

ESCOLA DE DEFESA SOCIAL

*Amalia Regina Donegá**

SUMÁRIO: 1. *Introdução*; 2. *Considerações iniciais*; 3. *Notícia histórica*; 4. *As idéias de Prins*; 5. *Fillipo Gramatica e a Escola de Defesa Social*; 6. *Marc Ancel e a Escola da Nova Defesa Social*; 6.1. *Aspectos críticos da nova doutrina*; 6.2. *A Nova Defesa Social e a doutrina de Gramatica*; 6.3. *Propostas da Nova Defesa Social*; 7. *A revisão penitenciária*; 8. *O princípio da legalidade e a pena de duração indeterminada*; 9. *Adoção de alguns princípios defensistas no direito comparado*; 10. *Conclusão*.

1. Introdução

Não se pode deixar de admitir que a vida em sociedade exige que os comportamentos estejam adequados a certas normas - sociais, religiosas, culturais, jurídicas - que são postas para facilitar a boa convivência entre os homens, delimitando os espaços de cada ser.

No interesse de bem definir estes direitos é que ao longo dos séculos, penalistas de todo o mundo vêm se debatendo na procura de uma solução que não seja somente lógica, mas principalmente humana. A tais grupos de pensamento, cujas concepções são formuladas em caráter científico, costuma-se chamar de "Escolas".

Mas é também certo que a ciência do Direito Penal, dedicada ao estudo das normas, não pode prender-se ao dogmatismo extremado. É assim que os pensamentos penais evoluem, numa crescente necessidade de adequação dos fatos, das necessidades sociais e suas conseqüentes possibilidades de auto-solução de problemas, às possíveis medidas jurídicas a se aplicar.

Com esta aspiração foi que surgiu a escola de *Defesa Social*, pronunciada inicialmente por Gramatica e adaptada posteriormente por Marc Ancel. Suas concepções distanciam-se de toda criação até então divulgada, embora filiando-se à corrente positivista.

No âmbito dos estudos doutrinários é possível se perceber nesta Escola, a evolução e a constituição de um movimento moderno no campo do direito penal, sobretudo da penologia.

* Mestranda em Direito Penal pela Universidade Estadual de Maringá.

Do que se apresentará, por si só justificaria o interesse a se despertar pelo tema. Todavia, mais relevante ainda é a circunstância de ser esta corrente produto de idéia - se pelo menos não nascida - sistematizada e difundida no século XX e consolidada nestas últimas décadas, sobretudo na forma da *Nova Defesa Social*.

A norma penal em sua dimensão de garantia, tem por objeto, além do bem tutelado, o interesse da sociedade à prevenção de futuras infrações penais, bem como o de reinserção na coletividade do autor de uma infração penal. Esses dois interesses realizam-se mediante a atuação de medidas educativas que, ligadas à pena, ou distintas dela, são previstas como consequência da infração penal cometida.

A esse aspecto do magistério penal, que só adquiriu certa relevância em época relativamente recente, costuma-se dar o nome de *defesa social*.¹

A utilização do termo *defesa social* na história, nos apresenta algumas concepções fundamentalmente diferentes da que será utilizada no decorrer deste trabalho². São elas:

- a) *concepção antiga*: o termo limita-se a indicar a proteção da sociedade através da repressão do crime;
- b) *concepção positivista*: é empregada a expressão para designar a finalidade que se deve dar à pena, pois esta não constitui mais a retribuição de uma infração segundo os princípios da responsabilidade moral;
- c) *sistematização das medidas de segurança*: a *defesa social* seria a tendência que propugna a adoção de medidas de correção ou de proteção para impedir a reincidência do delinqüente. E com esse sentido informou a célebre lei belga de 1930, chamada “lei de defesa social”;
- d) *concepção moderna*: deixa de ser empregada a expressão como forma de proteção da sociedade, sendo dotada de maior dinamismo, apregoando a prevenção do crime e o tratamento do delinqüente. Esta concepção tende a constatar, antes de tudo, a existência de um problema de ordem social e criminológica, significando ainda a reação contra o sistema unicamente retributivo.

É na acepção *moderna* que a defesa social será tratada neste verbete.

2. Considerações iniciais

Após o último conflito mundial, começou a se esboçar um movimento que teve, no “Centro de Estudos de Defesa Social”, fundado no ano de 1945, em Gênova, pelo advogado Filippo Gramatica, a sua primeira manifestação.

¹ Nuvolone, Pietro. *O Sistema do Direito Penal*, V. I, p.261.

² Cf. Odete Medauar. *In Defesa Social*, Enciclopédia Saraiva de Direito, V. XXIII, p. 96.

A experiência dos duros anos de guerra, a desorganização da vida civil, todo o cortejo de sofrimentos, humilhações e misérias, a fragilidade da natureza humana, o enfraquecimento moral e, conseqüentemente a vulnerabilidade da ordem jurídica, exposta aos ataques e lesões de todo o gênero, gerando tudo isso o aumento da criminalidade e o desprezo pela dignidade e liberdade da pessoa humana, provocaram, na Itália e na França, um estado de insatisfação diante dos métodos penais, tanto os de inspiração clássica, quanto os de motivação positivista, daí o desejo de superar as posições tradicionais, dando um novo sentido à *defesa social*. A essa causa, de ordem psicológica, acrescentou-se a convicção de que valeria ser feito algo para se criar, no campo do Direito Penal, uma nova forma no visionar os problemas do crime e no sentido de instaurar uma política criminal que começasse por se empenhar pela mudança do próprio comportamento do delinqüente. A este deveria se fazer sentir e compreender as suas próprias possibilidades de recuperação e ressocialização, aguçando-lhe a consciência de uma responsabilidade em que os valores da liberdade e da dignidade pessoal fossem por ele vivenciados.³

Poderia ser assim o auspicioso começo de um novo humanismo que, na realidade, remontaria às fontes da filosofia grega e cristã, mas renovado pelo sentido dos textos atuais. Esse humanismo haveria de se refletir nos fundamentos e nos métodos do Direito Penal. Desse modo a filosofia que inspirou o movimento, não se dirigia unicamente à proteção e à defesa da sociedade, mas antes a beneficiar a pessoa humana, libertando-a do risco e das tentações de cair ou recair na delinqüência, assegurando a sua melhor adaptação ao meio em que deve viver.

