

Nº 24 / JANEIRO - DEZEMBRO / 1977

REVISTA DE DIREITO PENAL

ÓRGÃO OFICIAL DO INSTITUTO DE CIÊNCIAS PENAIS
DO RIO DE JANEIRO

Diretor : Prof. Heleno Cláudio Fragoso
Redator-Chefe : Prof. Nilo Batista
Secretário : Prof. Arthur Lavigne
Redatores : Profª Yolanda Catão
Prof. João Mestieri
Prof. Luiz Fernando de F. Santos
Prof. Heitor Costa Júnior
Prof. Juarez Cirino dos Santos

Sérgio Fragoso

FORENSE / RIO DE JANEIRO / 1979

Copyright

Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro

Rua Paulino Fernandes, nº 32, 1º andar — Botafogo
22270 Rio de Janeiro - RJ

EXEMPLAR Nº 060

IP

Reservados os direitos de edição e distribuição deste número pela
COMPANHIA EDITORA FORENSE

Av. Erasmo Braga, 299, 1º e 2º andares — 20020 Rio de Janeiro-RJ.

Filial: Largo de São Francisco, 20, loja - 01005 São Paulo-SP.

Impresso no Brasil

Printed in Brazil

SUMÁRIO

Doutrina

MANUEL LOPEZ-REY, Manifesto Criminológico	7
HELENO CLAUDIO FRAGOSO, O Direito Penal Comparado na América Latina	17
SEVERIN CARLOS VERSELE, Procedimentos judiciais e ou- tras formas de controle social na prevenção do crime	27
EDUARDO NOVOA MONREAL, Alternativas e transes do di- reito penal de hoje	45
MANOEL PEDRO PIMENTEL, O advogado e a Realidade do Direito Penal	73

Atualidades e Comunicações

FRANCISCO MUÑOZ CONDE, Para uma ciência crítica do Direito Penal	93
A prostituição em Portugal	99
JUAREZ CIRINO DOS SANTOS, SÉRGIO TANCREDO, Pro- jeto de Pesquisa sobre criminalidade	109

Resenha bibliográfica	119
-----------------------------	-----

Comentários de jurisprudência

Decadência	135
Extorsão Súmula 145: Agente provocador	139
Motorista não habilitado. Imperícia presumida	140
Súmula 146: orientação atual do STF	142

abandonar a prática de crimes comuns e dedicar-se ao estudo e à pesquisa em criminologia, a fim de contribuir para a solução dos problemas sociais e jurídicos que a sociedade enfrenta.

Essa é a missão que cabe ao profissional da área, e que deve ser assumida com responsabilidade e compromisso. A criminologia é uma ciência que busca entender o comportamento humano e os fatores que influenciam a prática de crimes, a fim de contribuir para a prevenção e a repressão dos mesmos.

SE J. H.

Manuel Lopez Rey é hoje, sem dúvida, uma das figuras mais destacadas da Criminologia contemporânea. Temos acolhido do velho mestre diversos trabalhos e, neste número, publicamos o seu importante "Manifesto Criminológico", que se destina a ter grande repercussão.

Inclui-se também, em nossa seção de doutrina, estudo apresentado pelo diretor desta revista no colóquio realizado pelo Instituto Max Planck de Direito Estrangeiro e Internacional, em Freiburg-im-Breisgau, sobre o método comparado no Direito Penal e na Criminologia.

Publicamos igualmente notável relatório do Prof. Severin Carlos Versele sobre procedimentos judiciais e outras formas de controle social na prevenção do crime, no qual o excelente mestre apresenta observações penetrantes sobre a problemática do sistema judiciário em matéria penal, na perspectiva crítica que hoje domina a Criminologia.

Ainda nessa seção, o leitor encontrará importante trabalho do professor Eduardo Novoa Monreal, sobre as alternativas e transeles do direito penal de hoje, no qual o mestre chileno, atualmente exilado na Venezuela, examina com acuidade a crise da Dogmática Jurídico-Penal.

A seção de doutrina termina com a bela conferência do prof. Manoel Pedro Pimentel sobre o advogado e a realidade do Direito Penal, proferida na abertura do I Encontro dos Advogados Criminais, realizado na Faculdade de Direito da USP.

Na seção de Atualidades e Comunicações, publicamos três trabalhos: o relatório do professor Francisco Muñoz Conde apresentado ao Colóquio de Varna, organizado pela AIDP ("Para uma ciência crítica do Direito Penal"); um relatório sobre a prostituição

em Portugal, e o projeto de pesquisa sobre criminalidade, realizado pelos professores Juarez Cirino dos Santos e Sérgio Tancredo.

A edição inclui as nossas seções habituais de resenha bibliográfica (com a indicação de livros novos recebidos) e comentários de jurisprudência, destacando-se nesta, mais uma vez, os estudos do prof. Damásio E. de Jesus.

H. C. F.

DOCTRINA

MANIFESTO CRIMINOLÓGICO (*)

MANUEL LOPEZ REY

Como este é um manifesto, as referências bibliográficas, com uma só exceção, foram omitidas; o texto é afirmativo e polêmico, além de proclamar uma criminologia sociopoliticamente orientada, que não pode ser oferecida pelas complacentes criminologias capitalistas e socialistas de nosso tempo.

I — A CRIMINALIDADE

1. Há a criminalidade convencional e a não convencional. A primeira é constituída, em sua maioria, de delitos contra as pessoas, a propriedade, os códigos morais e a ordem pública; a segunda de delitos sob a proteção oficial ou semi-oficial; contra a lei internacional e seus usos; como seqüela de ações patrióticas, políticas, ideológicas, revolucionárias e, inclusive, fanático-religiosas; pelos "serviços de inteligência"; pelas fraudes econômicas e financeiras; pela corrupção criminosa em altos escalões; pelo tráfico ilícito e exploração da mão de obra emigrante; pelas práticas discriminatórias, genocídio, falsa publicidade de produtos; pela contaminação e tráfico ilícito de pessoas e de drogas. Muitos poucos são novos; a grande maioria definida como ilícitos criminais pelos códigos penais nacionais e pelas leis especiais; mas, a grande parte não é sancionada.

2. As formas mais freqüentes de criminalidade convencional são o roubo, o furto, as lesões corporais, a violação e o furto de automóveis. O homicídio e as lesões, salvo em países como os Estados Unidos e México, geralmente, não excedem a 5% dos delitos registrados. Todavia, as formas mais freqüentes de criminalidade não convencional são a "liquidação" ou "pessoas desaparecidas", a tortura (física e mental), a perseguição política e racial, o tratamento ou castigo cruel, desumano e degradante, a prisão ou

(*) Tradução de J. Sérgio Fragoso.

detenção arbitrária; a negação de justiça; a fraude financeira, industrial e econômica, pelas corporações, empresas e bancos, a subversão política, o terrorismo, a guerra de guerrilhas, o seqüestro, a tomada de réfens, o roubo à mão armada, a coerção e a intimidação pela polícia política e organizações ou serviços armados, as manobras e decisões políticas, que afetam o desenvolvimento nacional ou as vidas e a propriedade de pessoas, grupos ou minorias.

3. A amplitude da criminalidade convencional se conhece, em parte, pela publicação das estatísticas criminais, das quais as judiciais e penais são, geralmente, mais acessíveis que as policiais, cujas publicações, recentemente, diminuíram por razões políticas. Este é o caso na maioria dos países socialistas. Em alguns países, de independência recente, não se publica a estatística policial porque mostraria como, a partir da independência, a criminalidade aumentou. Na Bélgica, na França, na Espanha e na Suíça, por razões diferentes, a estatística policial não é acessível. Resulta disso, na maioria dos casos, que a investigação criminológica é baseada nas estatísticas judiciais e penitenciárias, cujo valor — como índices criminais — é, extremamente limitado.

4. A criminalidade não convencional, geralmente, não aparece nas estatísticas criminais. Em muitos casos, só se registra nos arquivos de polícias especializadas, nos serviços armados ou de inteligência. Não obstante, uma série de publicações, especialmente, as da Cruz Vermelha Internacional, da Comissão Internacional de Juristas, da Anistia Internacional, da Comissão das Nações Unidas Sobre os Direitos Humanos e das sub-comissões relacionadas, contém dados fragmentários, mas significativos. Para avaliá-los deve-se ter presente, o seguinte:

a) — dos 137 Estados Membros das Nações Unidas, só 25 ou 18% têm regimes democráticos, se se entende por tal, o livre exercício dos direitos humanos mais fundamentais;

b) — Esses regimes não democráticos têm, geralmente, à sua disposição, grandes serviços policiais especializados e só se permite um único partido político;

c) — Dos 85 países em desenvolvimento, em 65 — ou seja, 77% — a tortura e o número de “pessoas desaparecidas” continuam aumentando;

d) — O número de vítimas do terrorismo e das guerrilhas está em constante aumento;

e) — A corrupção política, econômica e policial de caráter criminoso não é um fenômeno isolado, mas, sim, expressão da decadência dos sistemas sócio-econômicos e políticos, sejam quais forem suas etiquetas; e

f) — Em muitos países, desenvolvidos ou em vias de desenvolvimento, capitalistas ou socialistas, o sistema penal, particularmente, a judicatura, é utilizado com objetivos políticos ou de classe. Por isso se entende não só a justiça “administrada” aos dissidentes políticos, senão, também, aquela que se realiza em benefício de interesses privilegiados de muitos tipos.

