdade, conseguir a correção do delinquente e, dessa forma, a sua reinserção na sociedade. De fato, debruçando-se sobre a gênese da prisão e acompanhando a história da sua evolução, logo se constata que uma idéia de tratamento, seja qual for o significado que se lhe atribua, ocupou, desde os seus primórdios, um lugar de ponta no discurso que versava sobre os seus objetivos. Basta pensar, p. ex., na lei inglesa de 1778, redigida por Blackstone, Eden e Howard onde se encontrava uma noção de tratamento ligada a uma idéia de “cura psico-moral”, a fim de se inculcar no indivíduo os princípios de todos os deveres cristãos e morais. O que já então em vista era obter a reforma e a correção dos reclusos.

14. *Vocabulaire de Sciences Sociales*, p. 321, “Action Sociale”, PUF, Paris, França, 1978.

15. *Alternativas do Brasil*, 3.ª ed., p. 28, José Olympio Ed., RJ, 1989.

extratos de baixa renda da população brasileira, 15% das famílias se encontram em situação de miséria, como tal entendia a condição das famílias com rendimento *per capita* iguais ou inferiores a 1/4 do salário mínimo, 35% das famílias, incluídas às precedentes, encontram-se em estado de estrita pobreza, com rendimentos *per capita* iguais ou inferiores a 1/2 do salário mínimo. Tal situação afeta 41% dos brasileiros. Em termos de população economicamente ativa, cerca de 1/4 de trabalhadores (23,5%) têm rendimentos iguais ou inferiores a um salário mínimo. A faixa de um a dois salários mínimos corresponde a 22,7% dos trabalhadores, ou seja, cerca da metade da força de trabalho tem rendimentos mensais iguais ou inferiores a dois salários mínimos. Somente 9,7% dos trabalhadores recebem de 5 a 10 salários mínimos. E apenas 4,7% de dez a vinte salários mínimos.

Se considerarmos que o salário mínimo tem se mantido com o valor aproximado de US\$ 60, temos que cerca de 50% dos trabalhadores brasileiros tem salários iguais ou inferiores a US\$ 120 mensais.

A partir dos dados acima, ressaltamos um aspecto particularmente preocupante: como tais dados afetam sobretudo as condições de vida das crianças de até 14 anos de idade, mais de 27% das crianças brasileiras estão em estado de miséria, e 53,1% em estado de estrita pobreza.¹⁶

Mais do que pela pobreza, a população brasileira em geral é afetada pela ignorância. Mais de 20% da população, a

partir dos 15 anos de idade, são analfabetas. E menos de 10% dos adultos concluíram o 1.º Grau...

"Ignorância e miséria constituem fatores reciprocamente condicionantes de níveis inaceitáveis de vida. Nas condições precedentemente indicadas, a qualidade de vida da população brasileira, como não poderia deixar de ser, é extremamente baixa. Mais da metade dos domicílios não têm luz elétrica, mais de 71% não possuem canalização de água e mais de 85% não têm adequado escoamento sanitário. Facilidades domésticas, como filtro ou geladeira, continuam raros: 65% dos domicílios não dispõem daquele e 75% deste..."

Diante da situação adversa em que vive uma grande massa do povo brasileiro, sem direito à alimentação, à educação, à saúde, etc., passando pela vida como simples "sobrevivente", impossível afirmar-se tenham sido eles efetivamente "postos em sociedade", ou terem recebido, como outros, a extensão das vantagens particulares a ela.

Destarte, o pensamento de Ancel pecou pela base, eis que, disposto a criar um movimento filosófico penal de âmbito mundial, ateve-se, de forma pouco científica apenas, à realidade européia que conhecia,¹⁷ esquecendo-se de que a

16. Usamos o termo "homem socializado" como o "sujeito de uma ordem moral ou jurídica, isto é, como membro de uma sociedade, como personalidade moral ou jurídica", como pregava Hans Kelsen in *Teoria Pura do Direito*, 2.ª ed., brasileira, p. 103, Ed. Martins Fontes, SP, 1987, e não como Santo Agostinho ao comparar o "Estado" com "sociedade" de Direito ou a um bando de salteadores (cit. por Kelsen a fls. 48 da op. cit.).