Para atingir esse objetivo, o movimento que surgia, apresentou como proposta a reforma das instituições penitenciárias, a exigência de aprofundamento do exame da personalidade dos criminosos, tanto para a aplicação da pena, como para servir de roteiro na fase de execução, a ampliação dos poderes do juiz, na fixação e na execução das medidas penais. Na realização do exame de personalidade, antes da sentença, como na fase de tratamento que a ela se seguir, deverão consorciar-se o juristas, o médico, o psicólogo, o educador; em suma, quantos se consagram à obra da justiça penal.

Acreditando na liberdade do espírito humano, a doutrina do movimento não aceita o determinismo racionalista. Acredita que a pessoa é capaz de se auto-controlar e que poderá, ela própria, redimir-se da mácula do crime.

O novo lema assim apregoa não mais *direito penal*, não mais *direito de punir*, mas *direito de defesa social* ou contra a anti-sociabilidade.

³ Martins, José Salgado. *Direito Penal*, Introdução e Parte Geral, p.64.

3. Notícia histórica

Durante séculos não se colocou em dúvida que o castigo pelo crime era o único meio de lutar contra a criminalidade, embora a noção de castigo recebesse, no decorrer dos tempos, conteúdo variável.⁴

As raízes históricas do movimento que ora se apresenta poderão ser encontradas no estudo que a filosofia grega desempenhou. É de se dizer, todavia, que dentre os gregos, somente Platão distinguiu claramente as concepções que futuramente tornaram-se as vigas deste movimento, sendo o primeiro a desenvolver a noção de *prevenção* e a preconizar que o objetivo da pena devia consistir não em vingar a injustiça praticada, mas preservar o futuro e evitar outros crimes.

É a partir destes preceitos primórdios que começa a surgir a idéia de reeducação e recuperação do condenado.

Assinalando ainda os traços históricos que marcaram o surgimento das idéias expostas pela escola de *defesa social*, importa em destacar o primeiro protesto contra as atrocidades reinantes, com inspiração no humanismo dos enciclopedistas, em Voltaire, em Rousseau e em Montesquieu, que fora a obra “*Dos Delitos e Das Penas*”, do louvado Cesare Bonesana, marquês de Beccaria.⁵

Beccaria, então, passa a ser o símbolo que representa o desejo de se concretizar estas mudanças, no continente europeu. O autor *Dos Delitos e Das Penas*, juntamente com os filósofos da época denuncia a tortura e as penas desumanas. É um dos primeiros a destacar o papel da prevenção. Ao propor uma revisão dos valores então vigentes à época, Beccaria coloca sua reforma dentro da perspectiva de uma política criminal, denotando, deste modo, estar desenvolvendo a idéia de defesa social.

Assim a idéia de *defesa social* ganha corpo nos últimos anos do século XIX, sendo que sua primeira teoria só iria surgir nos primeiros anos do século XX, contudo serem remotas as tentativas de sua manifestação.⁶

Pode-se, entretanto, enfatizar que a verdadeira noção de defesa social surgiu com o positivismo, todavia, não se devendo confundir esta com a doutrina

⁴ Sobre a questão, argumenta Aníbal Bruno: *Há um problema substancial no Direito punitivo, que é o referente ao seu fundamento jurídico e ao fim da pena. Não um problema simplesmente metafísico ou filosófico, como à primeira vista poderia parecer, mas de imenso interesse prático, porque dele depende a configuração da pena nas legislações e a orientação total dos sistemas penais. Direito Penal, V. I, tomo I, p. 78.*

⁵ Cf. Evandro Lins e Silva. *In De Beccaria a Filippo Gramatica, Sistema Penal para o Terceiro Milênio*, p.18.

⁶ Nos princípios do século XIX coexistiram na França três homens de excepcional talento: Anselmo Feuerbach, Conselheiro secreto do rei da Baviera; Giandomenico Romagnosi, *Podestá* de Tridentino; e Jeremy Bentham autor da doutrina utilitária. Neles são encontradas as primeiras manifestações da escola de defesa social. José Frederico Marques, *Tratado de Direito Penal, V. I, p. 74.*

positivista, mas uma consequência indireta. Se os positivistas, especialmente Ferri, empregam sem cessar a expressão "defesa social", eles não lhe atribuíam o caráter de uma teoria autônoma. Para os positivistas o termo significa unicamente a proteção do corpo social.

Neste sentido, considerando a forte influência que a doutrina positivista pode causar no sentido de fundamentar o surgimento do movimento de defesa social, não se poderá atribuir tão somente a ela tal mérito, teria cabido também à União Internacional de Direito Penal, fundada em 1889 por Von Liszt, Van Hamel e Adolphe Prins - em especial este último - a formulação da primeira doutrina.⁷

Todavia, com apoio na autoridade de Cuello Calón é também possível considerar o penalista espanhol Pedro Dorado Montero um dos precursores do movimento de defesa social.⁸

4. As idéias de Prins

Professor da Universidade de Bruxelas, foi o primeiro a formular uma doutrina autônoma da defesa social. Apresentou suas idéias em duas obras: primeiramente em *Ciência Penal e Direito Positivo*, publicado em 1899 e após, em *A Defesa Social e as transformações do Direito Penal*, monografia sobre a qual ele exprimiu o teor essencial de sua doutrina, publicado em 1910.⁹

Na teoria sobre a defesa social, Prins denuncia inicialmente o caráter iluminístico e racionalístico das doutrinas Clássica e Positiva. Aos representantes da primeira, lembra o caráter dogmático da presunção de conhecer a fundo uma justiça absoluta; aos expositores da segunda opõe-se à natureza supersticiosa do pressuposto determinístico.

Após todas as críticas às duas escolas, Prins conceitua a pena como necessária reação aos comportamentos, que pelos danos produzidos, pelos conflitos provocados, impedem o desenvolvimento de uma vida social organizada. A pena acaba por fazer reinar entre os homens uma certa ordem, não por impor o respeito, ou norma absoluta, mas favorecendo a pacificação dos conflitos.¹⁰

Prins procura atribuir à idéia de defesa social um significado autônomo específico com relação a todas as outras posições, capaz de criar uma doutrina que parece efetivamente nascer de premissas bem diversa daquela racionalística.