5. Como exemplo, pode-se subministrar os casos e os números seguintes: ainda que negado pelo governo de Saigon, que fornecia uma cifra de 35 mil, o número de civis, na prisão, sem julgamento, muitos durante anos, era entre 70 mil e 100 mil, em 1973. Entre os liberados havia um número considerável de estropiados para toda a vida, por haver passado anos em jaulas; na Indonésia, em 1974, o número de presos aguardando sentença, muitos, há mais de 5 anos, era de 55 mil; em Uganda, em quatro anos, sob o regime de Amin, nada menos de 50 mil pessoas foram assassinadas por patrulhas do Exército e de unidades policiais, muitas delas, depois de um tratamento desumano e de torturas; no Chile, pouco depois do golpe de Pinochet, 60 mil pessoas foram, arbitrariamente, detidas e muitas, maltratadas e torturadas. Em fins de 1974, o número se reduziu a 8 mil; mas, o número de “pessoas desaparecidas”, todavia, é desconhecido. Como exemplo, de 3089 presos, sem julgamento, reportados ao Comité de Cooperação para a Paz, no Chile, 547 ou 17%, todavia, estão “desaparecidos”. Existem, também cifras para a Argentina, Brasil, Birmânia, África Equatorial, Guatemala, Grécia, Haiti, Israel, Irã, Coréia do Norte e do Sul, Marrocos, Paraguai, Peru, Sri Lanka, África do Sul, Síria, Uruguai e Zanzibar. Várias resoluções das Nações Unidas sobre tortura e outros tratamentos ou castigos cruéis, desumanos ou degradantes foram aprovadas, nos últimos anos, com excassos resultados no que se refere aos governos e seus agentes de aplicação da lei. A última, Resolução nº 3218, XXIX, 1974, da Assembléia Geral, pede aos Estados membros que subministrem informação ao Secretário Geral, pede a este, que prepare um estudo analítico, exige que o próximo 5º Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Delito e o Tratamento do Delinqüente, a realizar-se em Toronto, em setembro de 1975, preste urgente atenção para a elaboração de um código internacional de ética para a polícia e para os departamentos relacionados com ela e convida a Organização Internacional da Saúde e outros organismos internacionais vinculados com ela, a elaborar um esquema dos princípios de ética médica relevantes, para a proteção das pessoas sujeitas a qual-

quer forma de detenção ou prisão, contra a tortura. Lamentavelmente, a tortura e as práticas relacionadas são problemas nacionais, assim como, internacionais e, o século XX, se está tornando mais esperto nelas, que os governos do passado. A inefetividade da política das Nações Unidas pode ser provocada, em parte, pelo fato de que, frequentemente, os representantes dos governos acusados são membros das comissões e das subcomissões que conhecem dessas acusações. Isto explica a freqüente postergação das decisões sob a tradicional fórmula de "maior estudo". Sobre os códigos ou princípios internacionais, seria ingênuo supor que quando são adotados pelos corpos formuladores da política das Nações Unidas, os governos os cumprirão. O caso das "Regras Mínimas para o Tratamento de Reclusos", adotadas em 1955, enviadas aos governos em 1957, apenas aplicadas por mais de 12 países é, suficientemente, significativa. A inclusão sugerida nas Regras, sobre as medidas contra a tortura, o tratamento e o castigo cruel, desumano ou degradante, tudo que faz parte da Declaração Universal dos Direitos Humanos e do Convênio sobre Direito Civil e políticos, é uma das táticas dilatórias utilizadas para camuflar o descuido dos governos para a sua aplicação. Seria muito esperar, que sua inclusão assegurasse os direitos proclamados pela Declaração e pelo Convênio, que têm sido violados constantemente, por esses mesmos países. A respeito de um esquema de princípios médicos, seria muito desejável, incluir psicólogos, biólogos e muitos outros que atualmente, se ocupam de experimentar, em reclusos, as técnicas de privação sensorial e de certos métodos de modificação da conduta, que se levam a cabo na República Federal Alemã, nos Estados Unidos e em outros países. De acordo com a informação disponível, alguns dos que realizam esta investigação, pensam que os experimentos podem desempenhar um papel positivo na penologia e na criminologia para a reeducação de pessoas ou grupos. Porém, estes serão, ademais, utilizados pela polícia organizações terroristas ou revolucionárias, para ampliar o círculo vicioso da tortura e do terrorismo. O slogan revolucionário de que ninguém é inocente ou neutro não é novo, nem revolucionário. Foi utilizado muito tempo pelos organismos que aplicam a lei, com mentalidade política.

6. Em relação à corrupção criminosa política, Watergate não é mais que um indicador de seu alcance nos Estados Unidos. Como delito está proliferando em grande número de países, freqüentemente, conectado com os cometidos contra os recursos econômicos nacionais e os interesses públicos. Podem esses fatos e outros semelhantes se explicar pelas tradicionais referências à personalidade do delinqüente ou aos instintos, como pretendem a criminologia clínica e as teses etiológicas? A psicologia, a biologia e outras disci-

plinas são necessárias; porém não podem, por si sós, explicar a enorme amplitude e variedade da criminalidade.

7. Poderia ser utilizado como índice que mostra o mal funcionamento dos sistemas penais, o seguinte: o número de reclusos aguardando sentença tem aumentado, na maioria dos países. Na França e na Espanha, em 1972, chegou a 36% do total da população carcerária; na Itália, em 1970, entre 50 e 60%, na Colômbia e na Venezuela, em 1973, 70%, e, no Zâmbia, em 1970, 55%. Em muitos países, particularmente, na América Latina, a média na demora dos julgamentos oscila entre dois e quatro anos. Na Itália, freqüentemente, entre três e cinco anos. O remédio não é aumentar o número de juizes, o que já foi feito muitas vezes, sem os resultados esperados; mas, sim, estabelecer novos sistemas penais, nos quais se elimine o caráter marcadamente burocrático da justiça penal. Em um número considerável de países, a proporção da população carcerária condenada a menos de um ano varia entre 60 e 80%. Nos países escandinavos a porcentagem não é menor. Ali, a visão predominante é a de que a prisão logra muito pouco, para prevenir a reincidência e, portanto, as penas curtas não são um remédio pior que as longas e, inclusive, podem ser melhores. Seguindo o mesmo tipo de raciocínio, uma série de serviços que se ocupam da assistência médica, social, etc., poderiam ser descartados. Faz alguns anos, estes países se opunham, decididamente, à prisão a curto prazo e mostra a confusão em que se encontra a criminologia contemporânea. O erro inicial foi o de considerar que o objetivo do direito penal e, portanto, do tratamento, era a reabilitação do delinqüente. Entre outras coisas, os resultados e postulados em que a criminologia se baseava ignoravam o fato de que, enquanto se mantiver os sistemas sócio-econômicos e políticos predominantes, a redução da reincidência, na maioria dos casos, está fora do alcance de qualquer tipo de tratamento e que um crescente número de delinqüentes se acham totalmente justificados, para recusar serem readaptados, ressocializados ou reabilitados conforme as exigências desses sistemas. Há mais: ao insistir em reabilitar ao delinqüente, que na maioria dos casos pertence aos extratos sociais inferiores, enfatiza-se sua condição marginal. Ao passo que, a posição privilegiada da grande maioria dos delinqüentes não convencionais, frequentemente, torna-os imunes diante do sistema penal e do tratamento enquanto vivem à margem do mesmo.

8. Não há dúvida de que os números sobre a criminalidade não convencional são escassos e, provavelmente, continuarão sendo, apesar da solicitação feita pela Assembléia Geral aos governos. Afortunadamente, existem outras formas de obter dados, mesmo quando isso implique em anos de esforço. As estatísticas sobre a crimi-

nalidade convencional, freqüentemente, são incompletas e pouco fiéis, contudo continuamente se faz referência a elas na investigação. Algumas das cifras sobre a criminalidade não convencional são de tanta confiança como algumas sobre a criminalidade convencional. Assim, alguns homicídios, por motivos políticos, cometidos por Hitler ou Stalin mostram que o homicídio comum demorará, nos respectivos países, trezentos anos para superar o número de homicídios perpetrados sob aqueles ditadores. Na realidade, o vulto da criminalidade, no sentido aqui entendido, apresenta interrogações que não foram consideradas pela criminologia contemporânea. Se em alguns, países, os delitos contra a propriedade excedem à violação dos direitos humanos por parte dos organismos encarregados de aplicar a lei, qual das duas formas de criminalidade é mais importante para a política criminal e para os objetivos criminológicos? Significa, por acaso, o fato de que a opinião pública parece ignorar a criminalidade não convencional e que só a criminalidade convencional deve ser o tema da criminologia e esta criminologia, importada ou exportada, dê lugar à chamada criminologia comparada?

Podemos sustentar que o crescente número de assassinatos políticos e de "pessoas desaparecidas", tortura, castigos cruéis, desumanos e degradantes, terrorismo, guerra de guerrilhas, negação de justiça, fraudes econômicas e financeiras em nível nacional e internacional, a ampla difusão de drogas farmacêuticamente perigosas, o tráfico de drogas e de pessoas, o crescente número de fatos criminosos, por negligência, devidos a fatores tecnológicos, industriais ou de outro tipo, muitos dos quais não implicam em nenhum tipo de relação entre as pessoas ou grupos, podem-se explicar pelas teorias do internacionalismo, pelo desvio, pelo etiquetamento, etc., que se limitam, quase exclusivamente ao delito convencional? Pode-se admitir a existência de crimes sem vítimas? É certo que em alguns países ocidentais a criminalidade convencional excede a criminalidade não convencional, mas isso não justifica que se considere à criminalidade convencional como marco de referência da criminologia.

