

SOBRE O ESTATUTO E FUNÇÃO DA CRIMINOLOGIA CONTEMPORÂNEA (*)

Pelo Dr. Manuel da Costa Andrade

I

1. Com a nossa comunicação propomo-nos oferecer um contributo para o debate sobre o enquadramento epistemológico e funcional da *Criminologia* no contexto actual do «sistema» das *Ciências Criminais* em geral, com destaque para a *Política Criminal* e a *Dogmática Jurídico-Penal*. Um contributo forçosamente modesto, já pela exiguidade do tempo já, sobretudo, pela especificidade do tema proposto. Temos fundamentalmente em vista: por um lado, a natureza movediça sobre que assenta toda a teoria das ciências humanas em geral, as jurídicas incluídas; e, por outro lado, o carácter notoriamente cintilante da *Criminologia*, da *Política Criminal* e da *Dogmática Jurídico-Penal* contemporâneas. Estes três ramos do saber vivem, com efeito, um período de notória ebulição com a recorrente problematização dos respectivos horizontes epistemológicos, modelos metodológicos, objectos de estudo e, consequentemente, a permanente oscilação das fronteiras recí-

(*) O presente artigo reproduz na íntegra a comunicação apresentada ao IX Congresso Internacional de Criminologia (Viena, Setembro de 1983). A participação no Congresso foi possível devido a um subsídio para o efeito concedido por Sua Excelência o então Ministro da Justiça Dr. Meneres Pimentel, o que com gratidão se assinala.

procas, provocando-se áreas cada vez mais extensas de interpenetração e condomínio mais ou menos pacífico, mais ou menos conflitual (1).

O que frustra, à partida, qualquer pretensão de tomada definitiva de posição. É obriga, pelo contrário, a actualizar a consciência do carácter necessariamente contingente dos resultados alcançados, como passos encadeados no processo histórico da sua sucessiva superação, ao ritmo dos equilíbrios dinâmicos consentidos pela própria matéria em exame.

Isto posto, apenas uma outra observação preliminar. Para relevar que é nosso propósito, em sede de ilustração exemplificativa, privilegiar na medida do possível a referência à realidade portuguesa. Tanto no que concerne ao plano científico-doutrinário, como no que respeita à política criminal e à reforma penal, ao discurso político sobre o crime e ao discurso da experiência quotidiana do problema criminal, através, sobretudo, do seu reflexo nos *mass-media*.

II

2. Nada, talvez, mais indicado, como início de abordagem, do que a identificação do que hoje constitui o *problema criminológico*. Entendemos por tal, o conjunto de interrogações de índole teórica ou empírica, pacificamente consideradas pertencentes à criminologia e que, com acentuada regularidade, ocupam um espaço privilegiado nos manuais da criminologia, nas investigações monográficas e nas revistas da especialidade.

A este propósito, é flagrante o contraste entre a criminologia tradicional — *grosso modo* a criminologia predomi-

(1) Cf. H. Müller-Dietz, «Sozialwissenschaft und Strafrechtsdogmatik», in: H. Müller-Dietz (Herausg.), *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, Köln: Carl Heymanns, 1971, p. 105 e segs.

nante até ao fim da década de cinquenta do nosso século — e a criminologia contemporânea (2).

A criminologia tradicional caracterizava-se pelo predomínio, pode mesmo dizer-se pela quase exclusividade da dimensão etiológica. Fazer criminologia era, então, responder à pergunta: *porque é que as pessoas cometem crimes?* Para tanto, havia que identificar as causas do crime: ou a nível individual, na linha da antropologia lombrosiana, isto é as causas radicadas na estrutura biológico-constitucional do indivíduo, nas vicissitudes da sua biografia ou nos sobressaltos do seu processo de interiorização das instâncias repressivas das pulsões instintivas, v.g. o *Super-Ego* (Freud) ou a *Consciência* (Eysenck); ou a nível sociológico, pondo, v.g., em evidência o potencial criminógeno da integração em espaços ou universos subculturais ou da situação em zonas de clivagem entre as exigências da estrutura cultural (ideologicamente democrática e meritocrática) e as oportunidades diferenciadas da estrutura social.

E isto sob o envolvimento de um conjunto de postulados ideológicos e epistemológicos mais ou menos conscientemente assumidos mas determinantes, em todo o caso, na definição do estatuto, da função e do *ethos* político da criminologia. Desde logo, o dogma da «criminalidade como um dado ontológico pré-constituído em relação à reacção social e ao direito penal, susceptível, por isso, de ser estudado nas suas *causas*, independentemente do estudo da reacção social

(2) É intencionalmente que utilizamos a expressão criminologia contemporânea que assume um significado obviamente mais neutro e mais amplo que as designações mais específicas e mais comprometidas como, por exemplo, criminologia *nova* ou *moderna*. Sobre o tema, desenvolvidamente, C. Andrade, «O Novo Código Penal e a Moderna Criminologia», in: *Jornadas de Direito Criminal*, Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 1983, p. 190 e segs.; J. Kürzinger, «Die Kritik des Strafrechts aus der Sicht moderner Kriminologischer Richtungen» *ZStW* 1974, p. 216 e segs.; Figueiredo Dias/Costa Andrade, *Criminologia. O Homem Delinquente e a Sociedade Criminógena*, Coimbra: Coimbra Editora, 1984, p. 41 e segs.

e do direito penal» (Baratta) (3). Em segundo lugar, o postulado do delinquente como um ser naturalmente *diferente* do homem normal e conformista. Por último, a aceitação como um *dado* da ordem social oficial, com seus critérios de respeitabilidade e as suas definições de comportamento desviante e conformista. Para além de aceitar a definição heterónoma do seu objecto — crime é (*e é só*) o que a lei define como tal — a criminologia tradicional tendia a circunscrever o seu âmbito aos indivíduos formalmente estigmatizados como delinquentes, isto é os internados nas prisões ou em clínicas prisionais.

3. A diferença entre o problema criminológico tradicional e o contemporâneo assume, desde logo, uma clara expressão *quantitativa*. A questão etiológica, mesmo tendo em conta as novas dimensões entretanto adquiridas, deixa de constituir o tema exclusivo, sequer mesmo o tema central da criminologia. As suas preocupações estendem-se hoje cada vez mais para um conjunto — extremamente diversificado e progressivamente alargado — de aspectos novos do problema criminal. A título puramente indicativo e sem cuidado de rigor, é possível reconduzir a alguns denominadores comuns os mais significativos destes temas ou interrogações da criminologia dos nossos dias.

a) Relevos merecem, desde logo, as chamadas investigações de fenomenologia criminal, destinadas a identificar — nas suas manifestações típicas, expressão quantitativa, impacto disfuncional e custos sociais, *localização social* (por classe económico-social, grupo etário ou profissional, «colarinhos brancos» ou «azuis», raça, zona residencial, etc.) — as formas mais significativas de comportamento socialmente danoso. Trata-se de tentar superar os limites das estatísticas oficiais, decorrentes quer da existência da chamada *criminalidade oculta*, quer da *mortalidade de casos criminais* no longo «corredor» do sistema formal

(3) A. Baratta, «Criminologia Critica e Politica Criminale Alternativa», *La Questione Criminale* 1977, p. 342.

de reacção ao crime, tentando, assim, penetrar no «outro lado da lua» (Ph. Robert) da *criminalidade real* (4). E isto tanto com finalidades teórico-explicativas (em ordem a testar a validade de determinadas hipóteses) como com propósitos político-criminais: é normal, por exemplo, que os movimentos de neo-criminalização em áreas como a criminalidade de *white-collar* sejam precedidos de aturadas investigações sobre a fenomenologia de certas práticas consideradas socialmente danosas.

b) Um lugar central ocupa também o estudo das condições e das consequências da projecção da ordem social sobre a realidade concreta. Trata-se aqui de investigações destinadas a acompanhar o processo através do qual as formulações abstractas (e inacabadas) das leis criminais chegam a atingir as pessoas definitivamente criminalizadas. Com elas pretende-se, por um lado, esclarecer em que medida os *second-codes* (MacNaughton) que operam a nível das instâncias formais de controlo e imprimem às simbolizações da lei criminal a sua modelação e conteúdo definitivos, os únicos, afinal, com que ela assume vigência e eficácia (*selecção qualitativa*). E procura-se, em segundo lugar, identificar os *mecanismos de selecção* e as «regularidades estruturais» (Sack) responsáveis quer pela «imunidade diferencial» das pessoas à presença pró-activa e à visibilidade do *first-line-enforcer* (Polícia), quer pela sobrevivência diferencial dos casos conhecidos-pela-polícia, isto é, que atingem o *in-put* no sistema formal de controlo (*cifras negras e selecção quantitativa*). Daí a já praticamente inabarcável literatura criminológica versando sobre as infra-estruturas do sistema formal de controlo — Polícia, Ministério Público, Júri, Advogado, Tribunal, Administração Penitenciária, etc. — convertendo-as segundo a expressiva formulação de Erikson, em «variáveis críticas do estudo da *deviance*». Tem sido por esta via que se vem logrando penetrar nos modelos de acção dos agentes das instâncias de controlo, pondo designadamente em relevo as condicionantes que derivam do facto de as ins-

(4) Sobre estes conceitos, desenvolvidamente F. Dias/ C. Andrade, (n. 2), p. 130 e segs. e 365 e segs.

tâncias assumirem uma estrutura burocrática e organizacional, portadora de *goals* e racionalidade próprios, bem como de específicas subculturas ou mesmo programas apócrifos de política criminal.

Em terceiro lugar, tem-se com estes estudos tentado esclarecer as consequências negativas da «aplicação do estigma com sucesso» (Becker). Sobretudo os criminólogos mais directamente influenciados pelo interaccionismo simbólico e pela etnometodologia têm tentado indagar em que medida a série de *cerimónias degradantes* (Garfinkel), em que se analisa o processo formal de reacção e, principalmente a experiência no seio das *instituições totais* (Goffman) e a consequente *distância social*, adulteram a interacção entre o estigmatizado e os *outros significantes*. E em que medida tudo isto pode resultar para o delinquente numa adulteração da sua identidade, com a ruptura da integridade da sua auto-imagem de respeitabilidade e a adopção duma identidade e duma carreira de *deviance*.

c) O interesse pela selecção a nível da criminalização secundária veio também a estender-se à selecção operada a nível da criminalização *primária*, isto é, a selecção operada pela própria natureza fragmentária da lei penal como instância originária e primeira de reacção à *deviance*. Logo, com efeito, se ganhou consciência de que a compreensão e explicação do crime postula o estudo dos mecanismos sociais de criminalização. De que, segundo Hassemer, «uma teoria do crime como teoria da criminalidade pressupõe uma teoria do crime como teoria da criminalização» (5).