A idéia de periculosidade, em outros termos, não exclui a existência no homem de uma responsabilidade moral, mas impede que esta possa constituir o

⁷ Deve-se a Prins (*A Defesa Social e as Transformações do Direito Penal*) a primeira sistematização da tese da defesa social. Regis Prado e Bitencourt. *Elementos de Direito Penal*, p.37.

⁸ *La Moderna Penología*, p. 28.

⁹ Cf. Roger Merle Andre Vitu. *Traité de Droit Criminel*, p. 109.

¹⁰ Cavalla, Francesco. *La Pena Come Problema*, p.107.

objeto de um juízo no processo e o pressuposto necessário da pena. O campo de pesquisa processual deve ser o da concreta postura psicológica do réu. O pressuposto da pena se define face a incompatibilidade da postura do sujeito e a exigência da segurança social, perceptíveis ao longo de um certo tempo.

Esta concepção de periculosidade implica primeiramente, na idéia de uma *imputabilidade jurídica objetiva*, com relação àquele que é o autor de um fato penalmente ilícito, passível de ser julgado e penalizado. Segundo esta concepção objetiva exige-se a maior individualização psicológica do acusado a fim de determinar qual forma de perigo que ele representa e como melhor neutralizá-lo: uma é a periculosidade decorrente de quem infringe a lei culpavelmente, outra é a que decorre de uma infração praticada dolosamente pela primeira vez, outra é aquela de quem habitualmente pratica delitos.¹¹

A pena deve provocar a correção coativa do dano, no caso de não ser possível ou de não bastar, a pena deve vir diferenciada face às fundamentais diferenças de classificação dos criminosos, ora indicadas.

Através de instrumentos científicos disponíveis, é necessário ao juiz procurar a origem e a natureza psicológica da propensão do delinqüente.

Para Prins, a teoria clássica da responsabilidade moral é insuficiente para a proteção eficaz da sociedade. Doutrinariamente ela implica na escolha entre o determinismo e o livre arbítrio, provocando, na prática, a multiplicação das penas curtas de prisão e o isolamento celular que comprovadamente falharam na prevenção da reincidência.¹²

Assim apresentou-se a doutrina de Prins, que indicou as primeiras linhas à fundamentação da teoria da defesa social. Suas características portanto, baseiam-se em:

- consideração da periculosidade do delinqüente que se for considerada existente implica na adoção, pelo Magistrado, de uma medida de proteção social;
- reação contra o regime preconizado pela Escola Penitenciária, posto que o sistema celular revelou-se ineficaz, redundando dizer que não será após um curto lapso de tempo sob cárcere que a ordem social estará garantida;
- o estabelecimento de uma classificação verdadeiramente científica dos delinqüentes que se fixa em dois tipos: os débeis mentais e os multirreincidentes.

Foi portanto Prins quem tomou a iniciativa de dar à fórmula “defesa social”, já corrente à época, um conteúdo doutrinário, dando à expressão uma certa concepção de política criminal. Com ele também desabrochou uma segunda etapa

¹¹ Idem, *ibidem*, p. 114.

¹² Medauar, Odete, *ob. cit.*, p. 100.

da defesa social em que as preocupações teóricas cederiam lugar às realizações práticas.

5. Filippo Gramatica e a Escola de Defesa Social

Os progressos proporcionados pelos estudos positivistas na área da criminologia e das ciências humanas deram a esperança de modificar eficazmente o comportamento delituoso, provocando uma evolução na concepção de defesa social. Foi com o penalista italiano, Filippo Gramatica, que se iniciou um novo processo de revisão da doutrina, ao ter fundado em Gênova, em 1945, um Centro de Estudos de Defesa Social. No primeiro congresso internacional de defesa social, reunido em San Remo em 1947, anunciou colóquios regulares e a criação da Sociedade Internacional de Defesa Social, em 1949.

Desde as primeiras páginas de seus *Princípios de Defesa Social*, observa-se a distância vertiginosa entre as idéias adotadas por seus predecessores. As noções de infração, de delinqüente, de pena e de responsabilidade, são excluídas de seu vocabulário. Ele apregoa substituir o direito penal pela noção de defesa social e não apenas integrar aquele sentido, pois a defesa social, tal como ele a concebe, constitui um ramo autônomo do direito, com instituições jurídicas próprias e um domínio de aplicação infinitamente mais vasto que o do direito criminal. É o ramo do direito que encontra na melhora do indivíduo sua verdadeira razão de ser. O indivíduo que se tem a melhorar não se trata somente do delinqüente, conforme registra a lei, trata-se, mais precisamente do ser anti-social e inadaptado.

A teoria de *defesa social* de Gramatica encerra, em essência, que o Estado não deve punir, pois sua função é melhorar o indivíduo. A causa da anti-socialidade está na organização social. Contra ela o Estado deve operar preventivamente e não somente pela repressão. Os cárceres são inúteis e prejudiciais, devendo ser abolidos. As penas devem ser substituídas por medidas educativas e curativas. O violador da lei não perigoso pode ser perdoado, não necessitando sanção. A medida da defesa social deve ser fixa ou dosada, não na base do dano, mas segundo a personalidade.

Essa doutrina se caracteriza, de início, por uma definição nova de defesa social. O objetivo maior não seria mais o de defender a sociedade contra os delinqüentes, mas o de defender os delinqüentes deles mesmos contra a sociedade que o descompreende. Entretanto, na busca do objetivo de ressocialização do delinqüente será, no final das contas, toda a sociedade beneficiada.

Para Gramatica, a defesa social tem menos por objetivo assegurar a proteção da sociedade do que seu aprimoramento; e esse aprimoramento deve ser obtido através de uma socialização do indivíduo. As regras da vida em sociedade

são convenções, o que demonstra a relatividade das leis e impõe ao Estado limites no estabelecimento de uma ordem jurídica.