II — A CRIMINOLOGIA

9. Desde o início, a criminologia tem sido uma disciplina conservadora e, como tal, dedicada exclusivamente à criminalidade convencional. Inclusive, se agora se estudam algumas formas de criminalidade não convencional, do ponto de vista psicológico, etiológico ou sociológico, **predomina o enfoque individualista**. Existem muitas razões para este conservadorismo, que têm sua origem no positivismo de Comte, no evolucionismo de Spencer e no empirismo de Stuart Mill, os quais com todos os méritos científicos que têm, são,

politicamente, reacionários e conduziram a uma criminologia que considerava a criminalidade como conglomerado de fatos delitivos individuais. O resultado foi que o delinquente se converteu no principal "beneficiário" do conhecimento criminológico. Daí, a importância outorgada aos processos causais individualísticos, tais como: conflitos culturais, sub-culturais, aprendizagem, contenção, associação diferencial, interacionismo, desvio, inclinação, etc. Ainda que, indubitavelmente, essas teorias trouxessem contribuições valiosas, todas são expressões de um enfoque positivista ou neo-positivista, cujo traço principal é a explicação subjetivista da criminalidade. De fato, algo similar está ocorrendo na psicologia e na psiquiatria, incapazes, ainda, de superar esse enfoque. A explicação do fracasso da criminologia, em grande parte, reside em considerar o fenômeno da criminalidade como conjunto de delitos que se podem explicar individualmente, em lugar de considerá-lo como fenômeno sócio-político.

10. Ainda, que, filosófica e politicamente, o socialismo fosse incomparável com o positivismo — ao ponto de Marx escrever que "a filosofia positivista" significa ignorância de todo o positivo (carta a Engels, de 20 de março de 1869) — alguns criminólogos socialistas trataram de combinar o socialismo científico com as teses de Spencer, Darwin e Comte. O incompatibilidade de tais teses explica, em parte, o escasso impacto do materialismo dialético, então, ideologicamente poderoso, na construção da criminologia. Quando, poucos anos depois da morte de Stalin, a criminologia foi reintroduzida na União Soviética, tratou-se mais de uma ressurreição do que de uma nova criação. Hoje em dia, não há menos de cinco variedades de países socialistas e de criminologias nos mesmos. Ao que parece, na China, não existe como disciplina. Da mesma forma que a capitalista, todas as criminologias socialistas existentes dedicam-se fervorosamente à criminalidade convencional. Em todos os textos se critica a criminologia burguesa; mas, seus princípios e conclusões não diferem, essencialmente, do que criticam. Assim, se podem encontrar nos textos socialistas os habituais capítulos sobre as causas da criminalidade, a personalidade do delinquente, sua reabilitação, a classificação das medidas a tomar, os problemas metodológicos etc. Em 1973, um trabalho soviético ao ocupar-se da etiologia da criminalidade sublinhou, em contradição com a tese marxista, que a conduta individual é a "célula" primária da criminalidade. Em um tratado, também soviético, publicado no mesmo ano, igualmente a muitas criminologias burguesas, sublinhou-se a importância dos fatores biológicos. Inclusive, o fato de considerar a criminologia como um ramo do direito penal, não difere, em nada, da prática, na grande maioria dos países burgueses, de considerá-la disciplina das Faculdades de Direito e, freqüentemente, ensinada por professores de direito penal. As exceções mais significativas são os Estados Unidos,

o Reino Unido e outros países de fala inglesa, onde, geralmente, se encontra nos departamentos de Sociologia. Talvez, a distinção mais notória, entre a criminologia capitalista e a socialista, seja que esta se considera como uma disciplina que deve contribuir para o desenvolvimento da sociedade socialista. Isso seria aceitável, se essa sociedade não fosse concebida tão dogmaticamente e se a criminologia socialista, também levasse em conta a criminalidade não convencional.

11. Como criação ocidental, embora profundamente arraigada no século passado, se a criminologia deseja sobreviver e não ser substituída pela política criminal, o que, por razões políticas, já sucedeu em alguns países, deve-se dar conta, de que a criminalidade convencional não é mais do que um aspecto do fenômeno sócio-político da criminalidade, que os países em desenvolvimento devem ser estimulados a desenvolver seus próprios enfoques criminológicos, ao invés de imitar os que existem em países muito diferentes e que, o estudo da criminalidade não convencional, exige um enfoque que a criminologia contemporânea não pode dar. E, mais: devido à estreita conexão entre a criminalidade convencional e a não convencional, a freqüente impunidade ou privilégios desta última, têm um impacto inegável no aumento da criminalidade comum. Isto explica, em parte, a crescente ineficácia dos programas de tratamento, já que, em muitos casos, o delinquente comum se apercebe totalmente da injustiça que implica.

12. Seria ilusório crer que a proliferação da investigação criminológica, dos institutos, dos centros, projetos e estudos, compensaram o vazio que existe na criminologia tradicional e, ainda, em parte, da "nova" criminologia. Não há dúvida, de que muitos achados criminológicos têm contribuído e, não pouco, para uma melhor compreensão de algumas formas de criminalidade comum. Por outro lado, também, não há dúvida, de que, em muitos casos, o que apresenta como investigação é só reinvestigação; quer dizer, repetição daquilo já feito há anos atrás. A metodologia não deve se identificar com o "metodologismo", de que sofre tão agudamente a criminologia. Seus traços atuais são o contínuo empréstimo de expressões de outras disciplinas, evidenciando a manipulação dos dados e seu caráter neutro, sociopoliticamente. O refinamento do "metodologismo" contribuiu para o vazio da criminologia contemporânea. É difícil determinar, se a profissionalização dos "metodólogos" é produto da forma gerencial, com que se conduzem muitos institutos e centros, por empenho de sobrevivência profissional, que promovem este tipo repetitivo de investigações.

13. O dilema da criminologia contemporânea não se pode resolver dividindo-a em macro e micro-criminologia e estipulando

para a primeira o estudo da criminalidade não convencional e, para a segunda, o da criminalidade comum. Aparte de ser uma terminologia emprestada, que fracassou na economia e em outras disciplinas, a classificação reforçará a separação dos dois aspectos da criminalidade e a impunidade geral de suas formas não convencionais. E, mais: o que é macro, hoje em dia, será micro amanhã. A classificação é um subterfúgio, para ocultar a incapacidade da criminologia de manejar o problema da criminalidade. Tampouco, lograrão os movimentos anticriminológicos criar a criminologia necessária, a menos que seu enfoque negativo, seja seguido por algo realmente construtivo.

14. Poder-se-á argumentar, que o estudo da criminalidade não convencional apresenta dificuldades políticas, que deveriam ser evitadas para o bem da ciência. Como refutação, deve-se dizer que, contrariamente, à opinião comum, a ciência já não pode ser neutra. As dificuldades não têm impedido que alguns criminólogos proponham uma nova criminologia revolucionária, que vai mais além do capitalismo e do marxismo. A nível internacional, em uma série de reuniões regionais, organizadas pelas Nações Unidas, manifesta-se, também, uma inquietação na preparação e na organização do Quinto Congresso para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente, em Toronto, setembro de 1975, (celebrado em Genebra, na data mencionada) e no Comitê de Especialistas sobre a Prevenção e o Controle do Delito e a Justiça Penal, levada a cabo em Genebra, setembro/outubro de 1974. Em ambos, se citaram e se discutiram ainda que cautelosamente, o terrorismo, a tortura, a corrupção criminosa, os delitos econômicos e outros, recomendou-se a urgente necessidade de serem levados em conta, pelas jurisdições penais nacionais e por outros métodos. Com relação ao tratamento de delinquentes, podia-se detectar um saudável ceticismo sobre a reabilitação. A reavaliação da justiça penal, assim como a necessidade de planejar a prevenção e o controle do delito, foi, também evidenciada. Alguns desses temas, são parte da agenda do próximo congresso. Talvez, as discussões proporão problemas políticos; mas, inclusive, se isso suceder é a hora para que a criminologia e a justiça penal enfrentem o fato de que a criminalidade é um problema sócio-político e, não, um problema formado por teorias criminológicas baseadas na consideração individual do delinquente, nas quais o neo-positivismo joga, desafortunadamente, um papel proeminente nas terras latino-americanas. Os freqüentes motins carcerários, a negação de certas formas de tratamento e as reclamações para o reconhecimento dos direitos dos reclusos, atestam este fato. Da mesma forma que em muitos outros campos, as Nações Unidas abriram a porta para a discussão da criminalidade, como problema sócio-político, no qual estão interrelacionadas a criminalidade convencional e a não convencional. Toca aos governos aceitar este repto.