17. Demonstrando que sob ótica de Marc Ancel, e dos demais penalistas europeus que seguiam os ideais da "Nova Defesa Social" só se tratava de realidade européia, Marino Barbero Santos in *A Reforma Penal...* afirma: "O IX Congresso Internacional da Sociedade celebrou-se pela primeira vez, fora da Europa, na América. Foi um fato novo, que iria comover ainda mais o "Movimento", que se deparou com uma sociedade com estruturas econômicas, sistemas políticos, idiossincrasia humana, concepções culturais, etc... diversas das européias". A experiência com a nova realidade assustou tanto, que, continua o autor, o Congresso de 1976, significou "o ponto de partida, na expressão de Nuvolone — de uma fase de atividades da "Société", o que tornou

marginalização está presente em todos os continentes, interligando-se como uma sombra a todos os sistemas sociais, principalmente na América Latina, e nos países do chamado Terceiro Mundo, apresenta-se com maior dramaticidade, como bem adiantou Versele.¹⁸

O ponto abordado, e que nos intriga, não apresenta aspecto meramente semântico. Ao contrário, sendo básico, interfere em vários aspectos da teoria de Ancel.

Com efeito, a ressocialização, em qualquer campo que se busque sua aplicação, dependendo dos métodos que se empreguem, torna-se possível.

Mostra-se difícil, por outro lado, escolher-se alguém que nunca foi inserido no contexto social, que sempre caminhou à margem da sociedade, aprendendo outras verdades e vivendo outra vida, e de uma hora para outra seccionar-lhe os usos e costumes aprendidos por no mínimo 18 anos (idade mínima para aplicação da lei penal).

Também Hermann Mannheim se refere ao assunto: "Um ponto que, muitas vezes, passa despercebido é o das consideráveis diferenças que existem entre países com diferentes condições econômicas e diferentes estágios de desenvolvimento. Na verdade, os fatores econômicos podem ter maior influência sobre a criminalidade nos países mais pobres que nos mais ricos. Só nos últimos anos é que, sob os auspícios do Secretariado das Nações Unidas, Seção de Defesa Social, prestou-se mais atenção ao impacto da pobreza sobre a criminalidade nos países economicamente subdesenvolvidos da Ásia e da África (*Criminologia Comparada*, II, p. 883, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, Portugal, 1984).

necessário conceber uma nova política de defesa social".

18. Severin — Carlos Versele e Dominique Van de Veldegraf in "Marginalité Sociale et Justice". *Actes du IX Congrès International de Défense Sociale*, Caracas, ag. 76, p. 132.

Para esses marginalizados, produtos da discriminação, da estigmatização, tratados desde a mais tenra idade como delinquentes, sem sê-lo, os conceitos-chave da "Defesa Social" reabilitação-reinserção não têm qualquer sentido, como conclui Barbero Santos.¹⁹

Diante de tais evidências, portanto, a missão "socializar" não pode ser aceita como certeza inatacável, demandando um esforço muito grande, uma cooperação dedicada do socializando e um tempo ilimitado.

Mas, as conclusões a que chegamos influenciam um segundo ponto, uma segunda crítica que costumeiramente se faz ao "Movimento".

Doutrinadores de vulto têm-se oposto à "ressocialização" servindo-se do seguinte argumento: o Estado não pode, buscando uma autêntica "mudança social", impor sua vontade e o sistema político de um determinado momento histórico àqueles que optaram ser diferentes, alheios ao sistema.²⁰

A observação, que traz em si embutida a antiga, mas sempre presente discussão entre o livre arbítrio e o determinismo,²¹

19. Marino Barbero Santos, *A Reforma ...*, p. 6.

20. P. ex., Pietro Nuvolone (*O Sistema ...* p. 266), Claus Roxin (*Problemas Fundamentais do Direito Penal*, trad. portuguesa, p. 22), Ed. Vega/Universidade de Lisboa, 1986) e Rene Ariel Dotti (in *Sistema Penal para o Terceiro Milênio — Atos do Colóquio Marc Ancel, Execução Penal no Brasil aspectos Constitucionais e Legais*, p. 80, Ed. Renavam, RJ 1991), Anabela Miranda Rodrigues (*Polêmica...*, p. 191) entre outros.