Um direito de defesa social deve substituir o direito penal existente, pois esse direito de defesa social se atribui como finalidade à adaptação do indivíduo à ordem social e não a sanção de seus atos. É aqui que intervém os dois pontos de vista essenciais de Gramatica: a *subjetivação* e a *anti-socialidade*. A *subjetivação* do direito de defesa social se realiza através dos índices de *anti-socialidade*. A valoração do indivíduo se sobrepõe à tutela dos bens; ora, é essa tutela dos bens que o direito penal tinha em vista quando considerava a infração como um dano. Donde Gramatica pretende deduzir, então, que o direito de defesa social postula a abolição da responsabilidade penal pela noção de *anti-socialidade*. A doutrina comporta igualmente a exclusão do problema filosófico da liberdade, e sobretudo, e de forma mais direta, a rejeição das noções de delito, de delinqüente e de pena. As medidas de defesa social em substituição à pena têm por base o conhecimento da personalidade do infrator.

Essa doutrina não se contenta em discutir a distinção teórica entre pena e medida, e em preconizar um sistema unitário de sanção; ela visa na realidade a suprimir a própria noção de medida, no sentido comum da palavra, bem como propõe a supressão da pena. O indivíduo anti-social, que tecnicamente não é mais delinqüente, será submetido a um regime de precaução e de cura. A justiça da defesa social não tem nesse sistema outro objeto senão a ressocialização do delinqüente, e essa justiça é radicalmente diferente em sua organização, quadro de pessoal e no funcionamento, da justiça penal tradicional.

A defesa social, escreve Gramatica, se identifica com a melhora do indivíduo, é a defesa da sociedade levada ao indivíduo, provocando, deste modo, a melhora do sujeito.

Gramatica rejeita o conceito de infração, entendendo que o delito é tradicionalmente um ato do homem, previsto como tal pelas leis punitivas. Gramatica, pretende “subjetivá-lo”, fazendo consistir numa ação e prescindindo do resultado, conseqüência do delito, o que equivale a subordinar o delito à noção de culpabilidade do mesmo sujeito que o comete. A culpabilidade consiste na intencionalidade voluntária e consciente no qual incide no ilícito; incidir subjetivamente no ilícito quer dizer que o indivíduo ao executar o ato previsto pela lei como delito, tem confirmada sua intenção, tem a consciência de quais eram os fatores que a lei previa como ilícitos e, por conseguinte, como delituoso do ato respectivo. Resta excluída, instantânea e necessariamente, a distinção entre o dolo e a culpa e, em conseqüência, abrogada a culpa, preterintenção e, sobretudo, a responsabilidade objetiva e sem culpa; ademais, se excluem da responsabilidade as pessoas jurídicas.¹³

¹³ Asúa, Luis Jiménez de. *Tratado*, V. II, p. 111.

Rejeita também, a noção de delinqüente, por ser essencialmente relativa e superficial, uma vez que delinqüente é aquele que viola as leis de uma maioria política. No entanto, não há duas categorias de homem: a de delinqüentes e de não delinqüentes. Há o homem que está legalmente qualificado de anti-social em função do que ele é e que a sociedade tem o dever de ressocialização. De sorte que o conceito básico de defesa social é a noção de anti-socialidade.

A noção de anti-socialidade é de efeito fundamental no sistema de Gramatica. Do conceito de anti-socialidade perceptível aos olhos do observador graças aos indícios de anti-socialidade, se substitui ao conceito de responsabilidade e de periculosidade, servindo como único critério de intervenção do Estado.

Ao homem reconhecidamente anti-social é conveniente que se aplique as medidas de defesa social: uma medida adaptada a cada indivíduo, escolhida em cada caso em particular, que objetivará a melhora do sujeito. Esta medida de duração indeterminada, intervirá não somente no *pos factum*, após o acontecimento de uma ação reprovada pelo sistema jurídico, mas também no *ante factum*, independentemente de uma atitude, fundamentada no caráter antisocial da personalidade.

Assim as medidas de defesa social à disposição do Estado, serão necessariamente unitárias, não sendo possível a aplicação de pena e de medida de segurança. Não haverá senão apenas aplicação de medidas de defesa social. Estas medidas serão executadas em qualquer lugar, salvo na prisão. A coercibilidade das medidas de defesa social serão da mesma natureza daquelas que pesa sobre o alienado enquanto esteja internado.¹⁴

A perspectiva desta política de higiene social de prevenção e curativa, suscita nos criminalistas grande inquietude. Ainda que Gramatica preconize que a defesa social, tal qual ele apresenta, prende-se firmemente a objetivos legalistas, não comprometendo a noção de liberdade individual, ela tende a fornecer uma ampla possibilidade de cometimento de arbitrariedades.

É assim que se destacam duas idéias essenciais: *subjetivação*, que é a superioridade da tutela do indivíduo sobre a tutela dos bens, postulando assim a abolição da responsabilidade penal que seria substituída pela noção de *anti-socialidade*.

A doutrina comporta também a exclusão do problema filosófico da liberdade e rejeição das noções de delito, delinqüente e pena. As medidas de

¹⁴ Com relação à substituição das penas por medidas de defesa social, Gramatica entende que, embora tais medidas devam agir sobre a personalidade antisocial, o indivíduo que as recebe deve continuar a gozar de sua capacidade, de sua liberdade, no sentido humano do termo. Daí defender o interesse de se ultrapassar o aspecto puramente moral da ação de cada indivíduo abandonando a instituição da responsabilidade penal, para que possa impor um princípio mais realista, social e científico, da sociedade e anti-socialidade. Moacyr Benedicto de Souza. *O Problema da Unificação da Pena e da Medida de Segurança*, p. 121.

defesa social, seriam fundamentadas no conhecimento da personalidade do infrator. Ao anti-social aplicar-se-á um regime de prevenção e de cura.

Estes conceitos apresentados por Gramatica não são, contudo, adotados unanimemente dentro do movimento de defesa social, notadamente face a tendência francesa, representada por Marc Ancel.

6. Marc Ancel e a Nova Defesa Social

Gramatica desempenhou papel de destaque no desenvolvimento das doutrinas modernas da defesa social, ao fundar em 1945 o *Centro de Estudos de Defesa Social* de Gênova; ao realizar, não obstante todos os ceticismos e obstáculos, o Congresso de San Remo dois anos mais tarde; ao propor e fazer com que houvesse em Liège, no Congresso seguinte, a constituição da Sociedade de Defesa Social; ao criar, estimular e sustentar corajosamente a *Revista di difesa sociale*, ele foi um incentivador incomparável. Com um devotamento e uma boa vontade sem limites, se dedicou a expor, esclarecer defender o ideal da defesa social como movimento humanista de política criminal.