15. Em consequência, submeto os seguintes pontos, para a construção de uma nova criminologia.

a) — Como fenômeno sócio-político, a criminalidade abarca todas as formas de criminalidade, convencional ou não, nacional, internacional e transnacional. Em todos os casos, a criminalidade é condicionada pelo poder, o desenvolvimento, a desigualdade, a natureza humana e os sistemas penais. O papel desses elementos condicionantes está determinado, em parte, por seu caráter ambivalente e, em parte, por sua interdependência;

b) — Como a criminalidade é inerente a qualquer sociedade, não pode ser abolida; porém, pode ser, consideravelmente, reduzida, construindo-se um tipo de sociedade nacional e internacional, em que os efeitos daninhos dos fatores condicionantes se realizam a um mínimo razoável. Supõe-se, que a criminologia facilite essa redução. Neste sentido, deve participar, ativamente, na planificação dos sistemas de uma justiça social penal. Deve-se evitar a identificação entre planificação e uma série de reformas, abandonando-se os conceitos positivantes de periculosidade, associabilidade e outros análogos explorados pelas classes dirigentes;

c) — No estudo da criminalidade deve-se fazer uma distinção entre o problema da criminalidade, os problemas dos sistemas penais que dela se ocupam e os problemas que resultam da criminologia como disciplina. Todos estão estreitamente relacionados. Até agora, os dois últimos têm recebido maior atenção que o problema da criminalidade mesma. Dever-se-ia, portanto, dirigir a investigação, fundamentalmente, para o seu estudo, com uma orientação sócio-política. Isto não significa, necessariamente, que deveria estar dominada por uma ideologia particular;

d) — A prevenção da criminalidade depende mais da planificação sócio-econômica e política, do que da formulação de específicas políticas preventivas e de programas dentro de sistemas sócio-econômicos e políticos injustos;

e) — Enquanto subsistam os sistemas de justiça penal, sua **ratio essendi** e a do direito penal não é a correção, a ressocialização ou a reabilitação do delinqüente, mas, sim, a justiça social. Isto implica numa total reconsideração destes sistemas, particularmente, nos limites da repressão penal. Por consequência, devem-se levar em conta os direitos humanos da sociedade e do delinqüente;

f) — A nova criminologia exige um novo tipo de criminólogo. Para esse fim, o currículo criminológico deve incluir a ciência política, a sociologia do direito, a sociologia política, a histórica, a teoria e a prática dos direitos humanos e a filosofia.

O DIREITO PENAL COMPARADO NA AMÉRICA LATINA

HELENO CLAUDIO FRAGOSO

I

1. O direito estrangeiro, tem exercido enorme influência na América Latina. Desde que conquistaram sua independência, no século passado, as antigas colônias da América hispânica e portuguesa, voltaram-se para os países do velho mundo, incorporando os modelos legislativos de maior prestígio. No caso dos países de língua espanhola, a influência da antiga metrópole constituiu fenômeno impressionante.

2. O CP espanhol de 1822 (que vigorou apenas em breve período liberal) serviu de modelo ao código salvadorenho, de 1826, e ao boliviano de 1834. O código espanhol de 1848 inspirou diretamente o código salvadorenho, de 1859, o venezuelano, de 1863, e, na sua versão de 1850, os códigos peruano, de 1863 e o chileno, de 1874. O código espanhol de 1870 foi a base dos códigos do México, de 1871, da Nicarágua, de 1879 e de 1891; de El Salvador de 1871 e de 1904; de Honduras, de 1898 e de 1906, e da Guatemala, de 1936.

O CP de 1870 vigorou também em Cuba e em Porto Rico, enquanto estiveram sob domínio da Espanha, até o final do século. O código cubano, de 1936, inspira-se no espanhol, de 1928.

3. O código espanhol mais importante desse período foi o de 1848, que se inspira, como diz RODRIGUEZ DEVESA, no ecletismo francês então dominante, por influência de PELLEGRINO ROSSI: o direito penal se funda na justiça e tem seu limite na utilidade (1). Embora esteja presente a influência do modelo napoleônico,

Relatório apresentado ao colóquio realizado pelo Max Planck Institut für ausländisches und internationales Strafrecht, Freiburg im Breisgau, em Outubro, 1978.

1. RODRIGUEZ DEVESA (J.M.), *Derecho Penal Español, Parte General*, Madrid, 1976, 90.

não há dúvida de que o código das Duas Sicílias (1819) e, principalmente, o código brasileiro de 1830 estão entre suas fontes mais evidentes. BARBERO SANTOS afirma que a estrutura do código de 1848, sua pedra angular, grande parte de seu conteúdo e inclusive a formulação literal dos preceitos, passam aos códigos que o sucederam, e chega até mesmo ao código na atualidade vigente (2).

4. Revelando a influência do direito comparado, MANUEL SEIJAS LOZANO, autor do projeto de que resultou o código de 1848, esclareceu: "Lo primero que hice es estudiar *ad hoc* la legislación penal de todos los países europeos y de otros pueblos que también se han adelantado". Do código brasileiro de 1830, afirmou SEIJAS: "Considerada su parte artística es una cosa perfecta; considerada su redacción, es el colmo de la precisión y claridad, y, considerada la penalidad, su exatitud es gradual, es geométrica" (3).

PACHECO, chamado na Espanha, então, o penalista do século, e que certamente exerceu grande influência no CP de 1848, escreveu a obra mais importante sobre a legislação penal espanhola do século passado, "El Código Penal Concordado y Comentado", de que se fizeram seis edições. Na introdução dessa obra ele revela a sua preocupação comparatista ao dizer que nela, "la primera idea, es la de las concordancias", porque nada é tão útil, nada é tão fecundo como semelhante confrontação; porque nada serve como esta para ensinar, para explicar e julgar (4). A comparação (que o autor chamava de "concordancias"), é feita com os códigos romanos, anteriores a todas as legislações; com o *Fuero Juzgo* princípio da legislação espanhola; o *Fuero Real*, as Partidas e a *Recopilación* que estiveram em vigor até o advento do código; o CP de 1822; o CP francês ("modelo de todos los del día"); o austríaco (1852) e o napolitano (1819), "reglas de pueblos que se parecen a nosotros", e o do Brasil, "cuyo método ha servido de norma para el que acaba de publicarse".

2. BARBERO SANTOS (M.) *Política y Derecho penal en España*, Madri, Tucar, 197, 23 Cf. também ANTON ONECA (J.) *Derecho Penal, Parte General*, Madri, 1949, 61, e QUINTANO RIPOLLÉS (A.), *Curso de Derecho Penal*, Madri, Editorial Revista de Derecho Privado, 1963, I, 109 ("Se inaugura con él la estructura que han de tener ya los códigos posteriores, que hasta el vigente, y con la sola excepción del dictatorial de 1928, pueden ser considerados meras refunciones suyas").
3. ANTON ONECA (J.), *El Código Penal de 1848 y D. Joaquim Francisco Pacheco*, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madri, 1965, 482
4. PACHECO (J. F.), *El Código Penal Concordado y Comentado*, Madri, 1367, LXII.

5. O código brasileiro de 1830, que tão grande influência exerceu sobre o espanhol de 1848 (e, por esta via, sobre numerosos códigos da América Latina), foi verdadeiramente uma legislação notável. Esteve em vigor até o advento do primeiro CP republicano, em 1890. Inspirou-se, ele também, no utilitarismo e na doutrina de ROSSI, cuja obra foi extensamente divulgada no Brasil, tendo como fontes mais próximas o código napoleônico e o napolitano, bem como o projeto de LIVINGSTON para a Louisiana, de 1824 (5). Tecnicamente o código brasileiro era superior a todos os outros de sua época. Nele aparece claramente adotado o sistema do dias-multa para a pena patrimonial (art. 55), conhecido como oriundo do direito escandinavo e idealizado por THYRÉN, em seu projeto de 1916. Previa nosso código a reparação do dano *ex-delicto* no próprio juízo criminal e incorporou o sistema da responsabilidade sucessiva nos crimes de imprensa, que se afirma ter sido introduzido pela lei belga, de 1831. Em diversas passagens há, no código, soluções originais, sem imitação servil de qualquer de seus modelos.

6. A legislação italiana influenciou, igualmente, numerosos códigos penais da América Latina. O CP italiano de 1889 (Zanardelli) foi a fonte imediata do código panamenho de 1922, do uruguaio de 1889 e dos códigos venezuelanos, de 1897 e de 1926. O código Rocco (1930) influi decisivamente no código uruguaio, de 1933, e no código brasileiro, de 1940. No Brasil, os autores italianos costumam ser invocados como intérpretes autorizados de nossa lei.

7. O projeto Tejedor (1865-1867), que vigorou como lei em numerosas províncias argentinas, até o advento do código de 1886 (onde perdurou a sua influência), baseou-se no código bávaro que, como diz SOLER, "transcreve com a maior frequência, e a cujo comentário oficial se reporta". São também invocados o código espanhol e a legislação espanhola e as fontes romanas (6). O mesmo projeto Tejedor transformou-se no CP paraguaio, de 1871 (7).

A código argentino de 1922, em vigor, inspira-se no projeto de 1891 (e, portanto, no código Zanardelli), e no CP holandês (8). Por seu turno, o novo código argentino influi no da Costa Rica, de 1941 (juntamente com a legislação espanhola).

5. MUELLER (Gerhard O.W.), *Crime, Law and the Scholars*, Londres, Heinemann, 1969, 25. LIVINGSTON foi considerado o BENTHAM americano.
6. SOLER (S.), *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, TEA, 1971, 112. O projeto argentino de 1891 sofreu influência do código Zanardelli.
7. O código paraguaio, de 1910, volta a receber grande influência da legislação espanhola.
8. JIMENEZ DE ASÚA (L.), *Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, Losada, 1950, 826.

8. Os códigos penais do Haiti (1835) e da República Dominicana (1884), reproduzem o CP francês servilmente. O CP do Equador, de 1872 inspira-se no código belga, influência que se mantém no código de 1938. A falta de originalidade da legislação equatoriana é reconhecida (9).

9. A Escola Positiva, que dominou, amplamente, as cátedras na América Latina desde o início do século até à década de 1940, influenciou (através do projeto FERRI, 1921) os códigos penais da Colômbia, de 1925 e 1936, e o CP de Cuba, de 1936, refletindo-se também no código mexicano, de 1929.

10. O CP de Porto Rico, de 1902, teve por base o código da Califórnia, de 1873, que reproduz, inclusive com expressões da própria língua original.