Com isto transpuseram os umbrais dos laboratórios de criminologia e ascenderam às páginas dos seus manuais e revistas temas como: criminalização-descriminalização; processos históricos de aparecimento, evolução e extinção das leis e das instituições penais, pondo em relevo tanto os factores económicos, culturais e políticos da sua trajectória como a res-

(5) W. Hassemer, *Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zur einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, Frankfurt: Europäische Verlag, 1980, p. 9.

pectiva função económica, cultural e política. Como exemplos desta historiografia da sociedade punitiva, convirá destacar: o estudo de Chambliss (*A Sociological Analysis of the Law of Vagrancy*) sobre a história da incriminação da *vadiagem* em conexão com a evolução das estruturas económicas; o de M. Foucault (*Surveiller et Punir*) sobre a história do correcionalismo prisional; bem como o estudo precursor de Rusche e Kirchheimer (*Punishment and Social Structure*) (6) sobre a relação entre os sistemas punitivos e o mercado do trabalho.

Estava, assim, aberto o caminho para a problematização, pela criminologia, da própria ordem social e dos mecanismos da *sociedade punitiva*. Para, noutros termos, se questionar o modo como uma dada definição ou «construção da realidade» (Berger/Luckmann) triunfa e se impõe, quais as suas estratégias de legitimação e manutenção e o modo como se relaciona com as construções alternativas da realidade: em termos de *tolerância* (democrática) ou de panoptismo (Foucault) de vocação indisfarçadamente «holística» (Popper) (7).

(6) Não se ignora que a obra de Rusche e Kirchheimer é muito anterior — a sua primeira edição foi publicada em 1939. De resto, o núcleo essencial do livro de Rusche e Kirchheimer havia já sido antecipado no conhecido artigo de Rusche «Arbeitsmarkt und Strafvollzug» (1933). Não será, contudo, arriscado afirmar que a obra de Rusche e Kirchheimer surgiu, do ponto de vista da teoria criminológica, antes do tempo, já que só a criminologia contemporânea estava em condições de a receber. É o que documenta a sua redescoberta pela mais recente teoria criminológica, claramente revelada na recente publicação do artigo de Rusche em língua italiana («Il Mercato del Lavoro e l'Execuzione della Pena. Riflessioni per una Sociologia della Giustizia Penale», *La Questione Criminale* 1976, p. 519 e segs.) e francesa («Marché du Travail et Régime des Peines. Contribution à la Sociologie de la Justice Pénale», *Déviance et Société* 1950, p. 215 e segs.).

O mesmo vale para o livro *Punishment and Social Structure* com destaque para a tradução italiana (*Pena e Struttura Sociale*, 1978) acompanhada de uma esclarecedora introdução de D. Melossi.

(7) Sobre o *panoptismo* — uma das características mais salientes das sociedades contemporâneas, segundo o autor — M. Foucault, *La Verdad y Las Formas Jurídicas*, Barcelona: Gedisa, 1980, p. 99 e segs. Por seu turno, K. Popper tem denunciado empenhadamente os riscos (totalitários) das tentativas de reconstrução social *holística* ou utópica (*utopian*

d) Uma referência, por último, a um género de estudos, a cuja proliferação vimos assistindo e que poderíamos, parafraseando Gouldner agrupar sob a designação de «criminologia da criminologia» ou ainda, *criminologia reflexiva* (8). Neles, com efeito, é a própria criminologia — «como teoria e como instituição social» (Gouldner) — que se converte em objecto crítico de análise, e é outrossim o criminólogo que se interroga, numa perspectiva de conflito, sobre o seu próprio papel, sobre de que lado está. Recordem-se, a título de exemplo, obras como: a de H. Becker, *Whose Side are We On?*; dos Schwendinger, *Defenders of Order or Guardians on Human Rights?*; ou de Chambliss e Mankoff, *Whose Law, What Order?*

4. O alargamento do criminologicamente relevante nos sentidos apontados — e outros poderiam indicar-se como, v.g., o da redescoberta da *vítima* pela criminologia contemporânea — parece definitivamente adquirido. Hoje não suscitam qualquer reparo definições da criminologia como a apresentada por Sykes (que décadas atrás não deixaria de valer como uma heresia), segundo a qual a criminologia é: «o estudo das origens sociais da lei criminal, da administração da lei criminal, das causas do comportamento delinquente, da prevenção e controlo do crime, incluindo a reabilitação individual e a transformação do meio social». Isto, de resto, na esteira de Sutherland que, com o seu conhecido sentido inovador, já antecipadamente sustentara que «a criminologia se divide em três ramos principais, que são os seguintes: a) a sociologia do direito, que se preocupa com a análise científica das condições de desenvolvimento das leis penais; *este ramo é*

social engineering). Como alternativa, sustenta Popper que só as intervenções «fragmentárias», «limitadas» ou «por pequenos passos», são legítimas numa perspectiva democrática e do ponto de vista duma sociedade aberta. Desenvolvidamente, K. Popper, *La Société Ouverte et ses Ennemis*, Paris: Seuil, 1979; K. Popper, *La Miseria del Historicismo*, Madrid: Alianza, 1980.

(8) A. Gouldner, *La Crisis de la Sociología Occidental*, Buenos Aires: Amorrortu, 1973, p. 20 e segs. Em sentido convergente, N. Herpin, *Las Sociologues Américains et le Siècle*, Paris: Puf, 1973, p. 154.

raramente tratado nas obras gerais de criminologia; b) a etiologia criminal, que se propõe a análise científica das causas da criminalidade; c) a penologia, enfim, que trata da luta contra a criminalidade»⁽⁹⁾.

De per si, este puro ganho de expressão quantitativa pouco alcance teria do ponto de vista da reflexão sobre o estatuto e a função da criminologia, já que não alteraria significativamente as coordenadas metodológicas e epistemológicas do problema. Quando muito, ele valeria como prova da capacidade de progresso da criminologia. E aproveitaria, como reconfortante satisfação do sentimento narcisista, aos criminólogos mais preocupados em esconjurar o fantasma de que não passariam de «reis sem reino», anos antes despertado por Thorsten Sellin.

Só que as coisas não consentem esta neutralidade. Desde logo, porque não é possível recusar o *ethos* político contido em muitas das interrogações que se inscrevem no activo da criminologia contemporânea. Depois, e sobretudo, porque se afigura forçoso reconhecer que as transformações registadas no problema criminológico e já sumariamente elencadas reflectem e simultaneamente potenciam uma profunda mudança a nível dos fundamentos teóricos, metodológicos e epistemológicos da criminologia, do mesmo passo que lhe emprestam uma dimensão política sem precedentes. Isto, de resto, em total sintonia com a viragem a nível do horizonte cultural em geral e das ciências criminais em particular.

Noutros termos, aquelas transformações só foram possíveis como consequência (e causa) da ruptura do equilíbrio tradicional vigente entre as ciências criminais e em cujas coordenadas se definia o estatuto da criminologia. Tal equilíbrio assentava no primado absoluto do direito penal que definia o espaço em que operavam tanto a criminologia como a política criminal. A primeira investigando as causas do crime (legalmente definido), a segunda elaborando as estratégias mais racionais

(9) G. Sykes, *Criminology*, New York: Javonovich, 1979, p. 6; E. Sutherland/D. Cressey, *Principes de Criminologie*, Paris: Cujas, 1966, p. 11.

para prevenção e repressão do crime. Como assentava ainda na crença da criminologia como ciência — e *porque ciência* — puramente objectiva e axiologicamente neutra.

Foi com a chamada *gesamte Strafrechtswissenschaft* de F. von Liszt que esta construção conheceu a formulação mais explícita e acabada (10). Para Liszt era ao direito penal — «a barreira intransponível da política criminal» — que competia definir o *se*, o *como* e o *porquê* da aplicação das reacções criminais. Em conformidade, a «tarefa imediata da ciência do direito penal é: compreender o delito e a pena como generalização conceitual numa consideração puramente técnico-jurídica e desenvolver os preceitos concretos da lei num sistema cerrado, subindo até aos últimos princípios e conceitos fundamentais». Reduzida, como a criminologia, à categoria de ciência auxiliar, à política criminal incumbia elaborar o «conjunto sistemático de princípios fundados na investigação científica das causas do crime e dos efeitos da pena segundo os quais o Estado deve conduzir a luta contra o crime através da pena e das instituições conexas».

E foi à sombra deste *positivismo* que se mantiveram, até praticamente aos nossos dias, tanto a dogmática jurídico-penal — no sentido da procura de um sistema de conceitos unívocos e da mais estrita obediência à lei, indiferente (*rectius*, contrária) a todas as preocupações de teor político-criminal — como a criminologia — no sentido da procura naturalista das causas do crime. Com o que além do mais se almejava dar resposta às exigências do Estado de Direito liberal que reclamava um direito penal concebido como a Magna Carta do delinquente,

(10) F. v. Liszt, *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, Berlin: Gutentag, 1905, vol. II, p. 284. Para ulteriores desenvolvimentos, Figueiredo Dias, *Os Novos Rumos da Política Criminal e o Direito Penal Português do Futuro*, Lisboa, 1983, p. 5 e segs.; R. N. Barbero, «Derecho Penal y Política Criminal», *Doctrina Penal* 1981, p. 479 e segs.; A. Baratta, «Criminologia e Dogmática Penal. Passado e Futuro do Modelo Integral da Ciência Penal», *Revista de Direito Penal* 1982, p. 5 e segs.; C. Roxin, *Política Criminal y Sistema del Derecho Penal*, Barcelona: Bosch, 1972; C. Roxin, *Problemas Básicos de Derecho Penal*, Madrid: Reus, 1976, p. 71 e segs.

em ordem à maximização das garantias e da segurança do cidadão (11).

5. Esta concepção das coisas recusava formalmente qualquer relevo político-criminal autónomo à criminologia. O significado político-criminal que ela viesse, apesar de tudo, a assumir seria sempre derivado e heteronomamente determinado, já que se circunscreveria ao eventual aproveitamento dos seus ensinamentos por parte das restantes ciências criminais. «Aos cultores da criminologia só restava — refere Roxin — a missão de chamar a atenção do legislador e o espaço juridicamente neutro da execução da pena» (12).

Teria de ser assim, há que explicitá-lo, para além das já afloradas, por razões que se prendem com a própria pretensão

(11) Desenvolvidamente, F. Dias, (n. 10), p. 6 e segs.

(12) C. Roxin, (n. 10), *Politica Criminal* ... p. 25. Nada talvez mais expressivo do grau de interiorização e aceitação generalizada deste entendimento das coisas, no que respeita ao papel e ao estatuto da criminologia, do que a atitude assumida ainda em 1959 por um autor como Th. Würtenberger. Não obstante se creditar como um dos arautos mais consequentes duma dogmática aberta aos ensinamentos da criminologia, Würtenberger perspectivou a criminologia em termos de positivismo estrito, recusando-lhe toda a valência política ou normativa autónoma. «A criminologia — escrevia — é por natureza, uma ciência de facto, não uma ciência normativa.» E acrescentava, reportando-se ao problema do objecto, uma das verdadeiras pedras-de-toque do ponto de vista teórico e epistemológico: «São os critérios normativos dos tipos legais de crime que são decisivos para a determinação da natureza e conteúdo da acção criminosa, isto é, para a delimitação do seu (da criminologia) objecto científico. A criminologia não pode ser ela própria a determinar o que é ilícito e, por isso, crime, ou como tal deve valer. Tal há-de resultar das representações ético-sociais predominantes no interior da comunidade e, acima de tudo, das normas da lei penal estadual, que em última instância determina o conteúdo e os limites do ilícito criminal». Em consonância com este entendimento das coisas, Würtenberger assinala à criminologia três tarefas fundamentais: «análise fenomenológica da criminalidade, estudo etiológico-explicativo e elaboração de tipologias de delinquentes». Cf. Th. Würtenberger, *Die geistige Situation der deutschen Strafrechtss Wissenschaft*, Karlsruhe: C. F. Müller, 1959, p. 39.

da criminologia a ganhar a respeitabilidade de *verdadeira ciência*. A criminologia emergiu como um ramo específico do saber na segunda metade do século passado, num clima cultural dominado pelo prestígio das realizações das ciências físico-matemáticas e pelo triunfo do ideário do cientismo positivista. Para fazer jus ao qualificativo de ciência — e *ciência era então apenas o saber por causas* — a criminologia teria, à semelhança das restantes ciências humanas em vias de afirmação, de se perfilar pelo modelo das ciências da natureza. Deveria para tanto apresentar-se como ciência *das causas* de um fenómeno — o crime — reduzido à expressão de puro acontecer naturalístico, e à margem portanto de toda a reivindicação de valência política.