Entretanto, a partir do *III Congresso Internacional de Defesa Social*, realizado em Anvers em 1954, tornava-se difícil não distinguir pelo menos duas tendências divergentes no movimento.

Por ocasião de duas sessões preparatórias ao Congresso mencionado, Gramatica e seus discípulos ao desenvolverem propostas audaciosas, suscitaram reservas entre numerosos seguidores que reclamavam a preparação de um *Programa Mínimo da Sociedade Internacional de Defesa Social*.

Deste programa duas novas concepções de política criminal de defesa social nascem: uma posição extrema e outra moderada ou reformista. Desde então, esta posição moderada apresenta-se diferida da outra e começa a ser chamada de "Nova Defesa Social".

É no ano de 1954, que Marc Ancel publica *A Nova Defesa Social*, verdadeiro documento ideológico, com destaque para: desjuridização; nova atitude em relação ao delinqüente e Política Criminal Humanista. A escola foi por ele definida como uma doutrina humanista de proteção social contra o crime".¹⁵

Foi contra aquela doutrina extremada proposta por Gramatica que reagiram os inspiradores do *programa mínimo*. A política criminal de defesa social parte necessariamente da proteção do indivíduo e de sua dignidade. Ela não reconhece o Estado revestido de um valor absoluto, tampouco detentor de poderes discricionários; impõe-lhes deveres precisos para com o cidadão, e é neste sentido que se pode falar de um direito de ressocialização, ou de uma obrigação do estado

¹⁵ Regis Prado e Bitencourt, *ob. cit.*, p. 39.

de promover a integração do indivíduo na comunidade social: o reconhecimento dos direitos humanos é a característica deste sistema.

A defesa do indivíduo como também a proteção da sociedade, estão condicionados à boa formulação do direito. Neste caso, não seria o caso de se suprimir o direito penal, nem a infração, nem a apreciação jurídico penal, nem a responsabilidade do delinqüente, nem a sanção penal - conforme outrora proporia Gramatica e seus adeptos. A política criminal de defesa social visa, portanto, não a extinção do direito penal, mas o aperfeiçoamento desse direito, adequando a reação anticriminal às necessidades da sociedade.

A nova doutrina não se contenta em discutir a distinção teórica entre “pena” e “medida de segurança”, preconiza um sistema unitário de sanção e medida, no sentido comum da palavra, bem como propõe a supressão da pena.¹⁶

A nova defesa social não se caracteriza como um programa técnico de modificações regulamentares, mas sim, como um verdadeiro estado de espírito, ou, nas palavras de Ancel, *por uma tomada de consciência acerca de necessidades sociais e éticas novas, em face das antigas estruturas e de tradições obsoletas.*¹⁷

6.1. Aspectos críticos da nova doutrina¹⁸

O que caracteriza a defesa social é antes de tudo uma reação contra as concepções *a priori* sobre o qual repousa o direito penal tradicional; é a reserva que a doutrina professa em não ver o crime e a respectiva sanção como entidades puramente jurídicas, apreciáveis unicamente pela ciência e pela técnica do direito.

A defesa social supõe a rejeição de toda metafísica, de todo apriorismo jurídico, cuja posição já havia sido confirmada por Prins. Segundo as doutrinas de defesa social, a justiça penal não é e não pode ser senão relativa. Ela tem por função não julgar um fato em si, segundo regras abstratas, mas fazer julgar um homem, por outros homens. A justiça humana é incapaz de estabelecer um sistema plenamente retributivo. Sua função é determinar a sanção eficaz que permita tanto corrigir, quanto reabilitar o indivíduo à sociedade.

Considera o crime como um fato humano, como uma manifestação, uma expressão da personalidade de seu autor. É neste momento em que se depara com o problema de responsabilidade. A defesa social, parte do caráter humano do ato criminal.

Quanto à sistematização das idéias, ou à reforma legislativa, a defesa social considera a justiça penal uma ação social e não se trata de organizar essa justiça distribuindo penalidades legais, nem de atribuir ao juiz a função de intervir

¹⁶ Ancel, Marc. *A Nova Defesa Social*, p. 124.

¹⁷ Idem, *ibidem*, p. 29.

¹⁸ Cf. Marc Ancel, *ob. cit.*, p. 231.

em nome do poder. Portanto o juiz não é considerado o senhor da lei. Nem pensa que a função da justiça se encerra após esgotadas as vias de recurso do delinqüente e cumprida a sanção estabelecida. A doutrina contesta que o problema social e humano do crime possa ser resolvido só pelo juiz.

Do mesmo modo, pode-se dizer que a *Nova Defesa Social*, embora tenha surgido a partir das idéias formuladas pela doutrina positivista, opõe-se a ela em alguns pontos que devem ser relacionados:

A *Nova Defesa Social* rejeita totalmente o determinismo positivista de Prins. Este, desde o início, enfatizou que o debate filosófico sobre a existência ou não do livre arbítrio devia permanecer à margem de uma ação social de luta contra a criminalidade. Todavia, pode-se dizer que a *Nova Defesa Social* postula o livre arbítrio. A política criminal de ação social repousa no reconhecimento, na utilização e no desenvolvimento desse sentimento inato de responsabilidade que todo o homem possui.

A defesa social não confia nas classificações tradicionais de delinqüentes. A busca dessas classificações é cientificamente legítima e útil; mas para a *Nova Defesa Social*, o ato criminal é, antes de tudo a expressão de uma personalidade individual.

6.2. A Nova Defesa Social e a doutrina de Gramatica

As teses de Gramatica foram elaboradas no seguinte sentido: pretende rejeitar não somente a velha teoria clássica da intenção, mas a própria punição da vontade delituosa na acepção antiga, devendo por de lado toda idéia de repressão; a única ação a empreender contra a predisposição criminal seria a de ressocialização. E, no final das contas, a eliminação não somente da pena como o sofrimento imposto ao condenado, mas da própria noção de delito e de delinqüente. O termo "direito penal" acabaria por ser banido do vocabulário de defesa social, por ser evocador de um sistema de repressão.