11. Os códigos mais recentes filiam-se à tendência político-criminal, cuja mais perfeita expressão legislativa é a adoção do sistema do duplo-binário, que penetrou nas legislações no período entre as duas grandes guerras. É o caso do CP peruano, de 1924, do CP uruguaio, de 1933, do código argentino, de 1922, do brasileiro, de 1940, em vigor, e dos de Costa Rica de 1941 e 1970, este último grandemente influenciado pelo CP Tipo para a América Latina. Na mesma linha estão o CP de El Salvador, de 1973, e o boliviano, da mesma data.

12. O CP Tipo para a América Latina constituiu generosa inspiração do Instituto de Ciencias Penales, de Santiago do Chile, em 1963, e após imenso trabalho, no curso de vários anos, não conduziu a resultados satisfatórios. O sistema de trabalho adotado, com a busca de soluções legislativas com critérios democráticos, em grandes assembleias heterogêneas, sem qualquer base criminológica, tinha que conduzir a fórmulas de compromisso inadequadas, que geralmente se inspiram na doutrina italiana e germânica que hoje domina a ciência do direito penal nesta parte do mundo. Concluída apenas a Parte Geral, nela não se encontram soluções inovadoras para os grandes problemas do direito penal de nosso tempo (10).

9. RENGEL (J.H.), *Anteproyecto de CP Ecuatoriano*, Quito, Editorial Casa de la Cultura, 1974, 9.

10. Cf. *Código Penal Tipo Para Latinoamérica, Parte General, Materiales publicados bajo la dirección del prof. FRANCISCO GRISOLIA*, Editorial Jurídica de Chile, 1963. Veja-se também VERIN (J.), *Le projet de Code Pénal modèle pour l'Amérique Latine*, *Revue Sc. Crim. Droit Pénal Comparé*, 1973, 857, e JESCHECK (H.H.), *Strafen und Massregeln des Musterstrafgesetzbuchs für Lateinamerika im Vergleich mit dem deutschen Recht*, *Festschrift für Ernst Heintz*, Berlin, Gruyter, 1972.

13. Entre os projetos mais significativos, estão o de SEBASTIAN SOLER, de 1961, feito para a Argentina, apresentado também na Guatemala; o projeto HUNGRIA feito para o Brasil, em 1963, que conduziu ao CP de 1969, que certamente não entrará em vigor; o projeto argentino de 1974 (apenas a Parte Geral); o colombiano, de 1976 e o equatoriano, de 1974. Alguns desses projetos apresentam considerável aprimoramento técnico no que se refere ao fato punível e à teoria da lei penal, deixando na sombra, no entanto, a difícil problemática das consequências jurídicas do delito, como tem sido próprio da ciência penal latino-americana.

14. A doutrina do direito penal alcançou na América Latina altos níveis de perfeição técnica, inspirada na obra dos autores italianos e alemães de maior prestígio. A influência positivista, a que aludimos, praticamente desapareceu, a partir da obra excepcional de SEBASTIAN SOLER (cuja primeira edição é de 1940), na Argentina, e de COSTA E SILVA e NELSON HUNGRIA no Brasil. Além desses mestres, e de outros, que a eles se seguiram, que conheciam, no original, a obra dos autores estrangeiros, muitos outros tiveram acesso a ela através de excelentes traduções de importantes penalistas italianos e alemães. Entre estas últimas, devemos mencionar a tradução pioneira feita para o português do *Tratado de VON LISZT*, por JOSÉ HIGINO, em 1899 (da 7a. edição alemã) e a tradução espanhola da mesma obra feita por SALDAÑA e JIMENEZ DE ASÚA, da 18a. e 20a. edições alemãs. Em data mais recente, tivemos a excelente tradução do *Tratado*, de MEZGER, feita em 1955, por RODRIGUEZ MUÑOZ; a tradução do *Tratado*, de MAURACH, feita por CORDOBA RODA, em 1962, e a tradução do *Tratado de WELZEL*, feita por JUAN BUSTOS e SERGIO YAÑES. Essas obras tiveram em toda a América Latina, larga divulgação e influência.

II

15. Cumprir avaliar a experiência legislativa de inspiração estrangeira na América Latina, em face da formação, relativamente recente, de uma clara consciência das características próprias das nações latinoamericanas, de sua realidade criminológica e das exigências que daí defluem, como integrantes do Terceiro Mundo.

16. A enorme influência, na América Latina, de modelos legislativos espanhóis, particularmente no século passado, está provavelmente ligada ao fenômeno da dominação colonial. O colonizado forma, através do colonizador, os seus modelos culturais (11).

11. MEMMI (Albert), *Portrait du Colonisé précédé du portrait du Colonisateur*, Paris, Éditions Buchet-Chastel, 1957, 104. STEIN (S. e B.), *Herança colonial da América Latina*, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1976. *Passim*.

Como diz GARCIA GARZA, a combinação de dependência e superposição cultural deu como resultado que o conceito mesmo de modernidade se fizesse sinônimo de europeu e ocidental (12).

A América Latina vive hoje um processo de acentuação de sua própria identidade, que lentamente se desenvolveu a partir da segunda grande guerra, com a formação da consciência de seus próprios problemas econômicos e sociais e o desafio do desenvolvimento, em face da dependência e da dominação que sofre da economia internacional. É larga a distância que separa os países industrializados das regiões em vias de desenvolvimento, e ela parece ampliar-se cada vez mais (13).

17. Com mais de 300 milhões de habitantes, dos quais somente 30% constituem a população ativa, a América Latina apresenta taxas de natalidade duas vezes superiores às dos países desenvolvidos. Em alguns países há importantes grupos de população indígena. Em 1976, a população de menos de 15 anos representava cerca de 42% do total. Em razão da tecnologia que utiliza, uma terça parte da população ativa latinoamericana ainda continua ocupada em atividades consideradas "primitivas" (14). É característico o baixo nível de vida e a distribuição desigual da riqueza: poucos muito ricos convivem com a imensa maioria de muito pobres (15). Grupos consideráveis são inteiramente excluídos dos benefícios do desenvolvimento (16), apresentando-se em condições inadequadas de trabalho ou de sub-emprego. Grande parte das populações urbanas vive em favelas e vilas misérias em condições sub-humanas. No plano político são comuns as ditaduras militares instituídas por golpes de Estado, retirando à minoria que faz as leis qualquer representatividade e legitimidade democrática.

12. GARCIA GARZA (Rafael), *La marginalidad en Latinoamérica*, Tese apresentada ao IX Congresso Internacional de Defesa Social — (Caracas 1976).
13. HERRERA (Felipe), *América Latina, Experiências e Desafios*, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1977, 179.
14. FURTADO (Celso), *A Economia Latinoamericana*, São Paulo, Editora Nacional, 1976, 93.
15. Cf. CARDONA ARMANDO, *Empleo, desempleo, marginalidad, distribución del ingreso en América Latina*, Caracas, CENDES, Univ. Central de Venezuela, 1971. Em El Salvador, por exemplo, 57% da terra é propriedade de apenas 1,9% da população, ao passo que 21,9% estão distribuídos entre 91,4% dos habitantes. Cf. *The Review*, International Commission of Jurists nº 20 (1978) 10. Sobre a situação econômica em geral, cf. GALEANO (E.), *As veias abertas da América Latina*, Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1978.
16. FURTADO (Celso), Ob. cit. (nota 14), 97.

A criminalidade aumenta, condicionada pelo processo de marginalização social, e provavelmente continuará aumentando. Nos grandes centros urbanos, como é o caso do Rio de Janeiro, a criminalidade violenta contra o patrimônio começa a atingir níveis intoleráveis (17). Os homicídios de marginais realizados pelo Esquadrão da Morte, nas cidades da baixada fluminense, apesar de seu número espantoso (18), constitui violência que não abala o sistema. O mesmo se diga dos assassinatos políticos praticados pelo sindicato do crime do nordeste do Brasil. No entanto, o roubo à mão armada realizado nas residências dos milionários da zona sul da cidade, é considerado grave e intolerável.

O mecanismo policial-judiciário não funciona, apresentando-se como sistema opressivo, desigual e injusto. As investigações realizadas pela polícia são comumente viciadas pela violência ou pela corrupção atuando seletivamente sobre os pobres e marginalizados. A justiça é demasiadamente lenta e surpreendentemente ineficaz (19). O sistema penitenciário, na maioria de nossos países, caracteriza-se pela superpopulação em estabelecimentos antigos e inadequados, onde prevalece a ociosidade e a violência. A quantidade de presos aguardando julgamento é elevadíssima. Em 1974, em reunião celebrada em San José, Costa Rica, peritos em matéria penitenciária provenientes de vários países da América Latina informaram que a proporção de presos aguardando julgamento era de 63 a 73% (20). As taxas de reincidência são elevadas.