Para o que não deixou ainda de contribuir a projecção da velha ideia aristotélica de uma ciência (*epistheme*) de valor exclusivamente apodítico-explicativo, fechada a todo o significado pragmático. E que Max Weber viria a retomar ao advogar a intransponível antinomia entre o discurso do saber e o do poder. Por tudo isto, dificilmente se estranhará que mesmo criminólogos como Sellin e Mannheim tenham sempre propugnado por uma criminologia asséptica a juízos de valor, com a convicção de quem presta um serviço à sua dignidade de ciência.

Seria, contudo, apressado continuar hoje a concluir pela total irrelevância política desta criminologia de obediência positivista, reduzida à condição modesta de ciência meramente *instrumental*. Uma ponderação mais cuidada das coisas — à luz dos ensinamentos da historiografia das instituições penais, dos métodos da sociologia dialéctica e das lições da própria criminologia crítica — cedo evidenciará a inequívoca função política de tal criminologia. E forçará a concluir que ela poderia funcionar (ou funcionava) como instância de legitimação da construção oficial da realidade e, por essa via, da manutenção e perpetuação das respectivas estruturas de domínio.

Na verdade, a aceitação da definição de crime e de criminoso pelo sistema penal — no seu conjunto de lei e instâncias de reacção e controlo — e a sua identificação com o crime e o criminoso, sem mais, como objecto de estudo das causas

do crime, só pode concluir por *causas* indissociável e exclusivamente ligadas ao tipo de pessoas que o sistema define como delinquentes. Ora, este círculo vicioso não pode deixar de actuar como coonestação do labor do sistema penal e legitimação da ordem social. Se, recorrendo à terminologia de R. Merton, a *função manifesta* desta criminologia é erigir o delinquente em destinatário da política criminal — (modelo *médico* de E. Schur) — ou quando muito as manifestações patológicas ou disfuncionais a nível da estrutura cultural ou social (modelo *reformista*), a sua *função latente* não pode deixar de ser a de preservar a integridade da ordem social (13).

Em síntese, e ao contrário do que as representações ideológicas pretendam sugerir, poderia verificar-se uma singular sintonia entre o discurso do saber e o «discurso do cada-falso» (M. Foucault). Segundo Baratta, por exemplo, «a criminologia positivista converteu-se numa instância legitimante do sistema penal (...). A criminologia positivista contribuía para cobrir com um véu mistificante os mecanismos de selecção, ao mesmo tempo que proporcionava uma justificação ontológica e sociológica aos resultados desses mesmos mecanismos» (14).

6. Antes de ensaiar uma referência mais explícita ao estatuto da criminologia contemporânea, já indiciado a propósito da mudança verificada no *problema criminológico*, convirá recordar sumariamente as transformações entretanto verificadas no horizonte cultural e que muito abalaram a reflexão epistemológica em torno das ciências sociais e, mesmo, das ciências físico-matemáticas. Dum modo necessariamente sincopado pode

(13) Sobre a contraposição *funções manifestas* — *funções latentes*, R. Merton, *Sociologia. Teoria e Estrutura*, S. Paulo: Mestre Jou, 1970, p. 127 e segs.; C. Andrade, *A Vítima e o Problema Criminal*, Coimbra, 1980, p. 106 e segs. Sobre o *modelo médico*, E. Schur, *Radical Non-Intervention. Rethinking the Delinquency Problem*, N. Jersey: Prentice Hall, 1973.

(14) A. Baratta, (n. 10), p. 6. Do mesmo autor e no mesmo sentido, «Problemi Sociali e Percezione della Criminalità», *Dei Delitti e Delle Pene*, 1983, p. 15 e segs.

dizer-se definitivamente superada a mitologia positivista da pura objectividade e neutralidade axiológica das ciências sociais. Para o que muito contribuíram as mais diversas correntes da *sociologia do conhecimento* que vieram revelar as «infra-teorias», as *background assumptions* (Gouldner), os coeficientes ideológicos e, mesmo, os «interesses» que estão na base do labor científico e condicionam o respectivo resultado. Como refere Gouldner, «o labor dos sociólogos, como o dos outros, encontra-se influenciado por um conjunto subteórico de *crenças* (...) àcerca de todos os membros de âmbitos simbolicamente constituídos (...) Os supostos básicos subjacentes (...) são ferramentas cognoscitivas, carregadas de afectividade» (15). No mesmo sentido e entre nós, também B. Machado chama justamente a atenção para «o valor relativo da *realidade* que nos apresentam as ciências empíricas e a chamada pré-impregnação valorativo-normativa dos actos cognoscitivos» (16).

Deve-se por seu turno à sociologia dialéctica, designadamente à *teoria crítica* (Adorno, Horkheimer, Habermas) ter posto em relevo o carácter incindível da unidade entre a teoria e a *praxis* e, conseqüentemente, o potencial *normativo* das ciências (sociais). «Poderá, assim, acreditar-se — segundo a formulação de Popper — que a ciência social funciona como uma parteira, ajudando ao nascimento de novos períodos sociais, se bem que também possa servir nas mãos de interesses conservadores para retardar mudanças sociais pendentas» (17). Enquanto, em sentido convergente, Gouldner refere o carácter «discretamente necrológico ou apologético» das teorias sociais, também Foucault acentua que «o conhecimento é sempre uma relação estratégica em que o homem está situado» (18). Igualmente decisivo foi ainda o contributo da *sociologia de conflito*, de obediência marxista ou não (v.g.

(15) A. Gouldner, (n. 8), p. 37.

(16) Baptista Machado, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Coimbra: Almedina, 1983, p. 49.

(17) K. Popper, (n. 7), *La Miseria* ... p. 30.

(18) M. Foucault, (n. 7), p. 30.

Coser ou Dahrendorf), que veio substituir às teses do *consenso* as teses do *conflito e da coerção*, pondo expressamente em evidência o carácter repressivo da ordem social normativamente imposta. «Do ponto de vista do modelo de conflito — resume Dahrendorf — as sociedades e as organizações sociais mantêm-se coesas não por consenso mas por coerção, não por acordo universal mas pela coerção de uns sobre os outros. Pode ser útil, para certos fins, falar do *sistema de valores* de uma sociedade. Mas no modelo de conflito, tais valores característicos são mais dominantes do que comuns, mais impostos do que aceites» (19).

7. Foi no essencial coincidente o caminho trilhado pela criminologia onde, a partir do início dos anos sessenta, se precipitaram em densidade e dimensão eventos que estão na base da viragem operada no estatuto epistemológico e político da criminologia. Não é possível, nesta sede, mencioná-los a todos: já pelo seu número, já porque muitos deles desencadearam sucessos que estão longe de se poderem considerar consumados e em relação aos quais terá de ficar suspensa toda a valoração definitiva. Bastar-nos-emos, por isso, com uma referência àqueles dentre eles que se nos afiguram mais relevantes na perspectiva de que curamos.

a) Nunca será exagerado sublinhar o papel do interaccionismo quer pela sua *vis* inovadora quer pela pluralidade de frentes em que ela se fez sentir. Foi o *labelling* que introduziu o tema da *selecção*, que perturbou drasticamente os fundamentos epistemológicos e políticos da criminologia tradicional. A ele se deve, por outro lado, o ter demonstrado o carácter em grande medida socialmente construído da delinquência, de acordo com a tese fundamental de *Outsiders* de Becker: «São os grupos sociais que criam a *deviance* ao elaborar as normas cuja violação constitui a *deviance* e ao aplicar estas normas (...) A *deviance* não é uma qualidade do acto que uma pessoa comete,

(19) R. Dahrendorf, *Ensaio de Teoria da Sociedade*, Rio de Janeiro: Zahar, 1974, p. 149.

mas antes uma consequência da aplicação pelos outros de normas e sanções a um delinquente». Relacionado com isto, o *labelling* pôs em causa a crença num certo monismo cultural e moral (outro dos postulados da criminologia tradicional) e chamou a atenção para a pluralidade e alternatividade de universos culturais e códigos morais, de implicações óbvias nos problemas da criminalização e descriminalização e da legitimação. Pôs outrossim em relevo o papel e as estratégias dos *moral entrepreneurs*, estratégias em que avulta hoje a exploração da reivindicação de *law and order*, por vezes artificialmente agudizada através da manipulação das cotas do medo colectivo. Por último, com a problemática das consequências da estigmatização sobre a identidade e a carreira futura do delinquente, a criminologia interaccionista pôs em crise a viabilidade e a legitimidade dos ideais do tratamento e da ressocialização.

Resumidamente, o interaccionismo introduziu um conjunto de temas e abriu novas vias de abordagem de directa relevância político-criminal. E imprimiu simultaneamente um cunho radicalmente novo à política criminal: do que agora se trata é de privilegiar, como seus destinatários, não os delinquentes nem sequer as localizadas disfunções sociais, mas antes os vários momentos do sistema penal.

b) Quase ao mesmo tempo, a *criminologia de conflito* — cujo primeiro tratamento sistemático ficou a dever-se a G. Vold (*Theoretical-Criminology*, 1958) e depois a A. Turk (*Criminality and Legal Order*, 1968) — punha em crise o dogma do consenso como fundamento da criminalização e sustentava a necessidade de abordar todo o sistema penal numa lógica de conflito e poder.

c) A evidente politização da criminologia, já patente na perspectiva interaccionista e na criminologia de conflito, ganharia em amplitude e sistematização com as duas orientações fundamentais da criminologia surgidas já nos últimos anos da década de sessenta e nos primeiros da década de setenta. Referimo-nos às correntes do construtivismo social, designadamente às perspectivas etnometodológicas, por um lado, e

à chamada *criminologia crítica ou radical*, por outro. Apesar de divergentes em aspectos essenciais de teoria e de método, ambas as orientações convergem na relativização da construção da realidade e da ordem oficiais e na sua problematização, *maxime* no que toca à sua legitimidade.