É a partir destes extremos que a *Nova Defesa Social* se afasta das teses de Gramatica.¹⁹

Já se pode dizer anteriormente que Gramatica pretendia substituir o fato-infração pela personalidade sócio-biopsicológica do sujeito. Esse sistema que tenciona excluir toda idéia de punição, impõe ao Estado o dever de ressocializar o indivíduo, negando seu direito de punir. Todavia, o esforço da *Nova Defesa Social* tende, ao contrário, integrar esse movimento no direito penal existente, com o objetivo de modificá-lo segundo as concepções de uma política criminal sadia.

¹⁹ Com a *Nova Defesa Social*, é retomado o movimento da União Internacional de Direito Penal. Marc Ancel, entretanto, articula-se melhor com Prins do que com Von Liszt, este mais fiel à disciplina jurídica contra sociólogos, antropólogos e outros cientistas. Roberto Lyra, *Novíssimas Escolas Penais*, p. 84.

O movimento da *Nova Defesa Social* se opõe com o mesmo vigor às doutrinas que pretendessem suprimir ou substituir o direito penal como sistema jurídico.

A *Nova Defesa Social*, contesta reduzir as doutrinas da defesa social a um “direito puro do autor”, que conduziria à supressão total da própria noção de direito penal como sistema jurídico. A proposta é de integrar a defesa social no sistema de direito penal.

Considerando-se que o ato delituoso é manifestação da personalidade do delinqüente, se o delinqüente deve ser “tratado” através da sanção que lhe é aplicada e se essa sanção deve ser individualizada, convém que esta medida possa produzir o melhor efeito social. É então evidente que, para certas categoria de indivíduos, a medida criminologicamente apropriada permanece como sendo a aplicação de pena, podendo inclusive, em determinadas circunstâncias, ser a de privação de liberdade de curta duração.

Este entendimento se dá, face o estudo atento da personalidade do delinqüente e da dinâmica que o crime conduz a pensar que, em relação a certos delinqüentes e certos delitos, a pena - curta, mas exemplar - poderá ainda conservar um valor inclusive reeducativo.

A *Nova Defesa Social* pretende se esquivar de certos exageros que tendem a substituir noções precisas por concepções vagas baseadas na noção de anti-socialidade, o que provoca uma ruptura com a realidade humana e social.

Por estas mesmas razões é que a *Nova Defesa Social* rejeita a noção de responsabilidade moral proposta por Gramática, insistindo tratar-se da oposição mais importante e a mais irredutível entre as duas teses.^{20 21}

Percebe-se que a *Nova Defesa Social* se opõe ao determinismo positivista. Em toda personalidade ela procura detectar uma responsabilidade real, e qualquer medida não punitiva é considerada uma forma de educação dessa responsabilidade individual.

²⁰ Ancel, Marc. *ob. cit.*, p. 255.

²¹ No Congresso promovido em Genebra, pela Comissão de Estudos Meta-Jurídicos da Suíça e Sociedade Suíça de Criminologia, o problema da adequação do princípio da responsabilidade penal passou pela mais ampla análise. Mar Ancel desenvolveu amplas considerações em torno da matéria intervindo em favor das modernas posições da ciência penal, afirmando: *a defesa social, como doutrina de política criminal, apoia todo o seu sistema sobre uma afirmação nova, isto é, a responsabilidade considerada do ponto de vista concreto, como fenômeno ao mesmo tempo humano e social e que, a posição entre os indivíduos normais e anormais, postulado do sistema intermediário de aplicação cumulativa da pena e das medidas de segurança, que seduziu os legisladores de 1930, fatigados de polêmicas estéreis, não mais poderá subsistir.* Moacyr Benedicto de Souza. *Ob. cit.*, p. 122.

6.3. Propostas da Nova Defesa Social

As posições de base da *Nova Defesa Social* se ordenam em torno de pontos essenciais que derivam do exame crítico do sistema em vigor. São eles: a reação contra os excessos de *juridismo* o que leva à necessidade de *desjuridização*; uma nova atitude em relação ao delinqüente; a ação social adequada a reverter o quadro instalado, precisando o espírito dessa ação social de reação contra o crime.²²

Quanto à reação contra os excessos de *juridismos*, o que persiste no movimento de defesa social é o esforço de lucidez que consiste em ultrapassar a fórmula, o conceito jurídico, para apreender a realidade social, único fator que deve servir de base à nova política criminal. É assim que este movimento conduz a essa *desjuridização* de certos conceitos ou setores da ação anticriminal.

O funcionamento da justiça penal repousa assim numa ficção estabelecida para servir de base a uma pretensa prevenção geral. Mas essa prevenção geral, sob o ponto de vista sociológico, sempre se vê desprovida de qualquer eficácia, pois os membros da comunidade não consideram o fato incriminado como um verdadeiro delito, nem a sanção como uma pena comportando reprovação social.

Quando tudo passa a ser incriminado, passa a final a ser permitido. O Estado de anomia, de ausência de padrões ético-jurídicos prejudica a própria dignidade do direito penal.

O que pretende a *Nova Defesa Social* é levar em conta, à margem da noção puramente teórica da ficção jurídica, um elemento de realidade humana, considerando também que o direito penal moderno se caracteriza pela importância cada vez maior que atribui à consideração do motivo, além da intenção criminal.

A *Nova Defesa Social* pretende conservar cuidadosamente a regra *nullum crimen sine lege*, num sistema coerente de direito penal e a intenção do juiz segundo um procedimento submetido ao princípio da legalidade. É possível ver a *desjuridização* sem o sentido de ataque contra todo o sistema de direito. A reação contra o delito se deve voltar para o futuro e não para o passado, pois não se pode modificar o que já ocorreu. Essa restituição só é possível nas esferas de compensações civis. O esforço é o de implantar uma política criminal que seja antes de tudo impregnada de realidades da vida.

A adoção de uma nova atitude em relação fato criminoso e ao delinqüente, consiste em se opor a um sistema de reação anticriminal onde o delinqüente não seja mais submetido à justiça penal unicamente com fins expiatórios, de vingança e de retribuição. A consideração da personalidade do delinqüente constitui o primeiro traço dessa nova atitude, que deverá ser integrado no processo penal. Decorre então que o juiz ao julgar o ato qualificado infração segue, não somente o critério objetivo da lei, mas também em função de elementos subjetivos da personalidade do autor. Esse relacionamento entre o fato seu autor surge como um

²² Cf. Marc Ancel, *ob. cit.*, p. 345.

dos elementos fundamentais da ciência criminal moderna, importando que o juiz conheça o delinqüente e por fim, integre esse conhecimento científico do delinqüente no processo penal.