III

18. A legislação penal da América Latina, fortemente repressiva, reflete a crise generalizada com que hoje se defronta o direito

17. LOPEZ REY (M.) *Some analytical considerations on criminology and criminal justice*, Kriminologischen Aktualität, 1965, 16. O crime é fenômeno característico de toda sociedade e a grande tarefa está em mantê-lo em limites toleráveis.
18. SOUZA (Percival de), *Mil Mortes*, Jornalivro nº5 (1973).
19. Vejam-se os dados impressionantes apresentados por GIRALDO MARIN na Exposição de Motivos do Proyecto de Código Penal Colombiano Bogotá, Ministério de Justicia, 1976, XII. Veja-se também o estudo feito pela Ordem dos Advogados do Brasil sobre os delitos de trânsito (que constituem no Rio de Janeiro cerca de 30% do total dos processos penais), *Os ilícitos penais do trânsito e sua repressão*, Rev. Direito Penal, nº 7/8 (1972).
20. VERSELE (S.C.), *La planification de la défense sociale dans les pays en voie de développement*, Revue Sc. Crim. Droit Pénal Comparé, 1975, 31. Ver também RICO (J.M.), *Crimen y Justicia en América Latina*. Mexico, Siglo XXI, 1978, 286. Na cidade de Belém do Pará, na região amazônica, existem hoje 120 presos condenados, e 460 aguardando julgamento. Em La Paz, Bolívia, existem hoje 755 presos preventivamente e apenas 41 condenados.

penal e a inadequação às realidades nacionais. O fenômeno da criminalidade, nesta parte do mundo, está intimamente relacionado com as condições de uma estrutura social opressiva, profundamente injusta e desigual. O legislador ingenuamente pretende resolver com o instrumental punitivo problemas sociais, como se pode exemplificar tão bem com as leis de *vagos y maleantes* introduzidas, com resultados desastrosos, em vários países, por inspiração da lei espanhola de 1933. Com essas leis pretende-se reprimir a periculosidade pré-delitual através da aplicação de medidas privativas da liberdade (que, em alguns casos, podem ir até cinco anos), por autoridades policiais ou administrativas. Ainda aqui os países da América Latina recolheram as propostas da antiga União Internacional de Direito Criminal, que, por inspiração de VON LISZT, em vários congressos e reuniões cogitou de medidas de defesa social para não delinquentes considerados perigosos (21). Ante o crescimento da criminalidade, recorre-se inutilmente à cominação de penas mais elevadas, chegando-se a um autêntico terrorismo punitivo, como é o caso da lei de segurança nacional brasileira (que reintroduziu as penas de morte e de prisão perpétua).

A lei nos livros não está de acordo com o direito em ação. A pluralidade das penas privativas da liberdade ficou no papel. As medidas de segurança detentivas para imputáveis (salvo uma ou outra experiência negativa), não foram executadas por falta de estabelecimento adequado. As disposições fortemente repressivas da lei muitas vezes sofreram temperamentos, apesar da mentalidade em geral conservadora e reacionária do corpo judiciário, muitas vezes insensível aos problemas humanos e aferrado à dogmática jurídica (22).

O ensino do direito, como em geral é realizado, limita-se à dogmática jurídica e não proporciona formação profissional nem desenvolve espírito crítico relativamente à realidade social de nossos países e às condições dramáticas em que se realiza a justiça criminal. Cumpre-se, assim, com fidelidade, a sua função eminentemente conservadora, relativamente à manutenção e consolidação da estrutura social vigente, como é próprio, em geral, do sistema da educação (23).

21. Vejam-se as propostas de VON LISZT na Assembléia Geral de Bruxelas (1910): *Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung*, 17 Bd. Heft 2, Berlim, 1910, 495.
22. Cf. RICO (J.M.) — VERSELE (S.C.), *La criminalité classique et la crise de la justice pénale*, in *La Criminalité Urbaine*, SZABO (D.), ed., Les Presses de l'Université de Montreal, 1973, 155.
23. Cf. BARATTA (Alessandro), *Marginalidad Social y Justicia*, relatório apresentado ao IX Congresso Internacional de Defesa Social (Caracas, 1976).

O sistema do duplo-binário, que caracteriza os códigos penais da atualidade não funciona, servindo apenas para dar à estrutura repressiva uma falsa simetria lógica em contraste com a realidade. As medidas de segurança detentivas para imputáveis constituem pena, qualquer que seja o rótulo com que se apresentem. Não está demonstrado o efeito preventivo da ameaça penal, qualquer que seja a sua gravidade, com o que se reduz o papel que o direito penal deve desempenhar no controle da criminalidade.

Está demonstrado que é impossível alcançar a recuperação social do delinquente através das penas privativas da liberdade, reduzidas hoje a *ultima ratio* do sistema.

Sofre o direito penal de nosso tempo o impacto provocado pela criminologia da reação social, que, submetendo o próprio sistema repressivo à análise, revelou a sua função ideológica que consiste em produzir e divulgar uma representação ilusória, e as dramáticas discrepâncias entre as aparências e as realidades. Parece claro que a crise da justiça criminal está em função de uma crise geral da política (24) e que o direito penal tem de ser entendido como parte da política social do Estado.

IV

20. O direito penal da América Latina bem ilustra os perigos da investigação comparada, para os quais nos advertia JESCHECK (25). Confirma também as certas observações de nosso relator geral HANS SCHULTZ no trabalho apresentado a este conclave (26), quando alude ao apelo de VON LISZT no sentido de uma ciência geral do direito penal referida também ao direito comparado. Nenhum trabalho válido será possível sem ter presente a realidade criminológica e o contexto econômico, social e cultural, bem como a experiência do direito em ação no estrangeiro, no sentido que lhe dava ROSCOE POUND, e, como lembra do prof. SCHULTZ, do direito vivo, de EHRLICH.

A simples cópia de modelos legislativos não é direito comparado. Trata-se realmente de buscar, como ensinava VON LISZT, algo novo e independente das disposições legais comparadas, como solução aos problemas jurídicos que se apresentam.

Uma exata compreensão e realização do método comparado em sua exata perspectiva, constituirá, sem dúvida, elemento importante no quadro do direito penal em crise de nosso tempo. E permitirá que nesta parte do mundo tenhamos uma visão mais nítida e mais completa de nossos graves problemas.

24. VERSELE (S.C.), ob. cit. (nota 20), 20.
25. JESCHECK (H.H.), *Sviluppo, compiti e metodi della comparazione di diritto penale*, Riv. It. Dir. Proc. Penale, 1965, 307.
26. SCHULTZ (Hans), *Strafrechtsvergleichung als Grundlagenforschung*.

PROCEDIMENTOS JUDICIAIS E OUTRAS FORMAS DE CONTROLE SOCIAL NA PREVENÇÃO DO CRIME (*)

SEVERIN CARLOS VERSELE

1. Pelo exame dos fatores que caracterizam as dificuldades atuais dos sistemas de justiça criminal, que alguns participantes julgaram não se constituir numa verdadeira "crise", como também pela pesquisa dos meios aptos a resolver estas dificuldades, a 2ª Sessão do Congresso encontrou indicações particularmente úteis no documento de trabalho estabelecido pelo Secretariado Geral visando o 5º Congresso das Nações Unidas para Prevenção do Crime e Tratamento dos Delinquentes (A/CONF. 56/4) e que se inspirou em outros documentos, especialmente em notas anteriores do próprio Secretariado, notadamente "Criminalidade e Evolução Social" (A/8372) e "Prevenção do Crime e Luta contra a Delinquência" (A/8844, A/9032) bem como em outros relatórios oriundos de reuniões regionais preparatórias.

2. A Sessão decidiu encarar o problema na seguinte ordem :

- a. As características e as razões das dificuldades, atualmente maiores, do sistema penal em diversos países.
- b. A necessidade de reconsiderar a longo prazo o papel do subsistema de controle social, que é a justiça penal.
- c. As reformas a curto ou médio prazo no Direito Penal.
- d. Os meios de procedimento que permitirão desafogar os aparelhos judiciários.
- e. Os meios não judiciais de prevenção da delinquência.

(*) Tradução da Dra. Maria Leticia de Alencar.

Os numerosos delegados que tomaram parte na 2ª Sessão das experiências levadas a bom termo em seus respectivos países dignar-se-ão a compreender que o relatório da Sessão não pôde citar todas estas experiências. Todavia, elas foram levadas em conta na escolha e orientação dos problemas apreciados bem como no esboço das soluções apresentadas no presente relatório. Deve-se admitir, igualmente que o relatório aborda problemas que não estão afetos a todos os países, mas somente a um certo número deles. Finalmente, a diversidade de opiniões manifestadas e a complexidade do tema levaram o relator a exprimir, nos parágrafos 3 a 73 do presente relatório aquilo que ele anotou das discussões. A Sessão não discutiu estes parágrafos e não pôde, por consequência, se pronunciar sobre eles. Em contrapartida, a Sessão discutiu e adotou as conclusões e recomendações que estão formuladas nos parágrafos 74 a 76.

Avaliação do Sistema da Justiça Criminal

3. Vários fatos demonstram a relativa inadequação dos sistemas de justiça criminal em vários países: as estatísticas criminais, o atarrancamento dos tribunais e prisões, a profissionalização do crime, a as chamadas "cifras negras" da criminalidade.

4. As estatísticas de inúmeros países põem em evidência um aumento quantitativo da delinquência e um agravamento qualitativo da mesma. Este fenômeno se desenvolve a despeito das reformas legislativas e penitenciárias e a despeito dos recursos relacionados com pesquisas criminológicas de prevenção e de tratamento. O progresso técnico parece ser mais usado pelo delinquente que pela justiça.

5. A obstrução dos circuitos judiciários e estabelecimentos penitenciários demonstra, freqüentemente, que muitas pessoas são processadas segundo um encaminhamento procedimental clássico e condenadas à privação da liberdade. Constatou-se, igualmente, que os processos criminais clássicos duram muito tempo e custam muito caro. A atenção tem sido especialmente voltada para o abuso da prisão preventiva, em certas regiões, e para o excessivo recurso ao aprisionamento de curta duração na maior parte dos países.

6. Este fenômeno é mais sintomático, na medida em que não atinge senão à delinquência descoberta e tão somente à delinquência "convencional". Sabe-se com efeito, que as "cifras negras" da criminalidade são muito elevadas, sobretudo em alguns domínios. Além do mais, um grande número de fatos socialmente nocivos são acobertados pelo poder político ou pelo poder econômico, um e outro se aliando, por vezes de forma estruturada e sutilmente disfarçada.