Apesar do seu pendor ahistoricista e acrítico, devido em parte à influência da fenomenologia que o leva a pôr-entre-parênteses a realidade histórica concreta, a verdade é que o construtivismo dedica grande atenção ao problema das *multiplas realidades*, à «precaridade» das construções da realidade, mesmo se dominantes ou oficiais e, por isso, à dialéctica das relações (e da repressão) com as realidades alternativas que se manifestam nos actos de delinquência. Com o que o problema da opção por uma dada definição da realidade assume directamente relevo criminológico. É o que de forma paradigmática mostram obras como *Deviance and Respectability. The Social Construction of Moral Meanings* (1970, edit. por J. Douglas), *Theoretical Perspectives on Deviance* (1972, edit. R. Scott/J. Douglas), M. Spector/J. Kitsuse, *Constructing Social Problems* (1977) e, de um modo geral, toda a investigação criminológica onde é mais notória a presença da fenomenologia de A. Schutz ou o influente estudo de P. Berger e Th. Luckmann, *The Social Construction of Reality* (1966).

Já com a criminologia radical, de expressa obediência marxista — e pensamos em autores como: os americanos Schwendinger, Platt ou Quinney; os alemães Sack, Werkentin ou Schumann; os italianos Baratta, Melossi e Pavarini; os ingleses Taylor, Walton e Young; e em sentido substancialmente convergente M. Foucault (França) e, entre nós, Boaventura Santos — a politização da criminologia, para além de total, ganha um entono claramente militante. «Com o amadurecimento do momento crítico, a criminologia contemporânea tende a transformar-se de uma teoria da criminalidade numa teoria crítica e sociológica do sistema penal»⁽²⁰⁾. A criminologia radical encara o sistema penal como um dos instru-

(20) A. Baratta, (n. 10), p. 12.

mentos privilegiados duma ordem intrinsecamente injusta, porque assente em «crimes» contra os valores fundamentais do homem. Daí que ela redescubra o recorrente problema do *objecto da criminologia*, o que chama a lei criminal ao primeiro plano da teorização criminológica. Só que a sua equacionação é feita em termos que apontam claramente no sentido da superação (revolucionária) da ordem vigente e da instauração duma ordem alternativa. Em conformidade, a criminologia crítica vê-se compelida a rejeitar a ideia de ressocialização. Se é a sociedade que acima de tudo importa «ressocializar», nada mais contra-indicado do que a ressocialização do delinquente, que corresponderia a perder potencial de contestação e revolta.

d) Também a *criminologia psicanalítica* teve um impacto no sentido da politização da criminologia grandemente coincidente com o do interaccionismo e da criminologia crítica. Isto é sobretudo verdade em relação àquela vertente da criminologia psicanalítica mais directamente preocupada com a análise dos mecanismos da alma colectiva, da *sociedade punitiva* (*strafenden Gesellschaft*) do que com a explicação do fenómeno individual do crime.

Presente já na obra de Freud (*Totem e Tabu*), esta vertente viria depois, em 1948 a ser objecto de tratamento sistemático por P. Reiwald (*Die Gesellschaft und ihre Verbrecher*) e a suscitar nos nossos dias o interesse de um número crescente de autores (Fromm, Plack, Ostermeyer, Engelhardt, Naegeli, etc.). De forma sintética, a psicanálise da sociedade punitiva vem pondo em relevo a ambivalência da sociedade face ao crime e ao criminoso. Ambivalência que: ora a leva à procura da experiência real ou simbolizada do crime como forma de catarse e a identificar-se com o criminoso para, ao puni-lo, a si mesma se punir e expiar os próprios sentimentos de culpa; ora, inversamente, a projectar sobre o delinquente a sua culpa e a bani-lo como *bode expiatório* (Naegeli) para evitar o contágio e aproveitar o castigo como forma aloplástica de realização das suas pulsões e frustrações e da sua agressividade.

Como facilmente se intui, esta abordagem do problema criminal a partir das pulsões irracionais da sociedade punitiva

e a que não é alheio um certo compromisso com o marxismo, está paredes-meias com a busca de modelos alternativos de convivência e organização, tanto no plano económico como no cultural, educativo e moral, e com um programa de *abolição do direito penal*. Este último assumido, de forma particularmente impressiva por Arno Plack.

8. Também a redescoberta da vítima e o consequente enriquecimento da teoria criminológica com a dimensão vitimológica obrigou a repensar o sistema penal em termos críticos. Desde logo, no sentido mais linear, de se introduzirem no sistema clássico as reformas adequadas a dar resposta às reivindicações mais instantes da vítima levando nomeadamente à revalorização da *reparação* como reacção especificamente penal e à institucionalização de sistemas de reparação a cargo da colectividade em nome da ideia de solidariedade e da responsabilidade social face ao crime. Ou ainda, nesta linha, no sentido de se valorar a intervenção etiológica da vítima, a título v.g. de *victim-precipitation*.

Depois, e sob a influência do interaccionismo: 1.º no sentido de se valorizar a vítima como o mais decisivo *gate-keeper* efectivo do sistema penal e, por isso, como referência obrigatória em programas de descriminalização e como elo particularmente indicado para se tentar interromper a espiral da violência que ameaça as sociedades contemporâneas e é alimentada pelo medo das vítimas potenciais, pela sua desconfiança e alienação em relação às instâncias formais de controlo; 2.º no sentido de se evitarem os efeitos perversos de certos estigmas de vítima o que autoriza a falar de programas de desvitimização e sobretudo a prevenir-se que o processo formal de resposta ao crime se converta (*maxime* nos crimes sexuais, v.g., a violação) em nova e mais drástica vitimização (21).

(21) Diversamente, já noutros casos a consideração autónoma dos interesses da vítima poderá reclamar a continuação do processo mesmo depois de se ter concluído pela impossibilidade de condenação do arguido. É o que sucederá, com não rara frequência, em processos por crimes contra a honra em que a vítima terá interesse, para efeitos de *exceptio*

Mas o que aqui mais importa reter é que também a perspectiva vitimológica trouxe ao pensamento criminológico um contributo de manifesta incidência política. Na verdade, a substituição do modelo diádico de tensão Estado-delinquente pelo modelo triádico Estado-delinquente-vítima, levou alguns autores a indagar do significado e das origens da intervenção do Estado em subrogação da vítima e a concluir que se trataria de um evento historicamente contingente, relacionado com a formação do Estado europeu, na sua forma originária de estrutura centralizada de poder nas mãos e ao serviço exclusivo do soberano. Esta visão das coisas leva N. Christie a falar de *roubo do conflito*: a afirmação do monopólio do poder punitivo do monarca e a transubstanciação do conflito originário em lesão simbolizada de valores colectivos valia como uma afirmação de poder face ao delinquente-inimigo-interno — o homólogo da guerra em relação ao inimigo exterior — e redundava simultaneamente na privação da vítima do seu «poder» como parte conflitual.

Em clara sintonia, e a propósito do aparecimento da figura do procurador do rei na alta Idade Média, escreve Foucault: «O procurador dobrará a vítima pois estará atrás daquele que deveria ter formulado a queixa dizendo — se é verdade

veritatis, no esgotamento das possibilidades de esclarecimento formal dos factos em causa. É a este tipo de exigências de política criminal, orientada pela e para a vítima, que a lei 83 608 de 8 de Julho recentemente aprovada em França procura dar resposta. Entre as suas inovações mais significativas sobressai a introdução de um novo crime no Código Penal: a organização fraudulenta da situação de insolvência em prejuízo dos direitos de indemnização ou reparação da vítima. Para além disso, a nova lei prevê a possibilidade de, mesmo após a absolvição do arguido acusado de ofensas corporais ou homicídio involuntários, e a requerimento da vítima, o tribunal competente prosseguir o processo para efeitos de determinação e garantia dos direitos de indemnização ou reparação. Sobre o significado criminológico da vítima cf., entre a literatura mais recente, H. J. Schneider, «Das Opfer im Verursachungs- und Kontrollprozess dre Kriminalität», in: *Kriminalität und abweichendes Verhalten*, Band II, Weinheim und Basel: Beltz, 1983, p. 79 e segs. Sobre a necessidade de repensar o estatuto da vítima no processo criminal, D. Krauss, «La Vittima del Reato nel Processo Penale», *Dei Delitti e Della Pena* 1983, p. 283 e segs.

que este homem lesou este outro, eu representante do soberano, posso afirmar que o soberano, o seu poder, a ordem que ele dispensa, a lei que ele estabeleceu, foram igualmente lesados por este indivíduo. Por isso, também eu me coloco contra ele». «Desta maneira — continua Foucault — o soberano, o poder político, passam a dobrar e, paulatinamente, a substituir a vítima. Este fenómeno, que é absolutamente novo permitirá que o poder político se apodere dos procedimentos judiciais (...) Aparece uma noção absolutamente nova: a *infracção*. Enquanto o drama jurídico se desenvolvia entre os indivíduos, vítima e acusado, tratava-se apenas do dano que um indivíduo causava a outro (...) A partir do momento em que o soberano ou o seu procurador dizem «Eu também fui lesado pelo dano» resulta que o dano não é só uma ofensa de um indivíduo a outro mas também uma ofensa que um indivíduo inflige ao Estado. Desta maneira, a noção de *infracção* substitui a velha noção de dano (...) como lesão de um indivíduo à ordem, ao Estado, à lei, à sociedade, à soberania, ao soberano (...) Vê-se, assim, como o poder estadual vai confiscando todo o procedimento judicial, o mecanismo judicial, o mecanismo de liquidação inter-individual dos conflitos na alta Idade Média (...) As monarquias ocidentais fundaram-se sobre a apropriação da justiça, que lhes permitia a aplicação destes mecanismos de confiscação. Eis aqui o fundo político desta transformação» (22).

Como facilmente se intui, o *ethos* político que esta reflexão em torno da vítima faz entrar na teorização criminológica, há-de estimular a pensar em modelos alternativos de convivencialidade com formas de controlo ajustadas à autenticidade das manifestações de conflitualidade. É o que bem demonstra uma obra como *Peines Perdues. Le Système Pénal en Question* (1982) de Louk Hulsman, porventura uma das mais sugestivas propostas de abolição pura e simples do direito penal. Uma abolição que o autor pretende radical, extensiva à conceituologia e à própria linguagem. Assim, o abandono do

(22) M. Foucault, (n. 7), p. 76 e segs.

conceito de crime deve levar à renúncia total do que designa por *dialecto penal*. Conceitos e termos como *crime*, *criminoso*, *autor*, *criminalidade*, *política criminal* devem ceder o lugar a expressões como *actos lamentáveis*, *comportamentos indesejáveis*, *situações-problemas*, etc. Ora, apelando expressamente para o conceito de *roubo do conflito* de N. Christie, sustenta Hulsman que uma correcta política de resposta às *situações-problemas* deve partir da ideia que estas emergem de conflitos naturais à convivência humana. E advoga, por isso, o privilégio absoluto de soluções espontâneas, face-a-face, protagonizadas pelas pessoas *directamente implicadas*, à margem das estruturas autoritárias e infantilizantes. A sua simpatia vai, assim, claramente para soluções susceptíveis de «ajudar as pessoas a reconhecer elas próprias a natureza do seu conflito, a ouvir-se, a compreender a situação vivida pelo outro e decidir, afinal o que pretendem fazer do seu conflito: retomá-lo (e em que contexto) ou superá-lo?» (23).