21. A respeito do tema, já ponderava Ferri, em sua conhecida *Sociologia Criminale*, (4.^a ed. p. 594, Turim, Itália, 1900): Não é, pois, porque o homem tem uma "liberdade moral" ou uma "liberdade ideal", ou uma "liberdade relativa" que ele é juridicamente, isto é, socialmente imputável ou responsável por suas ações: mas unicamente porque vivemos em sociedade, qualquer ação produz efeito quer sociais quer individuais, os quais recaem sobre

adapta-se perfeitamente à crítica primeira.

Com efeito, numa análise rigorosa, somos obrigados a admitir que, no meio social, alguns ilícitos penais são praticados por pessoas que não se conformam com a obediência a determinadas regras, como acontece, p. ex., nos crimes políticos. Porém, quando abordamos a criminalidade violenta, aquela que no Brasil se dá em larga escala, colocando um perigo maior à sociedade, não é normalmente o que ocorre.

Realmente, para que o homem possa escolher “ser diferente”, deve conhecer suficientemente o que lhe seja posto à frente, deve, obrigatoriamente, ter uma equivalência de meios que lhe permitam a opção. Isto não ocorrendo, inexistente a escolha propriamente dita, existe, isto sim uma imposição social.

Os meninos que são criados nas ruas p. ex., convivendo desde quase o vago primeiro, com a marginalidade, sem teto a protegê-los, alheios à educação, à alimentação suficiente e a tratamento médico dentário adequados, por certo tendem a absorver o que o meio lhe oferece e a transformar em futuros marginais.²²

Pode-se dizer, nesse caso específico, que tais crianças tiveram livre opção na “escolha” do caminho a seguir? Que decidiram livremente suas vontades esquivando-se do destino quase que já

o seu autor, e este, portanto, necessariamente, inevitavelmente, pelo único fato da vida em sociedade, deve sentir e suportar os efeitos que serão úteis ou bons para ele, se a sua ação tiver sido útil.

21. (...se a sua ação tiver sido útil) ou boa para a sociedade, e serão danosos ou maus para ele, se danosa ou não para a sociedade tiver sido a sua ação.

22. Independentemente das concepções livre arbitrária ou deterministas, surgem aí os chamados “desvios sociais”, a *deviance*, a que se refere a criminologia americana, principalmente a que vem citada por Alvaro Mayrink da Costa in *Criminologia*, col. I, t. I, pp. 308 e 315.

demarcado? A vida tem indicado que não!

Por isso, temos para nós que as concepções teóricas (infelizmente seguidas no Brasil) ainda limitam-se às realidades locais, esquecendo-se de que existe todo um restante do mundo necessitando de concepções novas que se adequem às suas necessidades, às suas sociedades. Nos Estados quase que perfeitos, sonhados e profetizados por Ancel, onde todos fossem “socializados” (e aí a atividade do Direito Penal seria mínima), dar-se-ia a possibilidade de escolha, forjando-se o estigma de “rebeldes” para os que não concordassem com a ordem social vigente. Porém, longe estamos de tal perfeição! A grande massa responsável pela alta criminalidade atual não se “socializou” e, portanto, não teve a condição de optar por dois caminhos de igual valor, em condições idênticas que lhes fossem colocados à frente.

Assim, compete ao Estado, embora tardiamente, mostrar-lhes o que existe além de seus limitados horizontes.²³

Obrigação do Estado que se impunha desde o nascimento é perfeitamente legal, devendo estar isenta de críticas.²⁴ Por

23. Cf. Ancel em *A Nova Defesa* ..., p. 352, “A sociedade, como corpo social criado pelo homem para lhe servir, tem obrigações em relação a ele, a primeira dentre elas sendo a de oferecer-lhe todas as possibilidades normais de desenvolvimento e de realização. A comunidade deve contribuir para cada um de seus membros seja um cidadão útil, e nesse sentido, deve esforçar-se, mesmo em caso de insucesso ou de erro. Normalmente o indivíduo tem portanto direito a esse tratamento de “ressocialização” que consagra um dos aspectos da solidariedade social”.