7. A evolução social suscitou uma certa tomada de consciência para as dificuldades que as atuais técnicas de prevenção e de repressão apresentam. Isto faz com que se indague se não se impõe a reavaliação dos fundamentos da política criminal e da justiça penal.

8. As normas jurídicas e o aparelho judiciário têm por missão proteger a "ordem estabelecida" que se pode contestar simplesmente porque ela defende valores que comportam um bom número de discriminações e privilégios. A emancipação do homem leva a crer que tanto a defesa de uma ordem estabelecida como a vontade de substituí-la, são igualmente políticas.

9. A "ordem estabelecida" se caracteriza em muitos países por desigualdades, diga-se mesmo, por reais injustiças de ordem política, cultural e social que se enraízam nas estruturas econômicas. Nas regiões economicamente desenvolvidas, a empresa de fim meramente lucrativo pode dar origem à exploração dos cidadãos. Diga-se o mesmo dos caminhos burocráticos, meramente estáticos que impedem o desenvolvimento dos indivíduos. Nas regiões em vias de desenvolvimento a independência política nem sempre se acompanha de uma autonomia econômica e de uma descolonização cultural. Essas situações provocam frustrações sociais que se arriscam a tornar-se criminosas.

10. Na maior parte dos países constata-se certas distorções entre as normas ou critérios do direito e as necessidades e aspirações da coletividade regida por este direito. Os mecanismos jurídicos que os controlam são, comumente, ultrapassados ou inautênticos.

11. A maior parte dos sistemas hesita em admitir que seu direito é relativo e que suas normas e mecanismos não valem senão por um momento determinado da história. Uma revolução bem sucedida torna legal e legítimo aquilo que era ilegal e inaceitável. A evolução na ciência do comportamento pode por, novamente, em discussão, a justificação de tradições.

12. Constata-se que não é suficiente modificar um texto para adaptar um sistema jurídico e judiciário às exigências variáveis de uma coletividade ou de uma ciência. As leis sobre a liberdade vigiada não poderiam ser aplicadas dentro de uma mentalidade tradicionalmente repressiva.

13. Dentre as pessoas que são processadas, condenadas e presas, as classes socialmente desfavorecidas têm maior representação. Como assim não ocorre nas cifras negras, tomada em conta certa variação em função dos tipos de delitos, é preciso se render à evidência de que numerosos sistemas jurídicos são falsos.

14. De resto, constata-se, geralmente, a regressão da justiça penal para as formas de repressão dura, no momento em que os países devem afrontar os fenômenos novos, cujas causas são desconhecidas e cujos efeitos se presumem ser, frequentemente, perigosos.

15. Qualquer que seja a vontade dos juizes, as penas que impõem desencadeiam a estigmatização social dos indivíduos que são seus sujeitos, senão objetos. O desvalor atribuído aos delinquentes condenados é uma causa de desengajamento social e portanto, de reincidência.

16. Inúmeros países deploram o descrédito da opinião pública em relação à justiça criminal. A população parece, por vezes, não ter mais confiança numa justiça que ela considera muito indulgente ou muito severa. A justiça parece estranha à realidade social porque suas noções e critérios dela estão afastados, porque seus cânones e seus discursos são "outros". É desse modo que se pode falar de uma certa "esquizofrenia social" da justiça penal. Vivendo à margem do atual e do real, a justiça penal não garante o bastante a segurança dos cidadãos e parece comumente se desinteressar por certas situações, não obstante socialmente prejudiciais.

17. De resto, os criminalistas se desencorajam, por vezes, em seus esforços de servir à justiça. Por um lado, os clínicos dão-se conta de que suas sugestões baseadas na personalidade do delinquente, na dinâmica de seu comportamento e nos mecanismos de sua passagem ao ato não podem ser suficientemente seguidas, em razão da rigidez dos imperativos jurídicos. Por outro lado, os sociólogos constatarem, contra sua vontade, que a reação do corpo judicial nem sempre corresponde à do corpo social, que os dispositivos de prevenção dificilmente encontram lugar nas estruturas políticas, culturais, sociais e econômicas, e que "valores sociais novos" são rejeitados pelo sistema que os considera "subversivos".

18. Admite-se, geralmente, que os mecanismos judiciais e penitenciários podem, por vezes, exercer efeitos criminógenos, que eles podem, atualmente, em certos casos, construir carreiras criminosas. É preciso admitir que os procuradores e os juizes, apesar de suas vontades, não aparentam ser aquilo que gostariam.

19. Resulta disso que é indispensável reavaliar a política criminal no seu conjunto, sob a égide da racionalização, da planificação e da democratização. Sempre evitando reformas bruscas, que não responderiam senão a situações passageiras, o sistema de justiça criminal deve ser transformado para melhor responder às necessidades sociais atuais, às aspirações do conjunto da população, às exigências de uma avaliação científica das necessidades e dos meios em matéria de prevenção e contenção da criminalidade.

20. A política criminal é um aspecto da política social e sua planificação, deve, portanto, se integrar na do progresso geral da coletividade. As modificações profundas exigem avaliações rigorosas, reflexões aprofundadas, experimentações progressivas e uma avaliação estrita desses resultados.

O Papel da Justiça Criminal na Prevenção do Crime

21. Contrariamente a outros ramos do direito, o Direito Penal tem historicamente infligido, de maneira deliberada, um mal legal àquele que causa um problema social. A justiça penal devia, portanto, ser definida como uma reação agressiva de defesa, exercida pela coletividade, contra aqueles membros que lhe prejudicam a ordem.

22. A justiça criminal é um subsistema de controle social exercido sobre as ações ou omissões que se julgam prejudiciais à coletividade. Ela é a modalidade extrema, a mais radical; mas ela não existe independentemente do conjunto dos controles sociais. Sendo uma mola social, a justiça penal deve-se fixar numa finalidade social. Portanto, as noções e critérios do Direito Penal devem ser mais operacionais, mais pragmáticos e não se apoiar em conceitos abstratos.

23. Vários fatores contribuem para isolar a justiça penal do conjunto de engrenagens do controle social. Os trabalhos preparatórios do Congresso sublinharam alguns desses fatores que impedem o sistema de cumprir sua missão, que é eminentemente social.

24. O Direito Penal é um subsistema excessivamente estático de controle social. Como todo sistema jurídico ele se funda em normas cuja estabilidade garante a segurança do jurisdicionado, mas que provoca uma discrepância entre os "bens jurídicos protegidos" e as necessidades e interesses atuais de uma vida social particularmente mutável no curso dos últimos decênios.

25. A imagem da justiça criminal é demasiadamente mistificada e ritualizada por textos mais compreensíveis para os agentes que os aplicam que para os cidadãos aos quais se destinam. Os cenários da justiça, a roupa de seus funcionários, seus discursos e sua linguagem são próprios para iniciados, para profissionais cuja escolha de carreira, formação e hierarquia caracterizam-se por uma certa rigidez.

26. Resulta daí uma inautenticidade nas relações entre os protagonistas do processo penal, entre a vítima e o autor; entre es-

te e a polícia, o procurador, os juizes e os agentes penitenciários, como ainda entre a justiça penal e a opinião pública.

27. A justiça criminal é discriminatória considerando que ela se exerce sobre tipos tradicionais de delitos, consistentes em alguns atentados às pessoas, aos bens e aos costumes. Ela é inoperante no que se refere a fatos socialmente prejudiciais que são historicamente estruturados na organização política e econômica.

28. Além da chamada cifra-negra de delinquentes que escapa a toda detecção oficial, existe uma "cifra-dourada" de criminosos que detêm o poder político e que exercem impunemente, lesando os cidadãos e a coletividade em proveito de suas oligarquias, ou que dispõem de um poder econômico que se desenvolve em detrimento da sociedade em seu conjunto. Os comportamentos desses delinquentes podem ser comparados aos de alguns agentes da justiça penal, que violam a lei, abusando de seu poder e que permanecem impunes em razão dos mesmos. Tais comportamentos criminosos podem ir da concussão e corrupção até à tortura de pessoas detidas.

29. Chega-se a temer que o sistema de justiça criminal possa às vezes tornar-se alienante. Cada vez mais frequentemente, o jurisdicionado e a opinião pública compreendem menos suas diligências e suas decisões. O cidadão hesita por vezes em recorrer à justiça, mesmo quando foi vítima de um fato penal. Cidadãos honestos, gabam-se de não ter jamais comparecido à justiça, "mesmo como testemunhas".

30. Finalmente, pode existir uma discordância entre as decisões da justiça, mais tendentes ao rigor, e sua execução, mais tendentes à flexibilidade. Acontece também que o contrário seja verdadeiro. "Faz-se", na realidade, "de outra forma" que não a que foi solenemente decretada.

31. Acontece, por vezes, que as divergências de interesse entre os Estados impedem uma colaboração internacional. A adesão às convenções e tratados não é necessariamente completa.

32. Para melhor assegurar seus objetivos a justiça penal apelou para a pesquisa criminológica. Esta é, infelizmente, na maioria das vezes, apoiada na clínica individual do autor, no diagnóstico e prognóstico. Ela se faz a partir de amostras não representativas, porque não inclui os delinquentes "filtrados" pela polícia ou pelo Ministério Público nem as chamadas "cifras-negras" e "cifras-douradas" da criminalidade. Ademais, um certo uso da criminologia clínica leva a individualizações ilusórias.