9. Razões de economia não permitem uma referência mais demorada a um conjunto de eventos da história relativamente recente da criminologia que, não aparecendo como autênticas «teorias», nem sequer como simples «perspectivas», muito contribuíram para a mudança do estatuto e função da criminologia.

Uma ligeira menção, contudo, a alguns deles:

a) Não se pode, nesta linha, subvalorizar o papel inovador da investigação e teorização em torno da criminalidade de *white-collar*, iniciadas nos meados do século pelo sociólogo E. Sutherland. Para além de constituir um permanente ponto de referência do interaccionismo, da criminologia de conflito e da criminologia crítica, a descoberta do *white-collar crime* veio confrontar a sociedade com o desfasamento entre a ideologia e os princípios (constitucionais) da *igualdade* do direito penal e a verdade dum sistema penal que incrimina os

(23) L. Hulsman, *Peines Perdues. Le Système Pénal en Question*, Paris: Le Centurion, 1982, p. 158.

pequenos e deixa livres os grandes. O *white-collar crime* veio também subverter o quadro das representações tradicionais e dos estereótipos em matéria de *localização social* do crime. E pôs com isto em evidência que o problema criminal não se sobrepõe necessariamente às áreas de marginalidade económica e social. Como pôs igualmente em causa as ideologias meritocráticas que acreditavam na total correspondência entre a integridade do êxito material e da respeitabilidade formal, por um lado, e a virtude, por outro.

b) Também os *movimentos feministas*, que nos últimos anos se têm feito ouvir, num crescendo de amplitude e intensidade, se reflectiram no pensamento criminológico no sentido duma certa politização. Encarando o sistema penal à luz duma específica linha de clivagem e de conflitualidade da realidade social, os movimentos feministas denunciam-no como expressão duma construção da realidade à medida (dos interesses) dos homens e como uma estrutura ao serviço da manutenção e legitimação das suas posições de domínio e privilégio. Tal é, em síntese, o argumento comum a uma já extensa «criminologia feminista» em que sobressai ainda, como uma espécie de manifesto, a obra de Susan Brownmiller, *Against Our Will. Men, Women and Rape* (1975) (24).

Esta corrente de pensamento e *praxis* tem levado por vezes a formas autónomas e evasivas de resposta, à margem do sistema penal clássico ou mesmo contra ele (v.g. os *rape crisis centers*). Por outro lado, porém, ela está na origem do alargamento das manchas de criminalização, como sucede, em matéria de violação, especialmente no que toca à violação no interior do casal. Mas é sobretudo na direcção do processo penal — acusado de estar dominado por um *síndrome-de-mulher-de-Putifar*, e de ser manipulado pelos homens que ao longo das sucessivas fases do processo repetem, de forma ritualizada e simbólica, mas nem por isso menos degradante e ofensiva, a

(24) Uma referência especial merece o livro de C. Smart, *Women, Crime and Criminology. A Feminist Critique*, Londres: Routledge & Kegan Paul, 1976.

violência, por exemplo, da violação primária⁽²⁵⁾ — que a criminologia feminista dirige as mais críticas contestação e reivindicação.

c) Uma referência, por último, à crescente politização do problema criminal na experiência colectiva, politização a que o pensamento criminológico não tem ficado imune. Temos sobretudo em vista o fenómeno do *terrorismo* e o cada vez mais ostensivo recurso pelos Estados não democráticos à criminalização de manifestações de dissidência política a coberto da tutela da ordem e tranquilidade pública, ordenação económica, segurança do Estado, etc. É nestes casos que, de forma mais nítida, a teia criminal propicia o encontro entre a ordem e o rosto visível do caos. Encontro que presta à ordem o inestimável serviço de obviar a que, «as legitimações que obscurecem a sua precaridade sejam ameaçadas ou entrem em colapso». (Berger/Luckmann). Reportando-se concretamente à experiência alemã e italiana na luta contra o terrorismo, acentua Baratta que tal luta tem a «finalidade de sobrepor a imagem do terrorismo à imagem do dissenso nas relações do sistema político, concorrendo assim para a criminalização do dissenso»⁽²⁶⁾.

Simplemente, estes casos, de irrecusável valor exemplar pela evidência e intensidade que as coisas assumem, não se inscrevem como manifestações excepcionais e isoladas no quo-

(25) Paradigmática neste contexto a obra de L. Holmstrom/A. Burgess, *The Victim of Rape. Institutional Relations*, N. York: John Wiley & Sons, 1978.

(26) A. Baratta, «Criminologia Critica e Politica Criminale Alternativa», *La Questions Criminale* 1977, p. 354. Cf. ainda no mesmo sentido, A. Baratta, (n. 14), p. 26 e seg.; G. Arzt, *Der Ruf nach Recht und Ordnung. Ursachen und Folgen der Kriminalitätsfurcht in den USA und in Deutschland*, Tübingen: J. P. Mohr, 1976; G. Arzt, «Furcht als Gegenstand der Kriminologie und als Faktor der Kriminalpolitik», *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform* 1983, p. 162 e segs. Contrariando a tese — hoje recorrente e praticamente pacífica entre os criminólogos — da influência decisiva dos meios de comunicação social nas cotas do medo colectivo do crime, M. Killias, «Massenmedien und Kriminalitätsfurcht: Abschied von einer plausiblen Hypothesen», *Schweizerische Zeitschrift für Soziologie* 1983, p. 419 e segs.

tidiano colectivo. Pelo contrário, não será exagerado falar numa tendência crescente para o aproveitamento político do crime e das emoções atávicas que ele desperta. A exploração do medo e alarme sociais (artificialmente ampliados, se necessário), para através de campanhas de *law and order* se ganharem as legitimações que de outra forma podem escassear, entrou na rotina da luta política.

É o que bem documenta a experiência portuguesa dos últimos anos. *Brevitatis causa*, bastará para o confirmar uma leitura atenta do discurso da campanha eleitoral para as eleições parlamentares de 1983. Elas ocorreram, aliás, sob o envolvimento de uma conjugação de circunstâncias que, no seu conjunto, emprestavam particular fascínio ao tema *law and order*. Escassos meses antes e no contexto de reconhecida crise material e moral, entrara em vigor um novo Código Penal. E esta inovação legislativa foi acompanhada da imagem de uma onda de criminalidade sem precedentes, veiculada pela *mass-media*. Compreende-se, assim, que o Código Penal tenha aparecido ao homem da rua como uma espécie de saco de Pandora. Nem seria outrossim de esperar que os políticos resistissem facilmente à atracção do papel de *moral entrepreneurs*. Só que, nem sequer os intelectuais souberam sempre resistir ao contágio (27).

(27) Pôde, por exemplo ver-se um autor tão conceituado como Vitorino Magalhães Godinho assinar um artigo num jornal diário onde, com incontida acrimónia refere: «O ministro da justiça entregou atenciosamente os portugueses aos criminosos — já tínhamos a mais avançada legislação social do Mundo, passámos a ter o direito penal mais inovador do Universo (Galáctica compreendida) ...» Para emprestar maior vigor ao discurso, o artigo de Magalhães Godinho apresenta a meio da página e com grande destaque uma fotografia do Ministro da Justiça acompanhada da legenda: «Meneres Pimentel: o Ministro da Justiça entregou atenciosamente os portugueses aos criminosos». Cf. *Diário Popular*, 3 de Março de 1983, p. 3. Estranhar-se-á, talvez, a continuidade de estilo em relação à literatura característica de certas franjas político-culturais de respeitabilidade claramente marginal. O que seguramente não deixará de se estranhar é o próprio conteúdo do discurso: temos sobretudo em vista a permeabilidade fácil e o mimetismo face às representações mais estereotipadas no que à criminalidade concerne.

10. Perguntar pelo estatuto da criminologia é problematizar uma relação de permanente interação entre aquela e as demais ciências criminais, a *Política Criminal* e a *Dogmática Jurídico-Penal*. A sua equação deve, por isso, fazer-se também pela via da referência permanente às transformações entretanto ocorridas nestas últimas.

A começar pela Política Criminal. A ruptura do equilíbrio tradicional de étimo positivista significou aqui, fundamentalmente, a conversão duma política criminal intra-sistemática numa política criminal trans-sistemática (Hassemer). Significou, noutros termos, a sua autonomização face ao *domínio* e aos *fins* do jurídico-criminalmente relevante em relação ao qual passa a assumir uma posição de transcendência⁽²⁸⁾. Por um lado, em vez de se limitar ao *como reagir-se*, a política criminal passa a preocupar-se também com aquilo *a que deve reagir-se*. Isto é, a política criminal deixou de aceitar os limites do punível, legalmente definidos, como um *dado*, convertendo o problema da criminalização/descriminalização em tópico central da sua problemática. Por outro lado, a política criminal contemporânea não se limita a racionalizar as vias da implementação dos fins legal e *hoc sensu* heteronomamente sancionados. Ela assume, pelo contrário, os seus próprios fins, que podem colidir com os fins inscritos no sistema jurídico-penal em nome da procura de alternativas não penais de controlo ou mesmo do propósito da abertura pura e simples de novos campos de tolerância. E isto sem esquecer que política criminal significa para alguns a própria abolição do direito criminal.

11. Não foram menos ostensivas, nem seguramente menos profundas as mudanças operadas ou em vias de gestação na dogmática jurídico-penal. Mudanças cujo sentido geral se pode sintetizar na superação da rigidez do dualismo e da antinomia que separava o Direito Penal da Criminologia e da Política Criminal bem como no abandono da pretensão

(28) Desenvolvidamente, por todos, W. Hassemer, *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, Hamburgo: Reinbeck, 1974, p. 41 e segs.

de erigir a dogmática jurídico-penal como um sistema acabado, fechado sobre si mesmo e sobre os seus critérios exclusivamente lógico-categoriais.

a) Para tanto muito terão contribuído os avanços entretanto logrados pelo pensamento jurídico geral, quer na vertente metodológico-hermenêutica, quer na dimensão sociológica, isto é, na revelação dos dados prévios do direito, nomeadamente nas suas componentes sociais. Resumidamente, sabe-se como no plano metodológico o *pensamento problemático* se vem afirmando face ao pensamento sistemático levando, se não ao abandono puro e simples da ideia de sistema, a pensá-lo em termos radicalmente outros: em termos de abertura, incompletude, mobilidade e historicidade (29). «O sistema — refere Canaris — como unidade de sentido de uma ordem jurídica concreta, participa do modo de ser desta, o que significa que, à semelhança do que acontece com esta, não é estático mas dinâmico, exibindo portanto a marca da historicidade». Também a teoria hermenêutica mais recente, sob a influência de Gadamer, tem aberto vias que desembocam na necessidade de abandonar o modelo positivista. Aquela teoria tem, com efeito, tornado claro que a compreensão da norma jurídica implica a pré-compreensão de certos *referentes* situados fora do texto da lei: tanto uma ideia transpositiva de Direito como as próprias situações da vida (30). Também a sociologia

(29) C. W. Canaris, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, entwickelt am Beispiel der Deutschen Privatrechts*, Berlin: Duncker & Humblot, 1969, p. 63. Para maior desenvolvimento, K. Larenz, *Metodologia de la Ciencia del Derecho*, Barcelona: Ariel, 1980, p. 166 e segs. e 478 e segs.; no que especificamente se reporta ao sistema do direito penal, H. Bacigalupo, «Sui Dogmi della Dogmatica Penale», *Dei Delitti e delle Pene*, 1983, p. 245 e segs.