24. Aliás, interessante observar que, quando o Estado não cumpre sua função socializadora, existe toda uma gama de protestos dos mais variados órgãos. Porém se ele tardiamente, instalado o crime, resolve cumprir o papel que lhe é destinado, aí então “está interferindo ilegitimamente no direito de alguém ser dife-

outro lado, afastando-nos da “socialização”, mas ainda tecendo considerações a respeito da segunda observação, como bem lembra Claus Roxin,²⁵ a função do Estado consiste em criar e garantir a um grupo reunido, em seu interior, as condições de existência que satisfaçam suas necessidades vitais, prestando-se, nesse contexto, o Direito Penal para garantir a todos os cidadãos uma vida em comum livre de perigos. Compete ao Estado a tarefa de preservar a segurança social, utilizar-se dos meios de que se dispõe.

Diante de tais informações, o Estado sob pena de afrontar a função que lhe é inerente, não pode, de forma alguma, reconhecer o Direito de ser diferente. Ao contrário, se imbuído dos ideais dos doutrinadores já citados (e de tantos quantos os seguem), permitisse o Estado que o “diferente” assim permanecesse, embora alguns anos no cárcere, se o Estado concordasse que o “rebelde” o qual constitui perigo reconhecido à sociedade, a ela voltasse, munido dos mesmos desígnios anteriores, não cumpriria uma de suas funções básicas: a garantia da paz social.

Aliás, estranha a opinião dos juristas trazidos, que seguidores, em termos, da Defesa Social concordam com a “pena pela pena”, num retorno descabido ao Neoclassicismo, quando dão o testemunho de que o Estado tem o poder de

prender ao que causa o ilícito penal, mas não o poder de ressocializar quando não quiser o preso.²⁶ Onde há lógica?

Mais coerentes, a nosso ver, seriam os doutos professores se reconhecessem que aquele que afrontou à sociedade com sua conduta “delituosa”, e por isso foi “apenado”, devesse ser submetido aos métodos apropriados de reinserção social, que permitiriam a volta do preso ao meio de seus pares sem se constituir em um possível perigo social.

Isto posto, entendemos que, também por esse ângulo, a “socialização” (ressocialização) é legítima, cumprindo o Estado, quando assim procede, função que lhe foi delegada pela sociedade que o compõe.

Outro ponto a ser atacado, e agora bem mais delicado, diz respeito à “socialização” (ressocialização) e à efetiva execução da pena.

Com efeito, conforme já se expôs, ao contrário de Gramática, que propunha a substituição da pena por medida mais compatível com a “ressocialização”, Ancel preocupou-se em erigir teoria que conjugasse a efetiva aplicação da pena com a “ressocialização”.

Estaremos, com o prevalecimento do ponto de vista de Ancel, face a uma nova situação aflitiva, diante de uma incoerência a toda prova. Eis que, como bem

rente”. Ancel ainda acrescenta, em relação ao jovem delinquente em *A Nova ...*, p. 355: “Porventura não se trataria, no caso também, de um processo de reeducação baseado na idéia de que o jovem delinquente tem, de certa forma, direito a esse tratamento cuja concepção e aplicação constituem uma obrigação da Sociedade?”.

25. *Problemas ...*, p. 27. Também na p. 29, meta 25 bis de “Funcion De la Pena y Teoria del Delito en el Estado Social y Democratico de Direito”, Bascli, Cara Editorial S/A. Barcelona, Espanha, Santiago Mir Puig, citando I. Berdugo, apresenta proposição do estado quase semelhante.