O desenvolvimento dessas noções levam a concluir pela necessidade de "tratamento do delinqüente" que deve se estender não unicamente até o julgamento, mas um processo que se inicia nas primeiras providências em seguida ao ato delituoso, para só terminar com a última medida adotada em relação ao delinqüente.

Essa noção de tratamento do delinqüente leva ao problema de uma reorganização do sistema das sanções penais. Exigindo a organização de um sistema racional e científico de tratamento que conduza a uma integração da pena com a medida de segurança.

A condição primordial para um desenvolvimento das sanções penais, dentro do espírito da política criminal, abordando sobretudo o desprezo da qualificação "penas" e "medidas", consiste em uma utilização livre. Essa utilização individualizada permitirá que se transformem em agentes de ressocialização. Nesse sentido é que se pode dizer na *Nova Defesa Social* existe integração entre pena e medida de segurança.

Trata-se, portanto, de se aplicar ao delinqüente um tratamento de prevenção, o que não implica que estará isento de medidas que lhe sejam desagradáveis, ou mesmo de sanções. É preciso deixar bem claro que a ação de defesa social se exerce não com vista a uma retribuição, mas reagir contra o crime como fato humano, o que leva à oposição às idéias de repressão.

Entre os seguidores dessa doutrina jurídica figuram Germain, Vasalli, Herzog, Pinatel, Graven, Cornil, Versele, Barbero Santos, Nuvolone, Vernet, Kinberg, Besson, Araújo Júnior.²³

7. Revisão penitenciária

Do que se disse, surge como evidente que a reforma penitenciária é o principal elemento da política criminal de defesa social, dada a enorme necessidade de tratamento do delinqüente. A política penitenciária de tratamento é um engajamento dos penólogos preocupados em dar ao condenado uma oportunidade de se tornar um cidadão livre.

Essa política se baseia no repúdio ao sistema repressivo que impõe ao condenado um sofrimento.

Augusto Thompson²⁴ apresenta quais as finalidades da pena de prisão: punição retributiva do mal causado pelo delinqüente; prevenção da prática de

²³ Bitencourt, Regis Prado e. *ob. cit.*, p. 38.

²⁴ *A Questão Penitenciária*, p.04.

novas infrações, através da intimidação do condenado e de pessoas potencialmente criminosas; regeneração do preso, no sentido de transformá-lo de criminoso em não criminoso.

A reforma preconizada pela defesa social, orienta-se no sentido de uma ressocialização, cuja responsabilidade também cabe à comunidade contribuir, para que cada um de seus membros seja um cidadão útil. O delinqüente tem direito a esse tratamento de ressocialização que consagra um dos aspectos da solidariedade social.²⁵

A esse direito individual e essa obrigação social de ressocialização o delinqüente deve ter sua chance; ele não pode ser atingido em sua integridade física ou moral. Como ser humano, permanece sagrado. A sociedade não pode persistir por reconduzi-lo ao bem, sendo-lhe impossível transformar sua personalidade.

O plano da defesa social não é o de expor os seus “princípios de defesa social”, nem fornecer uma série de “receitas de tratamento”. É necessário compreender bem que a defesa social consiste antes de tudo nesse enfoque novo dos problemas de política criminal do presente.²⁶

É importante construir a pena reeducativa. É necessário que ela deixe de ser um símbolo psicológico, mas necessário à sua função ressocializadora. O único castigo que ela pode comportar é o do cerceamento de liberdade imposto; assim como privação de meios pecuniários; privação de direitos e de certas atividades.

Por esses motivos, a pena mais importante, a privativa de liberdade, deverá ser submetida a um exame crítico. A se refletir: a pena não é somente uma privação provisória de liberdade, ela importa numa ruptura com o trabalho, com o meio, com a família. É uma marca de infâmia que constitui um obstáculo à ressocialização. O meio carcerário é promíscuo e sendo assim atinge não somente o delinqüente, mas toda a sua família.

8. O princípio da legalidade e a pena de duração indeterminada

A doutrina da defesa social, para ser coerente consigo mesma, não pode ser desfavorável à sanção de duração indeterminada, não sendo possível estabelecer *a priori* quando o indivíduo será socialmente recuperado. Mas também é certo que a duração indeterminada da sanção pode suscitar perplexidades com relação ao princípio da legalidade.²⁷ É de se indagar, entretanto, se uma margem de

²⁵ As Causas da criminalidade começam e acabam na sociedade. Para a sociedade vão os efeitos. Efeitos serão novas causas. O imperativo causal enraíza-se na sociedade, não se oferecendo à leviandade superficial e inepta. Roberto Lyra. *Novo Direito Penal*, p. 94.

²⁶ Ancel, Marc. *ob. cit.*, p. 356.

²⁷ Nuvolone, Pietro. *ob. cit.*, p. 264

discrecionabilidade tão grande seja compatível com as garantias constitucionais de liberdade e não acabe incidindo no princípio da legalidade.

Mas é Nuvolone²⁸ quem se manifesta: *ao nosso ver, nesse campo não se pode olvidar uma observação: o princípio da legalidade jamais foi entendido, nem pode ser entendido, da mesma maneira pelo que concerne ao preceito primário e pelo que respeita ao preceito secundário. E não pode assim ser entendido, porque o legislador não tem como prever a particularidade do caso concreto, deixando necessariamente ao juiz uma margem de espaço para adaptar a sanção. A fixação do mínimo e do máximo, ou apenas do máximo da pena, sempre foi o sistema geral adotado.*

Assim sendo, ao que parece, inexistiria verdadeiro conflito com o princípio da legalidade a duração indeterminada das penas. O problema estaria em estabelecer se o Estado tem o direito de privar da liberdade, por tempo indeterminado, os delinquentes perigosos.