(30) Desenvolvidamente, B. Machado, (n. 16), p. 205 e segs. Segundo B. Machado deverá concluir-se «que no Direito (no Direito que é, vigente) existe uma permanente tensão «transacção» dialéctica, traduzida por uma incessante e cruzada cadeia de reenvios entre uma polaridade positiva e uma polaridade extra-positiva». *ob. loc. cit.* Para uma informação mais desenvolvida sobre a teoria hermenêutica, H. Gadamer,

do direito — na linha das obras clássicas de Marx, E. Ehrlich (*Grundlegung der Soziologie des Rechts*, 1913), Th. Geiger (*Vorstudien Zu einer Soziologie des Rechts*, 1947) entre outros — tem estimulado uma compreensão do Direito irreconciliável com o isolacionismo dum sistema lógico-categorial, à margem da realidade histórico-cultural. Uma compreensão que compele o jurista a tomar em conta as injunções «políticas» emergentes das estruturas sociais e culturais e que condicionam o Direito tanto na dimensão da vigência como da eficácia. E isto sem que tal obrigue a aderir a uma irrestrita tese da «força normativa dos factos» (31).

b) No que respeita propriamente à dogmática jurídico-penal, foi já na segunda metade da década de sessenta — o *Projecto Alternativo* alemão e a obra de C. Roxin *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, dois marcos decisivos, foram publicados respectivamente em 1966 e em 1970 — que a mudança ganhou rumo definitivo. Ela constituiu a saída para um período de evidente perturbação e mal-estar, caracterizado, por um lado, pela consciência da escassez dos ganhos legados por anos de apaixonado debate doutrinal, polarizado sobretudo em torno das teses do finalismo, à margem dos ensinamentos da criminologia e das renovadas aspirações da política criminal. Como escreve Roxin, ficou «um mal estar que aumenta quando se põe sobre a mesa a sempre discutida questão: se o trabalho sistemático de filigrama da nossa dogmática, que opera com as mais sofisticadas subtilezas conceituais, não se caracterizará por uma desproporção entre o esforço expendido e o seu resultado prático» (32). Ou, elevando o tom da crítica, Richard Schmid: «Por trás desta fachada

Verdad y Metodo. Fundamentos de una Hermeneutica Filosófica, Salamanca: Ediciones Sígueme, 1977; do mesmo autor, *L'Art de Comprendre. Herméneutique et Tradition Philosophique*, Paris: Aubier, 1982.

(31) B. Machado, *Ibidem*, p. 44. Sobre os «dados prévios do Direito», desenvolvidamente, K. Larenz, (n. 29), p. 179 e segs.; R. Zippelius, *Rechtsphilosophie*, Munique: C. H. Beck'sche, 1982, p. 49 e segs.; H. Henkel, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, Munique: Beck'sche, 1977, p. 227 e segs.

(32) C. Roxin, (n. 10), *Política Criminal...* p. 18-19.

artística jurídica escondia-se a mesma oposição ao progresso e à mudança que fizeram com que a burguesia e o funcionalismo alemães acabassem por aliar-se ao nacional-socialismo de que esperavam que conservasse o existente, fortalecesse o exercício do poder estadual e se afastasse do 'falso humanitarismo'» (33). É caracterizado, em segundo lugar, e pelo menos a princípio, por um generalizado medo e perplexidade ante os avanços da criminologia, de que se fazem eco os conhecidos títulos de E. Brauneck, H. Kaufmann ou Gimbernat Ordeig sobre se a criminologia deixa de pé alguma pedra no edifício da dogmática e sobre se esta terá, afinal, qualquer futuro (34). É isto sem contar com a perturbação, cada vez mais insustentável de se ter ganho consciência de o sistema tradicional se converter num caldo de cultura de situações paradoxais em que «é certo do ponto de vista jurídico o que do ponto de vista criminológico é falso e vice-versa» (35).

A ideia duma dogmática jurídico-penal aberta às lições da criminologia e empenhada nas tarefas da política criminal, correspondente, de resto, ao triunfo do Estado de Direito social sobre o Estado de Direito liberal (36), não parece ter hoje opositores. Para a sua aceitação muito contribuíram autores como Th. Würtenberger, Jescheck, W. Hassemer, Haffke e, principalmente, Roxin. Jescheck, por exemplo, tem sido um persistente advogado do primado do problema sobre o sistema e da necessidade de obviar aos perigos e limites do puro «automatismo dos conceitos teóricos». Hassemer, por

(33) *Apud*, C. Nedelmann/P. Thoss/H. Bacia/W. Ammann, *Kritik der Strafrechtsreform*, Frankfurt: Suhrkamp, 1968, p. 8-9.

(34) Cf. E. Brauneck, «Was lässt die Kriminologie vom Strafrecht übrig?», *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform* 1963, p. 193 e segs.; H. Kaufmann, «Que Deja en Pie la Criminologia del Derecho Penal?», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales* 1963, p. 263 e segs.; G. Ordeig, «Tiene un Futuro la Dogmatica Juridicopenal?», in: *En Homenaje al Profesor Jiménez de Asúa*, Buenos Aires: Panedille, 1970, p. 495 e segs.

(35) M. Conde, «Hacia una Ciencia Crítica del Derecho Penal», *Doctrina Penal* 1079, p. 34.

(36) Neste sentido, Figueiredo Dias, (n. 10), p. 6 e seg.

seu turno, tem tentado transpor para o domínio específico da dogmática jurídico-penal as lições da moderna teoria hermenêutica. Tem designadamente sublinhado a pluralidade de referentes com que o pensamento (conhecimento, interpretação e aplicação das normas) penal se vê confrontado: para além do texto da lei, os programas da política criminal e as expressões da vida social que nela se projectam⁽³⁷⁾. Roxin é o autor que mais longe terá ido no propósito de «transformar os conhecimentos criminológicos em exigências político-criminais e estas, por sua vez, em regras jurídicas de *lege data* ou *ferenda*»⁽³⁸⁾. Isto na base de um entendimento do Direito Penal como «a forma em que as finalidades político-criminais se transformam em módulos de vigência jurídica»⁽³⁹⁾.

c) Não seria realista esperar que esta nova atitude se comunicasse sem mais ao concreto labor dogmático, induzindo a renovação mecanicista das suas categorias, princípios e institutos ou mesmo do sistema no seu conjunto. Sempre se trata de uma ciência de índole *dogmática*, onde os estímulos à mudança são diferentes dos duma ciência zetética como a criminologia, não podendo por isso ser sincrónicos os seus ritmos. Nem tal seria talvez de desejar por razões que se prendem com a integridade de valores irrenunciáveis dum ponto de vista histórico-civilizacional. Apesar de tudo, são já óbvios os sinais duma nova dogmática jurídico-penal, assente na polaridade entre o dogma e o sistema por um lado e os recém-descobertos referentes criminológicos e político-criminais, por outro. Uma dogmática postulada, de resto, pelo novo

(37) De W. Hassemer, cf. sobretudo *Tatbestand und Typus. Untersuchungen Zur Strafrechtlichen Hermeneutik*, Köln: Carl Heymanns, 1968 e ainda (n. 28), p. 155 e segs. Cf. ainda Th. Würtenberger, (n. 12), *passim*; B. Haffke, *Tiefenpsychologie und Generalprävention. Eine strafrechtstheoretische Untersuchung*, Frankfurt: J. Aaara, 1976, p. 38 e segs. sobretudo p. 44 e segs. Cf. ainda W. Hassemer/K. Lüderssen/W. Naucke, *Forschritte im Strafrecht durch die Sozialwissenschaft?* Heidelberg: C. F. Müller, 1983.

(38) C. Roxin, (n. 10), *Política Criminal...* p. 77.

(39) *Ibidem*.

«material» designadamente os novos códigos penais, como o renovado Código Penal alemão (1975) o novo Código Penal austríaco (1975) e o novo Código Penal português (1982), dificilmente compreensíveis desatendendo o conteúdo criminológico de muitas das suas soluções tanto da Parte Geral como da Parte Especial (40).

No que respeita, por exemplo, à *Parte Geral*, avulta a tentativa de Roxin de reconstruir o sistema dogmático tradicional e as suas categorias — tipicidade, ilicitude e causas de justificação, culpa, formas do crime, etc. — procurando identificar o seu conteúdo e limites a partir da respectiva função político-criminal. Ainda na Parte Geral, merece uma referência a reflexão que hoje se trava em torno de um *conceito material do crime* (41), de certo modo homóloga da controvérsia àcerca do objecto da criminologia, por ela influenciada e com ela em parte convergente. Não estando em causa um juízo sobre os seus méritos, convirá recordar que alguns autores — v.g., Calliess, em certo sentido Mir Puig e, sobretudo, Amelung — têm procurado definir aquele conceito abandonando os limites em que se inscrevia a problemática do *bem jurídico* e privilegiando os conceitos de índole criminológica ou mesmo sociológica. Isto vale, sobretudo, para Amelung cuja monografia *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft* representa uma tentativa de identificar o conceito de crime com o de disfuncionalidade social no contexto da teoria do sistema de Talcott Parsons.

d) Em matéria de *Parte Especial*, nada talvez mais sugestivo do que as mais recentes tentativas — empreendidas, sobretudo, por Amelung, Schünemann e R. Hassemer — de retirar da teoria vitimológica um critério hermenêutico em sede de tipicidade e a que se tem já chamado *principio vitimológico*

(40) Neste sentido, desenvolvidamente, F. Schaffstein, «Kriminologie und Strafrechtskommentare», in: *Grundfragen der Gesamten Strafrechtswissenschaft. Fest. für Henrich Henkel*, Berlin: Walter de Gruyter, 1974, p. 215 e segs.

(41) Cf., por exemplo, G. Stratenwerth, *Derecho Penal. Parte General, I*, Madrid: Edersa, 1982, p. 1 e segs.

ou princípio da *carência de tutela da vítima* (*Prinzip der Schutzbedürftigkeit des Opfers*)⁽⁴²⁾. Não se trata de retomar as considerações expendidas a propósito do contributo da vitimologia para a politização do pensamento criminológico. Nem se trata sequer de recensar os casos em que, para certos crimes especiais, a própria lei faz intervir o comportamento da vítima para efeitos de tipicidade ou de gravidade da culpa, como nos casos em que a lei atribui relevo autónomo à *victim-precipitation* de que é exemplo, entre nós, o n.º 3 do artigo 201.º (*violação*)⁽⁴³⁾ do novo Código Penal.