26. É o próprio Claus Roxin que afirma (*Problemas*, pp. 34-35) “com efeito, se o Estado deve assegurar os bens jurídicos ao cidadão, ao invés, cada membro da sociedade deve fazer tudo o que seja necessário para que se cumpra uma tarefa comum, isto é... tomar a seu cargo a pena para a manutenção do referido ordenamento tal como, p. ex., também terá de suportar o dever do serviço militar ou o pagamento de impostos sem que por isso se fira sua dignidade. (Sem que por isso se fira sua dignidade) humana. Nesse contexto, o preso, como membro dessa sociedade, e, como dissemos, sem que se fira sua dignidade humana, deverá submeter-se à socialização.

esclareceu David Dresser:²⁷ “De um lado, espera-se que as prisões punam, de outro supõe-se que reformem. Espera-se que disciplinem rigorosamente ao mesmo tempo em que ensinam autoconfiança”, pairando no ar a pergunta o qual logo nos dá a resposta de Augusto Thompson:²⁸ um dos maiores estudiosos do sistema penitenciário brasileiro: “alguém já conseguiu fazer prisão punitiva ser reformativa? — a experiência, de mais de 150 anos responde: não, e em nenhuma época e em nenhum lugar”.

Interessante, abrindo-se pequeno parêntese, que Marc Ancel, muito embora pregasse a continuidade do Direito Penal como um todo, mantendo-se inclusive as sanções penais, reconhecia que: “Por curta que seja essa privação de liberdade” é uma ruptura: com o trabalho, com o meio, com a família, é uma desgraça que poucos compreendem, uma marca de infância tão solidamente aposta no ser social (como um estigma físico abolido em 1832), acrescentando, “constitui um obstáculo à readaptação, uma causa de desvios de conduta e dessas associações diferenciais em que Sutherland via a fonte principal da criminalidade”.²⁹

Fechado o parêntese, mesmo porque no geral a obra de Ancel mantém a instituição clássica da pena num continuísmo incompreensível para um filósofo penal de sua estirpe, é de se notar que o doutrinador esqueceu-se do ser humano que seria “ressocializado”, quando assim agiu, eis que, como afirma Roxin,³⁰ em palavras que endossamos, “Ao pretender que os esforços de ressocialização, em favor do sujeito somente podem começar com a execução da pena,

a primeira coisa que a condenação em si mesmo torna efetiva é uma dura restrição de liberdade do delinquente, restrição que se faz não no seu interesse, mas no da comunidade e que, portanto, serve a outros e não a ele”.

Aceitando a pena afliativa tal qual ela se encontra nos Códigos (obviamente nos casos em que não prega a discriminalização), pelo menos no aspecto “tempo de cumprimento”, Ancel incorre em incoerência gritante.

Suponha-se, nesse sentido, seja qual for o método utilizado, que alguém condenado, p. ex., pelo crime de roubo qualificado (cuja pena mínima é de cinco anos e quatro meses de reclusão), venha, efetivamente, a se “socializar” em um ano. Deveria realmente cumprir o restante da pena, ou pelo menos o prazo que lhe conferisse o direito à liberdade condicional? Com que intuito? Nesse caso, ante à desnecessidade, o *plus* a ser cumprido não seria mera vingança pública? E, em caso contrário, quando a mesma pena não bastasse quantitativamente para alcançar a recuperação do preso, seria ele colocado em liberdade mesmo assim? Nesse caso, como ficariam os postulados e a filosofia do “Movimento”?

Por mais que procure, Ancel não consegue responder a tais perguntas, parecendo, afinal, que simplesmente lançou ao ar formulação penal, pouco se importando em traçar-lhe os balizamentos. Eis que no fundo, seu idealismo continuava preso a uma híbrida corrente de índole neoclássica-positivista.

Seguindo um critério único desde o primeiro instante, parece-nos muito mais fiel a seus ideários Gramática, que, pregando a substituição da pena pelo efetivo “tratamento” do criminoso, vinculava sua volta ao convívio social, à recuperação, com o que adquiria a possibilidade de reinserção no meio do qual havia sido retirado.

27. *Readings in Criminology and penology*, p. 593, Un. Press. Columbia, EUA, 1972.

28. *A questão Penitenciária*, 3.ª ed., p. 10, Ed. Forense, RJ, 1991.

29. As citações encontram-se em *A Nova ...* respectivamente às pp. 126, 358 e 359.

30. *Problemas...*, p. 34.

E, em que pese o princípio da legalidade imperante em praticamente todas as legislações penais, garantindo, na esteira do que prega a “Nova Defesa Social” a *nula poena sine praevia lege*, acreditamos que, por uma questão de lógica, deveriam os adeptos do “movimento” voltar às lições de Saleilles,³¹ o qual proclamava, já em 1898: “La nature de la peine, c’est la nature de l’individu qui doit la déterminer”.