9. Adoção de alguns princípios defensistas no direito comparado

Os anos que se seguiram ao pós-guerra favoreceram enormemente o desenvolvimento das idéias de defesa social, fixando-as em dois traços marcantes: sua aproximação com as ciências criminológicas e penitenciárias e a busca de uma política criminal preocupada com o respeito à dignidade humana. Deste modo é que se constituiu a defesa social moderna.

O direito penal passa atualmente por uma fase de revisão de critérios especialmente no que diz respeito à tradicional pena-retribuição que, na ortodoxia de seus princípios vem seguidamente perdendo terreno.

A recuperação social do criminoso, passa a ser o preponderante, o principal escopo da pena. Não mais entre as paredes do cárcere, o drama sofrido de um culpado, mas o espetáculo de salvação do ser humano.

É o que demonstra o Código Penal Suíço, em seu art. 37 que preceitua que as penas privativas de liberdade “devem ser executadas de modo a exercer sobre o condenado um ação educadora e prepará-lo para a vida livre”.²⁹

O Código Soviético, da mesma forma, atribuía à pena a finalidade de “corrigir e reeducar o criminoso no espírito da honrosa adaptação ao trabalho e no respeito às normas da vida coletiva”.

A Constituição da Itália inclui entre suas disposições que as penas não podem constituir em modos de tratamento contrários ao sentimento de humanidade e devem visar à reeducação do condenado. Do mesmo modo a Constituição

²⁸ Ob. cit., p. 265.

²⁹ Cf. Nelson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, V. 1, p. 276.

Francesa que assim declara: as penas privativas de liberdade devem tender à reeducação do culpado.

O Código Tchecoslovaco, de 1950, ressaltava, entre os fins da pena, o de educar durante sua execução e ressocializar o condenado, para convertê-lo em um membro da comunidade como os demais. No mesmo sentido os Códigos da Bulgária e da Iugoslávia, de 1951.

O Regulamento das Prisões da Espanha, de 1956 estabelece que as sanções penais devem ter por fim uma ação reformatória, na conformidade dos princípios e orientações da ciência penitenciária.

De tal sorte vem se acentuando na doutrina, nos votos de Congressos Internacionais, nos projetos de reforma jurídico-penal, e até mesmo no próprio direito positivo, o critério de que a privação de liberdade, como sanção contra o delinqüente, não é um fim em si mesma, devendo ser aproveitada para o afeiçoamento do condenado à vida social mediante processo de educação ativa.³⁰

10. Conclusão

A Escola de Defesa Social - nova corrente do direito penal e da penologia - está a merecer estudos mais aprofundados por parte dos especialistas, sobretudo no Brasil. Percebe-se, entretanto, uma certa tendência, advinda provavelmente da falta de informação, de contrapor a defesa social às liberdades individuais.

Na verdade, se o movimento trouxe à época de sua divulgação certa hesitação e resistência entre os estudiosos, no sentido de questionar a *defesa social* como sistema ou movimento logicamente estruturado, hoje é possível se verificar grande número de obras e artigos destinados ao seu exame, especialmente no direito estrangeiro. O que denota que seu conteúdo não pode ser valorado negativamente.

A Escola Defensista, partindo sempre da análise do caráter retributivo que se empreende à pena, da personalidade do delinqüente, da vinculação entre o crime e o meio social do autor, da necessidade de uma reforma penitenciária, oferece uma opção extremamente válida, porquanto almeja o estabelecimento de um direito penal adequado à dignidade humana.

Esta renovação da sistemática atual é urgente e não pode esperar. Trata-se da saúde de toda uma sociedade que encontra-se oprimida frente a ineficácia de suas instituições que sequer ousam "tentar" uma mudança, num ostracismo quase que retrógrado.

³⁰ Na doutrina brasileira há poucos estudos a respeito das idéias preconizadas pela defesa social. Da consulta a tratados, manuais e publicações diversas relativa ao tema, revela-se a ausência de referência a essa nova corrente que manifesta-se de natureza bastante atualizadora. É de se ressaltar, todavia, a obra de Henny Goulart, *Penologia I*, e de Manoel Pedro Pimentel, que bem reportam-se sobre o tema. *Odete Medauar, ob. cit.*, p. 105.

11. Bibliografia

- Ancel, Marc. *A Nova Defesa Social*, 2ª. ed., Rio, Forense, 1979.
- Asúa, Luiz Jiménez de. *Tratado de Derecho Penal*, V. II, Buenos Aires, Losada, 1963.
- Bruno, Aníbal. *Direito Penal*, Parte Geral, tomo I, Rio, Forense, 1978.
- Calón, Eugenio Cuello. *La moderna Penología*, Barcelona, Bosch, 1974.
- Cavalla, Francesco. *La pena come problema*, Cedam, Padova, 1979.
- Decocq, André. *Droit Penal Général*, Librairie Armand Colin, Paris, 1971.
- Hungria, Nelson e Fragoso, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*, 5ª. ed., v. I, tomo I, Rio, Forense, 1977.
- Lyra, Roberto. *Novo Direito Penal*, Rio, Borsoi, 1971.
- _____. *Novíssimas Escolas Penais*, Rio, Borsoi, 1956.
- Marques, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*, V. I, 2ª. ed., SP, Saraiva, 1965.
- Martins, José Salgado. *Direito Penal*, Introdução e Parte Geral, SP, Saraiva, 1974.
- Medauar, Odete. *In Defesa Social*, Enciclopédia Saraiva de Direito, V. XXIII, SP.
- Nuvolone, Pietro. *O Sistema do Direito Penal*, Trad.: Ada Pellegrini Grinover, V. I, SP, RT, 1981.
- Prado, Luiz Regis e Bitencourt, Cezar Roberto. *Elementos de Direito Penal*, Parte geral, Coleção resumos 1, São Paulo, RT, 1995.
- Silva, Evandro Lins e. *In De Beccaria a Fillipo Gramatica*, Sistema Penal para o Terceiro Milênio, RJ, Revan, 1991.
- Souza, Moacyr Benedicto de. *O Problema da Unificação da Pena e Medida de Segurança*, José Bushatsky Editor, SP, 1979.
- Thompson, Augusto. *A questão Penitenciária*, 3ª. ed., RJ, Forense, 1991.
- Vitu, Roger Merle Andre. *Traité de Droit Criminel*, Cujas, Paris, 1973.