O que está aqui em causa é coisa diferente: a existência (ou não) de um critério geral de interpretação da factualidade típica susceptível de em certos domínios (v.g. *crimes*

(42) R. Hassemer, *Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik*, Berlin: Duncker & Humblot, 1981, p. 98. Dentre a literatura propensa a sustentar um mais ou menos extenso princípio vitimológico de interpretação da tipicidade e de fundamentação da ilicitude, sobressaem, para além da obra de R. Hassemer: B. Schönemann, «Die strafrechtliche Schutz von Privatgeheimnissen», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 1978, p. 11 e segs.; *Id.*, «Methodologische Prolegomena zur Rechtsfindung im Besonderer Teil des Strafrechts», in: *Festschrift für P. Bockelmann*, Munique: C. H. Beck, 1979, p. 129 e segs.; *Id.*, «Einige vorläufige Bemerkungen zur Bedeutung des viktimologischen Ansatzes in der Strafrechtsdogmatik», in: H. J. Schneider (Herausg.), *Das Verbrechenopfer in der Strafrechtspflege*, Berlin: W. de Gruyter, 1982, p. 407 e segs.; K. Amelung, «Irrtum und Zweifel des Gtäuschten beim Betrug», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1977, p. 1 e segs.; W. Küper, «Entwicklungstendenzen der Strafrechtswissenschaft in der Gegenwart», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1980, p. 203 e segs. e 213 e segs. Para uma visão de conjunto e em sentido predominantemente crítico, W. Frisch, «Funktion und Inhalt des «Irrtums» in Betrugstatbestand. Zur Dogmatischen Bedeutung des Opferverhaltens in § 263.º StGB», in: *Fest. für Bockelmann*, p. 647 e segs.; Th. Hillenkamp, *Vorsatztat und Opferverhalten*, Göttingen: Otto Schwartz, 1981; U. Ebert, «Verbrechensbekämpfung durch Opferbestrafung?», *Juristenzeitung* 1983 p. 633 e segs.

(43) Sobre este artigo e o carácter controverso do conceito geral de *victim-precipitation*, C. Andrade, (n. 2), p. 216 e 232 e seg.; J. Belez, *O Princípio da Igualdade e a Lei Penal. O Crime de Estupro Voluntário Simples e a Discriminação em Razão do Sexo*, Coimbra, 1982, p. 149 e seg.

contra a reserva da vida privada, burla, etc.) permitir valorar a conduta da vítima do ponto de vista da carência de tutela e, por essa via, excluir determinadas expressões da vida do âmbito da facticidade típica.

Explicitemos um pouco mais, privilegiando para o efeito a obra de R. Hassemer (*Schutzbedürftigkeit des Opfers und Strafrechtsdogmatik*) que contém o tratamento mais aturado e sistemático do tema. O autor parte do princípio da subsidiariedade do direito penal (a que atribui dignidade constitucional) segundo o qual a intervenção do direito criminal só é legítima quando a tutela dos bens jurídicos em causa não puder ser garantida por vias que impliquem custos menos drásticos para os direitos do homem. Ora, no entender de Hassemer este princípio vale sem limites, isto é: tanto em relação a outras alternativas estaduais como a alternativas privadas, nomeadamente a auto-tutela que se permite e se reclama dos portadores concretos dos bens jurídico-penais. Quer dizer, o princípio da subsidiariedade do direito penal tem como reverso um princípio de *auto-responsabilidade* dos portadores concretos dos bens jurídico-penais. O Direito não pode exigir que os indivíduos se fechem à participação social e evitem todo o contacto histórico-socialmente adequado, mesmo que susceptível de criar algum risco para os respectivos bens jurídico-penais. Mas já pode reclamar que não sejam eles a elevar as cotas de risco em termos que ultrapassem o limiar de que a lei, de forma abstracta e típica, faz depender a sua intervenção. Pois se aquele limiar só foi atingido e excedido por razões imputáveis à vítima — que descurou as oportunidades de auto-tutela que lhe eram oferecidas e cujo aproveitamento lhe era exigível — então terá de concluir-se, à luz dos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade, que ela se colocou fora do âmbito de tutela da norma penal incriminatória.

Aplicando esta construção à interpretação da facticidade típica do crime de *burla*, interroga-se Hassemer sobre se deverá considerar-se preenchido o elemento *erro* da vítima em todos os casos em que a sua situação cognitiva se caracteriza pela *dúvida concreta*: nos casos em que, não sendo de *convicção subjectiva* quanto à verdade do estado de coisas apre-

sentado fraudulentamente pelo autor, ultrapassa todavia o grau da mera *dúvida difusa* adequada ao normal tráfego comercial. Para melhor se distinguirem as duas situações cognitivas de dúvida — *concreta* (I) e *difusa* (II) —, formas extremadas de um contínuo ao longo do qual se multiplicarão as manifestações híbridas e as zonas de penumbra, podemos configurar as seguintes hipóteses:

I. Laborará em *dúvida concreta* A, comprador de um automóvel usado, a quem o vendedor B garante que a viatura nunca sofreu qualquer colisão, sendo certo que o estado da pintura e da chaparia apresenta sinais concretos que tornam razoável a representação da possibilidade da ocorrência da colisão;

II. Já haverá mera *dúvida difusa* quando o comprador de automóvel usado A' que, sem ignorar a eventualidade e mesmo a frequência da fraude nesta actividade, não vê sinais exteriores e concretos susceptíveis de fazer ultrapassar este estado difuso e generalizado de dúvida.

Ora, sustenta Hassemer — *ceteris paribus*: as manobras fraudulentas do autor e a compra final de uma viatura como se ela nunca tivesse sido sinistrada — o enquadramento das duas hipóteses terá de ser diferenciado. Se ninguém pretenderá excluir a subsunção da hipótese (II) na factualidade típica do crime de burla, em especial no elemento *erro*, já será diferente na hipótese (I) se, com a *dúvida concreta*, se verificar cumulativamente que, sem custos ou sacrifícios inexigíveis, A poderia alargar o seu campo de informação ou, em alternativa, renunciar à transacção. «Se — conclui o autor — o portador do bem jurídico não assume nenhuma destas atitudes alternativas, embora tal lhe fosse possível e exigível, então falha a sua carência de tutela e, por isso, a aplicabilidade do elemento da factualidade típica *erro*, com a consequência de ter de se excluir, pelo menos a condenação por burla consumada» (44).

(44) R. Hassemer, *ob. cit.*, p. 167.

III

12. As considerações anteriores permitiram-nos reunir um conjunto de dados que, por sobre a sua incompletude e descontinuidade, são portadores de uma pré-compreensão do estatuto da criminologia contemporânea e, por isso mesmo, de uma nova perspectiva sobre o sistema das ciências criminais no seu conjunto. É essa pré-compreensão que importa recortar com maior aproximação em síntese conclusiva.

a) Um correcto enquadramento do sistema actual das ciências criminais — como trama de relações de conflito, remissão e interpenetração recíprocas — há-de ter as virtualidades de integração de dois aspectos à primeira vista anti-nómicos: por um lado, a *autonomia* das singulares ciências criminais e, por outro lado, a sua *unidade funcional* (Figueiredo Dias).

aa) A *autonomia* epistemológica recíproca das singulares ciências criminais parece impôr-se como uma das evidências decantadas pela mais recente reflexão teórico-metodológica. A autonomia, por exemplo, da criminologia em relação ao direito penal e à dogmática jurídico-penal, já várias vezes aflorada a propósito de temas como o objecto da criminologia, mostra-se claramente na transcendência que aquela assume ao converter a dogmática e o sistema penal, no seu conjunto, em tema criminológico, a ponto de ser cada vez mais frequente deparar nos textos de criminologia com o problema da abolição pura e simples do direito criminal ou seja, na formulação de Radbruch, não apenas da substituição do direito penal vigente por outro melhor, mas antes da *substituição do próprio direito penal por algo melhor*. Por seu turno, não é menos segura, se bem que talvez menos aparente, a autonomia da criminologia em relação à política criminal. Tal autonomia revela-se tanto na especificidade dos interesses cognitivos como na diferencial referência à realidade empírica e suas leis que, ao contrário do que sucede para a política criminal, confi-

guram para a criminologia «a matriz decisiva da sua legitimidade de proposição ou reivindicação política» (45).

As coisas não são outras do lado da dogmática jurídico-penal. Também a politização das demais ciências criminais e o reconhecimento do seu carácter «prescritivo», na linha da sociologia dialéctica, não tolhem a radical autonomia epistemológica e metodológico-hermenêutica da ciência jurídica *qua tale*. Pois, como sublinha Baptista Machado, sobra sempre uma «importante diferença a assinalar. É que o discurso jurídico é normativo ou preceptivo em si mesmo: não vai ordenado ao *conhecimento* mas à decisão» (46).

bb) Seria ociosa nesta altura uma nova insistência sobre a *unidade funcional*, a dependência recíproca e a interacção entre as diversas ciências criminais. Que redundaria na desnecessária repetição do que ficou dito quanto à dimensão política da criminologia e à intencionalidade política assumida pela dogmática penal. Limitar-nos-emos, por isso, a sintetizar de forma metafórica: do ponto de vista de cada ciência criminal, concebida como um «sistema» autónomo, dotado de fins e racionalidade específicos, as demais ciências criminais funcionam como seu «ambiente» condicionando-lhe o equilíbrio e estimulando-lhe a adaptação e a «redução da complexidade».

b) Na ideia de polaridade entre a *autonomia* e *unidade funcional* das diferentes ciências criminais está já contido um início de resposta ao problema — que hoje volta a aflorar (47) — acerca da possibilidade, sentido e conveniência de se continuar a falar duma ciência integral ou total do sistema penal, duma *gesamte Strafrechtswissenschaft*. Certa parece, à partida, a impossibilidade de recuperação do modelo de Liszt já que a tanto se opõe a autonomia da criminologia e da política criminal em relação à dogmática. Autonomia que se exprime tanto na transcendência do domínio jurídico-penal como no

(45) Figueiredo Dias/Costa Andrade, (n. 2), p. 112.

(46) B. Machado, (n. 16), p. 271.

(47) Desenvolvimento, Figueiredo Dias/Costa Andrade, (n. 2), p. 93 e segs.; Figueiredo Dias, (n. 10) e A. Baratta, (n. 10).

carácter centrífugo dos interesses cognitivos e dos fins daquelas duas ciências em relação aos da dogmática. Como acertadamente sublinha Baratta, «a ciência jurídica actual pode unicamente integrar-se com a criminologia de ontem, e só a ciência jurídica de amanhã poderá chegar a integrar-se com a criminologia e as ciências sociais dos nossos dias» (48).

A valoração da *unidade funcional* dum perspectiva de integração teórica terá, pois, de fazer-se com o limite de não ser possível falar de ciência «integral» ou «total» em sentido unívoco, isto é, na base do reconhecimento do primado absoluto de uma das ciências criminais: a dogmática, como pretendia Liszt, a criminologia ou a política criminal como de outros lados se pode ser levado a preconizar. Uma nova *gesamte Strafrechtswissenschaft* deverá, assim, obedecer a um modelo policêntrico: só a partir de cada uma das singulares ciências criminais ganha perspectiva e conteúdo a ideia de *unidade funcional*.