Com efeito, a individualização da pena, que não obedeceria à prévia fixação, sendo dosada pelo juiz da execução de acordo com o progresso alcançado pelo preso em sua “socialização”, ao nosso ver, casa-se, perfeitamente, com a “Nova Defesa Social”.

Poder-se-ia dizer, como se fazia no passado, que o poder imensurável que se estendia aos magistrados, a partir daí, poderia resultar em injustiça, advinda da arbitrariedade.

Mas, mesmo no sistema atual (onde vigora o princípio da legalidade) não é discutível a taxaçaõ do mínimo e do máximo das penas?

Na verdade, em sendo a “culpa” uma realidade impossível de medir-se, não há como cotejar-se “pena medida de culpa”.

Demanda-se, em razão disso, não poucas vezes, o que afirma Maurice Cusson:³² “Pourquoi telle infraction devrait elle être sanctionnés par un an de prison et non un an et demi”?

O único critério perceptivo para adequação supra referida, como, aliás, na sequência assinala Cusson, “est ce qui est considéré comme juste dans une communauté donné à un moment donné”.³³

31. R. Saleilles — *La individualisation de la peine*, p. 172, F. Alcan, Paris, 1927.

32. Maurice Cusson, *Porquoi Punir?*, p. 154, Ed. Dalloz, Paris, França.

33. Ob. e p. cit. O autor na p. 18 da mesma obra, já esclareceu seu ponto de vista em relação à pena ao afirmar: “Punir un crime

E o que é “justo” numa determinada sociedade, num determinado momento político? Sem voltar às antigas discussões naturalistas a respeito de existir o crime porque uma lei penal o prevê, ou de existir a lei porque a sociedade a exigiu em função dos atos anti-sociais que grassavam (o que não comporta o presente estudo), temos para nós que, nos países de Direito legislado, o “justo” é o que o legislador definiu como tal para firmar os modelos da sociedade.³⁴

Assim, aquela pena de 1 ano que se referiu Cusson, pode amanhã ser de 2 ou 3, se assim quiser o legislador.³⁵

Portanto, atrelados à visão antiga e revivendo os discursos do passado negamo-nos a viver sob o arbítrio (que prefiro chamar discricionariedade) do juiz, enquanto, hipocritamente, rendemo-nos à arbitrariedade penal do Poder Legislador.

consiste en etablir un certain rapport entre crime et un quantum de souffrance”.

34. Discutindo o projeto do CP Alemão, Claus Roxin (*Problemas...*, p. 39), expõe a situação sob cunho real ao admitir que o legislador, por questões práticas, ou de conveniência, ultrapassa a pena adequada à culpa, esclarecendo aquilo que deveria ser o lógico: “porém, a justificativa da pena não depende da conveniência, mas da justiça”.

35. Nem se diga, como costuma acontecer, que ao legislador, o qual representa o povo, é permitido criar leis, e por conseguinte aumentar as penas, o que não ocorre com o juiz. É sabido, e já repetimos, que o legislador, ao impor as leis penais, representa as classes mais favorecidas, razão pela qual, inclusive, critica-se como ilegítima sua função de criar normas que imponham castigos. Contestando, aliás, o sistema penal e a função legislativa, Eugenio Zaffaroni (*Em busca das penas perdidas*, trad. p. 25, Ed. Renavam, RJ, 1991, diz que ele é exercido à margem da legalidade, “de forma arbitrariamente seletiva, porque a própria lei assim o planifica e porque o órgão legislativo deixa fora do discurso jurídico penal amplíssimos âmbitos de controle social punitivo”.

Em se tratando de uma simples questão de opção, entendemos perfeitamente possível continuar nossa lei penal sob a égide do Princípio da Legalidade, enquanto a pena, esta sim, poderia ser individualizada, considerando-se para tal fim, repetimos, o progresso a ser alcançado por cada preso de *per si* no tratamento socializador a que fosse submetido.