Isto sem entrar em linha de conta com a possibilidade (e eventual desejabilidade) de uma nova ciência integral do sistema penal construída por sobre a projecção das propostas de sociedade e de direito antecipadas por certas correntes da criminologia crítica. Tal visão das coisas afigura-se-nos, aliás, incompatível com a ideia da criminologia como ciência zetética, empenhada num indefinido processo de *trial and error* e capaz de progresso. E cujas realizações não é possível antecipar no momento em que à distância se lhe procura prescrever o estatuto (49).

(48) A. Baratta, (n. 10), p. 24.

(49) A esta luz, a criminologia crítica ou radical surge assim como uma espécie de *profecia-que-a-si-mesma se destrói*. Ela orienta-se, com efeito, para construções da realidade social que a concretizarem-se implicarão, mais do que soluções de integração (Direito Penal — Criminologia — Política Criminal), a identificação no destino comum: o desaparecimento devido à superação definitiva da alienação, coerção e, por isso, do direito penal. Isto enquanto não se desconhece — e a própria criminologia crítica não deixa de o sublinhar — que o socialismo existente traz consigo um modelo de integração sob o império total do direito penal.

13. E concluímos, salientando as duas notas que, a nosso ver, sobrelevam na caracterização do estatuto da criminologia contemporânea: a *autonomia* (material, metodológica, epistemológica) e a *politização*. E isto atendendo não só ao seu conteúdo expressivo mais linear mas, também, à sua espessura arqueológica, isto é às significativas sugestões que as investigações sobre a história da criminologia mediatizam. De acrescentar, apenas, que a politização da criminologia, para além de ser conscientemente assumida, é global: quer porque se comunica a todas as tarefas do labor criminológico, quer porque se projecta sobre a generalidade dos problemas político-criminais.

a) Quando ao primeiro aspecto, tal vale, desde logo e como já deixámos demonstrado, para a investigação e teorização etiológico-explicativa, porquanto carece de sentido continuar a acreditar num *puro saber por causas*, estranho a toda a intencionalidade político-criminal. Referenciar uma «causa» do crime é antecipar e credenciar um programa de política criminal. O mesmo vale para tarefas aparentemente tão anodinas como os simples estudos de fenomenologia criminal. Também aqui *descrever é adscrever e, por isso, prescrever*. É o que demonstra de forma impressiva o impacto dos célebres *Relatórios Kinsey* sobre a moralidade e o direito. Mais óbvio é ainda o significado político-criminal dos estudos em matéria de *selecção*: porque confrontam o sistema penal com os seus limites, o direito penal com a verdade da sua desigualdade, e porque põem a descoberto as formas informais de controlo (v.g. escola, empresa, loja comercial), tudo questões a que a política criminal não pode ficar indiferente. As coisas sobem naturalmente de intensidade com os estudos de estigmatização, sobretudo no contexto das *instituições totais*. Foram eles que vieram patentear quanto de paradoxal e de «mito» ou «utopia»⁽⁵⁰⁾ se esconde na ideia e nos programas de resso-

(50) Sobre o «mito» ou «utopia» da ressocialização, cf., por exemplo, os títulos sugestivos de M. Conde, «La Resocialización del Delincuente. Analisis y Crítica de um Mito», *Doctrina Penal* 1979, p. 625

cialização para a liberdade e responsabilidade, através da socialização numa *sociedade de cativos* segundo o conhecido título de Sykes (*The Society of Captives*, 1958) — com os seus valores e cultura, modelos de acção, técnicas de acção e neutralização, lealdades, manipulações de identidade, etc.

b) Uma referência apressada à intervenção da criminologia em temas como a *criminalização*/*descriminalização* e a *ressocialização*, dois dos problemas de ponta da actual política criminal, bastará para aferir até onde vai o alcance do *ethos* político da criminologia contemporânea (51).

aa) Tal como hoje se equaciona, o problema da *criminalização*/*descriminalização* implica um constante compromisso e remissão recíproca entre contributos que relevam da pura teoria política e elementos de conteúdo predominantemente criminológico. Os primeiros predominam na chamada fase da *legitimação negativa* (Hassemer) em que se procuram definir as condutas que assumem *dignidade penal*, e onde os caminhos se apartam ostensivamente consoante se trate de um Estado democrático duma sociedade aberta ou, pelo contrário, de um Estado vocacionado para plasmar na vida colectiva modelos moralistas ou construções trans-históricas de fundo ideológico-político. No primeiro caso, são critérios de *imanência social*, *danosidade social*, *lesão de bens jurídicos* que definem a *dignidade penal* das condutas, excluindo-se, por ilegítima, a intervenção da lei criminal para controlar expressões de margina-

e segs.; E. Dolcini, «La Rieducazione del Condannato tra Mito e Realtà», *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1979, p. 469. Entre nós, Lopes Rocha, «A Reinserção Social do Delincente: Utopia ou Realidade?» in: *Cidadão Delincente: Reinserção Social? Lisboa: Instituto de Reinserção Social*, 1983, p. 69 e segs.; T. Beleza, «A Reinserção Social dos Delinquentes: Recuperação da Utopia ou Utopia da Recuperação?», *Ibidem*, p. 159 e segs.

(51) Hoje, com efeito, parecem cada vez mais isolados os autores — como se afigura ser o caso de F. Schaffstein, (n. 40) — que, em nome da insegurança resultante da intervenção da criminologia em problemas como o da criminalização, continuam a circunscrever o campo político-criminal e penal da criminologia ao domínio da execução das penas em geral e ao tratamento dos jovens delinquentes em especial.

lidade, evasão, heterodoxia moral ou ideológica, etc. Já no outro caso, a vocação *hollstica* (Popper) ou *construtivista* (Hayek) do Estado o legitimará a reduzir as margens de tolerância e a punir a dissidência. Segundo a expressiva caracterização do romance *Eyeless in Gaza* de A. Huxley: «Um princípio é por definição *justo*; um plano *para o bem do povo*. Axiomas dos quais decorre que aqueles que discordam de nós e não querem colaborar na realização do nosso plano são inimigos da bondade e da humanidade. Deixam de ser homens ou mulheres, mas personificações do mal, encarnações do demónio. Matar homens e mulheres é uma injustiça; mas matar demónios é um dever. Daí o Santo Ofício, daí Robespierre, daí a G.P.U. Os homens dotados de forte fé religiosa e revolucionária, os homens possuidores de planos bem architectados para melhorar a sorte dos seus semelhantes, quer neste mundo quer no outro, têm sido mais sistemática e premeditadamente crueis do que quaisquer outros».

Mas a legitimação da criminalização implica um segundo momento de *legitimação positiva* ou carência de tutela, categorias com as quais se procura tornar operativo o princípio da *subsidiaridade do direito penal*, e que assumem uma natureza fundamentalmente criminológica. Do que se trata aqui é, na formulação de Sax, de «um juízo de que em relação a determinados comportamentos que directa ou indirectamente lesam bens jurídicos, sendo, portanto, dignos de sanção penal, esta sanção é também de facto o *único meio para de forma eficaz* proteger a ordenação comunitária. Este juízo assenta predominantemente numa investigação criminológica sobre factos que, pela sua frequência, persistência e danosidade, são considerados como problema político criminal» (52). Noutros termos, o que aqui está fundamentalmente em jogo é uma determinada representação da realidade criminal, na sua expressão

(52) W. Sax, «Grundsätze der Strafrechtspflege», in: K. Bettermann/H. Nipperdy/U. Scheuner (Herausg.), *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, Berlin: Duncker & Humblot, 1959, Band 3, Teilband 2, p. 935.

fenomenológica e na sua interpretação teórica, bem como uma ideia prognóstica sobre a necessidade, possibilidade e eficácia de controlo social através do direito penal ou das suas alternativas. Tarefas que só a criminologia pode aspirar a cumprir.

bb) Retomamos o tema da *ressocialização* não para uma nova insistência a propósito da sua cada vez mais desmitificada eficácia, mas antes para sublinhar a densidade da sua carga política. O seu debate não se confina hoje à execução das penas, domínio onde, apesar de tudo e por força da sua pretensa neutralidade política, sempre se reconheceu um significado pragmático residual à criminologia. Na actual problemática da *ressocialização* fazem crise as questões centrais da legitimação política, jurídico-constitucional e mesmo ético-filosófica. Posta mesmo entre parênteses a posição extremada da criminologia crítica — é a sociedade criminógena e criminosa e não o indivíduo que se impõe *ressocializar* — também aqui, à semelhança do que vimos suceder com a *criminalização*|*descriminalização*, só será possível dar fundamento e sentido às coisas a partir duma decisão prévia (e em permanente referência com ela) sobre o modelo de sociedade e de poder.

Com efeito, em vez dos problemas da eficácia, são os problemas da legitimidade que sobem ao primeiro plano, onde avultam questões como: *ressocializar* para a moralidade ou para a sociabilidade? Para que modelo alternativo de convivencialidade numa sociedade plural e tolerante? *Ressocializar* para a adesão interior (metanoia) aos valores jurídico-penais ou para o seu mero respeito exterior? *Ressocialização* coactiva pela via do *tratamento* ou *terapia emancipadora* (Haffke)? Questões — a lista podia alongar-se — cuja resposta não é líquido se deve ser preferencialmente cometida à criminologia ou à teoria político-constitucional.

Elucidativa da permeabilidade e aproximação recíproca dos dois campos é a citação com que terminamos que, curiosamente, não é extraída de qualquer dos cultores das ciências criminais que recentemente mais se têm debruçado sobre o

tema (Peters, Eser, Haffke, Müller-Dietz ...) (53), mas de um autor como Karl Popper. Ao expor e criticar o que designa por *social engineering holístico ou utópico*, e reportando-se especialmente à obra paradigmática de K. Mannheim, *Man and Society in an Age of Reconstruction*, escreve Popper:

«Os problemas relacionados com a incerteza do factor humano têm que forçar o utópico, queira ou não, a tentar controlar o factor humano por instituições e estender o seu programa de tal forma que abarque não só a transformação da sociedade, segundo o planeado, mas também a transformação do homem. 'O problema político, portanto, é organizar os impulsos humanos de tal forma que orientem a sua energia para os pontos estratégicos adequados e o seu processo de desenvolvimento na direcção desejada'. O utopista (...) substitui a sua exigência de construirmos uma nova sociedade que permita aos homens e mulheres viver nela, pela exigência de que moldemos estes homens e mulheres para que se encaixem na sua nova sociedade. Porque os que não gostam de viver nela só demonstram, por este facto, que ainda não estão aptos para viver nela; que os seus *impulsos humanos* carecem de ser ainda mais *organizados*. (...) O planificador holístico (...), incapaz de conhecer com segurança o que está nas mentes de tantos indivíduos, tem que tentar a simplificação dos seus problemas pela *eliminação das diferenças individuais*: tem de forçar o controlo e a uniformidade dos interesses e crenças pela educação» (54).

(53) Sobre estas questões e para uma recensão sumária da bibliografia mais significativa, C. Andrade, (n. 2), p. 206 e segs.; Anabela Rodrigues, *A Posição Jurídica do Recluso na Execução da Pena Privativa da Liberdade. Seu Fundamento e Âmbito*, Coimbra, 1982, sobretudo p. 69 e segs.

(54) K. Popper, (n. 7), *La Miseria ...* p. 30.