E nem o Princípio da Igualdade restaria ferido!

No sistema atual (pena determinada no mínimo e no máximo), existe uma certa equivalência de penas para crime do mesmo grau.

Assim, em circunstâncias normais, os condenados pelo mesmo crime, cumprirão a mesma pena.

No sistema de individualização, se um recluso se recuperasse mais prontamente, cumpriria tempo de afastamento do seio social menor que o outro condenado pela mesma infração, o que poderia, de início, desenharse com um ferimento ao Princípio supramencionado.

Sobre o tema, mais uma vez invocamos Maurice Cusson, que, em sua obra já citada, leciona: "La justice ne se réduit pas à l'égalité. Si on la veut à tout prix, on sera conduit à imposer des peines fixes pour chaque catégorie d'infractions. Mais on n'obtient alors que une égalité té formelle: des délits apparemment semblables seront sanctionnés de la même manière. Aucune personne raisonnable n'acceptera de croire que tous les vols par effraction se valent ... L'égalité est just quand deux cas véritablement semblables sur les critères pertinents sont traités de manière semblable".³⁶

Ora, estendendo-se tais observações a criminosos que praticaram fatos semelhantes à mesma condição de adaptação ao meio social, e se elegendo tal como pena, mesmo que não sejam fixados

limites mínimos e máximos, há que se concordar que foi aplicado o princípio da igualdade.

Se o que se visa, no fundo, é a reabilitação, não se pode unicamente, aceitar-se pseudo-equivalência crime-castigo (função preventiva e neutralizadora que nada tem resolvido), conforme asseveramos no início do capítulo, devendo-se, isto sim, adaptar-se à pena a justa reforma do criminoso.

Pelas observações expostas, temos para nós que o "Movimento da Nova Defesa Social" não apresentou a melhor solução para o problema do cumprimento de pena. Tal Movimento deveria seguir, um pouco mais moderadamente as pegadas de Gramática.³⁷

37. Não significa nossa opinião que pargue-mos como Gramática, a falência do Direito Penal, o que conduziria inexoravelmente a vingança privada, conforme traz Maurice Cusson, *Porquoi...*, pp. 54-58. Como se nota do estudo, propusemos apenas modificações no sistema de penas, que, de "determinada" sistemas de penas, passaria a ser "indeterminada". Por outro lado é de se ver que um conceito de Direito Penal voltado unicamente para a pena, ou seja, "ordenamento jurídico que determina os pressupostos da punibilidade bem como os caracteres específicos da conduta punível, cominando determinadas penas e prevendo, a par de outras consequências jurídicas, especialmente medidas de tratamento e segurança" (Johannes Wessel — *Direito Penal, Parte Geral*, trad. bras., p. 5, Sérgio Antonio Fabris Editora, Porto Alegre-RS, Brasil, 1975), já não vigora. Além do aspecto penal, em termos atuais visa o Direito Penal deixar de ser uma manifestação de poder "al servicio de la conservación social, e transformando-se em instrumento para el progreso del pueblo e promovendo "el desarrollo, el mejoramiento, de la sociedade"', segundo as palavras de Antolisei de *Derecho Penal — Parte Generale*, 8.ª ed., p. 3, Ed. Temis, Bogotá, Colômbia, 1988). Na verdade, sintetizando conforme Zaffaroni, pode-se afirmar que "el derecho penal no puede tener otra meta que la de prover seguridad jurídica, puesto que ese debe se el objeto de todo el derecho" (Eugenio Raul Zaffaroni, *Manual de*

36. *Porquoi ...*, p. 146.

De maneira geral, para o momento, eram, essas as observações críticas que permitiam os postulados do Movimento da Nova Defesa Social, nas idéias de Ancel.

Poderíamos citar mais algumas falhas na teoria da "Nova Defesa Social" tais quais eximir-se Ancel de detalhar (ou pelo menos de tracejar) os contornos do sistema "ressocializador" (socializador) ou que mais grave, estar convencido de que sua ressocialização não se aplicaria a todos³⁸ ("... é também evidente que nem todos os delinqüentes são igualmente suscetíveis de empreender esse esforço e que nem todos podem ser ressocializados ao bem ...") A esse respeito é de se esclarecer que a Defesa Social nunca pretendeu que todos os delinqüentes pudessem ser ressocializados. Acreditamos, no entanto, que as observações trazidas já sejam suficientes para conduzir à reflexão sobre as concepções de Ancel.

3. Conclusão

Como conclusão, cabe adequar nosso estudo à realidade brasileira.

Derecho Penal, 4.^a ed., p. 49, Cardenas Editor e Distribuidor, La Mesa, México, 1988). Assim, parece-nos que mesmo que se ataque o sistema de penas (o que não é nosso caso, que apenas propusemos, repita-se a mudança) o Direito Penal, enquanto protetor dos direitos humanos através do *nullum crimen sine legis*, enquanto regulador da "mínima intervenção estatal", deverá permanecer, seja qual for a sociedade, mesmo nas mais perfeitas, sonhadas, quem sabe, por Gramática ou Ancel. Insista-se, conforme Zaffaroni, uma vez mais (*Em busca das penas perdidas*, pp. 22/3) que: "O poder (do sistema penal) não é mera repressão (não é algo negativo), pelo contrário, seu exercício mais importante é positivo, configurador, sendo a repressão punitiva apenas um limite no exercício do poder".

38. *A Nova Defesa...*, pp. 353-354.

Realmente, longe de nos perdermos em formulações teóricas que sustentem o excessivo tecnicismo penal atual, pretendemos, através de nossas superficiais observações, demonstrar que as idéias de Ancel estão longe de perfeição, sendo exagerada, por isso, a influência que exerceram, sobre vários sistemas penais, inclusive o brasileiro.

Entre nós, nessa seqüência, seguindo tradição antiga, os responsáveis pela Reforma Penal de 1984 importaram as concepções da "Nova Defesa Social". Fizeram-no, no entanto, sem cuidar de estabelecer a efetiva aplicabilidade dos mesmos no contexto sócio-político-econômico-cultural brasileiro.

Em decorrência, em função da falta de análise, que, mesmo superficial, já demonstraram as falhas do "Movimento", foi-nos outorgado um Código Penal rico em modernidade, porém, na prática inaplicável.

A título de exemplo, veja-se a cidade de São Paulo, onde as varas criminais prolatam a cada dois anos aproximadamente 12.000 mil sentenças condenatórias em processos apenados com detenção.

Segundo a Vara de Execuções Penais (em jan./92) do extravagante número, à evidência de que o julgador ainda não absorveu o espírito do Código, (embora passado tanto tempo), não existe estatística do número de suspensões de Direito, dados os raros casos em que se aplica, transformando-se, por outro lado, as penas de "limitação de fins de semana" e "prestação de serviços" à comunidade. Este último substitutivo, por seu turno, foi, no espaço de tempo citado, aplicado a apenas 467 sentenças condenatórias, sendo somente 151 condenados a chegarem ao fim do determinado judicialmente.

Observe-se, ainda, conforme afirmou, na mesma época, o responsável pela colocação dos condenados à prestação de trabalhos, que alguns hospitais (seis, do

total de dez), e outros órgãos públicos, negam-se a aceitar os condenados para o efetivo cumprimento das penas substitutivas.

Assim, pode-se reafirmar que, nesse sentido, conforme aconteceu com a Lei de Execuções Penais e com o Estatuto da Criança e do Adolescente, a lei penal não entrou em vigor.

Já é tempo de se entender que devemos nos ater à nossa realidade elaborando legislações que a ela se adapte. Em vez de encomendarmos falhas e sofisticadas concepções estrangeiras, está na hora de compreendermos que, para que a pena

tenha um outro fim que não o castigo pelo castigo como ocorre na sociedade brasileira atual, deve-se passar por uma reforma de base.

Com efeito, qualquer tentativa de modernização do sistema penal deve lastrear-se em uma reforma política que se impõe a uma sociedade opressora, desigual e corrupta.

De nada adiantarão as elocubrações dos maiores gênios a persistir na hipocrisia social que clama por segurança e, ao mesmo tempo, alimenta o crime, se continuar a vigor o capitalismo selvagem que seleciona e estigmatiza.