33. A criminologia da reação social se impõe para que a justiça criminal se torne eficaz. É talvez tão mais importante estudar as motivações e as atitudes dos policiais, dos procuradores, dos juizes, agentes penitenciários e de todos os auxiliares da justiça, quanto procurar a etiologia psicanalítica de um comportamento individual.

34. A dialética entre o conjunto de delinquentes, o sistema judiciário e a opinião pública parece dever servir de base à reconstrução de uma justiça penal considerada como modalidade extrema da política criminal, ela mesma considerada como uma abertura para a política social.

35. A maioria dos especialistas em Direito Penal e dos criminologistas, restringiram-se, voluntariamente, a trabalhar no que está instituído nos sistemas atualmente em vigor. Eles não examinaram as razões, as motivações, nem os mecanismos complexos que deram causa à instituição desses sistemas. Tudo isto é particularmente verdadeiro para os países que têm conhecido períodos de formalização e que não conquistaram suas independências senão no curso dos últimos decênios.

As Reformas do Direito Penal

36. Os códigos, leis e instituições que servem de molde ao sistema penal são muito antigos em algumas regiões e em outras, importados ao curso dos períodos de colonialismo. Isto dá origem a sistemas inadaptados às necessidades sociais atuais das regiões que eles atingem e às exigências de uma política criminal científica, fundada nas ciências contemporâneas. Cumpre preferir as inovações — como o recurso às experimentações validadas — às imitações, dando-se às tradições apenas o seu valor relativo.

37. De resto, a maior parte dos países cede a uma verdadeira inflação penal. Diante de problemas de ordem regulamentar que uma vida cada vez mais complicada não cessa de multiplicar, institui-se a proteção penal sem se procurar verificar se outras soluções, também tão eficazes, não podem ser encontradas nas vias não penais e não judiciais, notadamente nas vias do direito civil, que devem ser adaptadas a esta nova finalidade.

38. Em contrapartida, os sistemas penais apresentam algumas lacunas, não prevendo qualquer sanção ou prevendo sanções insuficientes para reprimir fatos novos que, tornando-se mais graves, causam prejuízos reais à coletividade. Estes fatos novos resultam quer do progresso técnico, quer do avanço que se tem verificando nas atividades industrial, comercial ou financeira.

39. Parece então justificável, a curto ou médio prazos, modificar os princípios gerais do sistema penal para adaptá-los aos conhecimentos criminológicos atuais e reformar as leis, suprimindo algumas infrações ou incriminando novas, a fim de adaptar o sistema penal às necessidades e aspirações contemporâneas da sociedade.

40. A reforma dos princípios gerais do Direito Penal deveria corrigir o erro histórico que criou códigos redigidos para os juristas e não para as pessoas que são alvo da justiça, que não os podem compreender..

41. Para adaptar o catálogo de infrações às exigências sociais do momento é necessário, por um lado, podar seus "galhos mortos" pela descriminalização ou despenalização, e por outro, inserir novas incriminações.

42. A descriminalização consiste em eliminar a repressão penal em comportamentos que as coletividades contemporâneas julgam não mais dever interessar ao sistema penal, nem a nenhuma outra forma de controle social. Cada país decidirá livremente, se e em que medida a avaliação de seus costumes justifica renunciar a reprimir ou a controlar alguns comportamentos que, em outros tempos e em outras condições de vida, foram incriminados.

43. A despenalização consiste em transferir as intervenções sobre alguns comportamentos para outras modalidades de controle social que não a justiça penal. Essas outras formas de controle interessariam aos organismos e serviços de ordem administrativa ou social, e suas intervenções seriam mais de persuasão que de constrangimento. A experiência demonstra que alguns desvios justificam uma intervenção de ordem médica, sócio-pedagógica ou de assistência material, e não só isso, mas também que uma intervenção da justiça penal, nestes casos, é mal adaptada quando não verdadeiramente contra-indicada.

44. O objetivo da descriminalização e da despenalização não seria aprovar os comportamentos sobre os quais elas recaíram, mas simplesmente desenterrar o aparelho judiciário, desembaraçando-o de conflitos menores cuja nocividade social é bastante relativa. As situações despenalizadas seriam objeto de intervenções confiadas aos serviços mais próximos da população e cujas providências mais brandas, permitiriam uma melhor adaptação às circunstâncias do caso. Neste campo, os países industrializados poderiam tomar o exemplo das arbitragens costumeiramente mantidas ou reconstituídas nos países em vias de industrialização.

45. Uma política de incriminações novas parece necessária para conter os efeitos socialmente nocivos do progresso técnico, de

especulações econômicas ou de violências políticas. Antes de incriminar atos que foram até aqui legais ou de modificar as exigências de alguns atos já incriminados, é necessário que se reúnam as seguintes condições: a realidade de um perigo para o conjunto da população ou para alguns sub-grupos desta; a ineficácia das intervenções não penais e a certeza de que os efeitos negativos da incriminação não irão ultrapassar seus efeitos positivos. Entre os domínios onde as incriminações novas parecem necessárias, cite-se os da delinquência econômica e fiscal, os das diversas formas nacionais ou internacionais de violência; os dos numerosos casos de poluição; os da corrupção e da fraude político-financeira.

46. Será necessário elaborar critérios gerais para a descriminalização, a despenalização e para as novas incriminações. Cada país deverá procurar os meios para conhecer suas necessidades sociais reais e as aspirações autênticas do conjunto de sua população. É preciso evitar qualquer deformação da vontade do povo nos meios onde a democracia seja mais aparente que real. De maneira muito geral, tem-se julgado que o rigor poderia ser seriamente reduzido para vários delitos, especialmente para fatos considerados menos graves socialmente.

As reformas do processo criminal

47. As modificações dos procedimentos judiciais devem tender, essencialmente, a reduzir o número de casos submetidos ao desenterrar completo de um processo penal, para confiar a solução dos mesmos a organismos ou serviços a cujo funcionamento a comunidade estará mais frequentemente e mais profundamente associada, ela mesma tomando as iniciativas cabíveis.

48. Mas será preciso aqui, tanto como no processo penal tradicional, respeitar os direitos do homem e os de defesa. Será preciso além disto, cuidar de evitar as vias que desembocam numa sobre-representação de grupos sociais desfavorecidos. Impõe-se, mais, revisar os modelos de assistência legal e assegurar, para todos os cidadãos, quer se trate de um processo tradicional ou de uma forma derivada de intervenção, um acesso fácil às estruturas de intervenção.

49. Quando se recorrer às autoridades por causa de uma infração elas não deverão obrigatoriamente desencadear o longo processo judiciário que é por vezes negativo. Devem, isto sim, poder confiar a solução do caso a serviços não judiciais. Os países de direito costumeiro, como também os países socialistas, fornecem numerosos exemplos dessa técnica e podem difundir mais abertamente os resultados de suas soluções não judiciais, caracterizadas pela responsabilidade direta por parte de instituições comumente não codificadas, mas profundamente enraizadas na tradição popular.

50. Os casos que podem assim ser desviados, concernem infrações menores, cuja natureza pede mais uma intervenção social que uma perseguição penal, cujos efeitos negativos seriam excessivos. Todavia, semelhantes decisões não podem ser tomadas senão com a concordância do autor do fato, ao qual todos os direitos de defesa devem ser concretamente reconhecidos, notadamente, o de preferir tal recurso ao processo judiciário.

51. A faculdade de derivar um caso para órgãos administrativos e sociais não é unanimemente aventada no tocante à polícia. As opiniões ficam divididas ainda que no caso, a polícia se abstenha, por vezes, de iniciar um processo, realizando somente uma "advertência" e que algumas leis defiram à polícia o poder de recomendar penalidades de caráter administrativo. Uns temem decisões arbitrárias e uma discriminação segundo a classe social do infrator. Outros, pelo contrário, julgam que essa técnica desobstruirá, muito utilmente, o aparelho judiciário.

52. De todo modo, concorda-se em exigir um documento que contenha todos os elementos da espécie, os motivos da decisão e a menção de que o cidadão a que ele se refere deu o seu consentimento, depois de ser informado que lhe era lícito preferir a ação judiciária.

53. Foi dito que a descriminalização pode ser particularmente indicada quando a indenização da vítima é uma prática corrente, existindo em vários países costumeiramente. Os países desenvolvidos podem igualmente considerar os mecanismos de indenização da vítima como meio de substituir as formas retributivas de sua justiça criminal.

54. Em vários países, as autoridades sempre dispuseram do direito de não acionar um delinquente. A faculdade da "classificação sem prosseguimento" é praticamente deixada à apreciação dos magistrados, sob o controle do Procurador Geral e do Ministro da Justiça salvo em alguns países dotados de um órgão especialmente encarregado de controlar a utilização deste poder discricionário reconhecido. Por outro lado algumas legislações estipulam que as autoridades podem propor uma "transação", ou seja, o pagamento de uma quantia em dinheiro, representando uma espécie de multa e o custo das despesas expostas, o que põe o delinquente a salvo de uma ação posterior. Finalmente, seja em função de uma lei, seja por uma prática tolerada, as autoridades podem "suspender uma ação" e ao mesmo tempo requerer a indenização da vítima e o cumprimento de determinadas condições, destinadas a amenizar situações que poderiam estar ligadas à infração cometida.

55. Essa prática pode ser ampliada, mediante certas garantias, dentre as quais se alinha as seguintes exigências:

- nem o fato nem a culpabilidade podem ser contestadas e o delinquente deve expressamente aceitar a propositão das autoridades;
- as circunstâncias da espécie devem ser tais que uma ação penal não pareça indispensável para realizar os fins individuais e sociais da intervenção;
- os compromissos assumidos pelo delinquente devem comportar a reparação de todos os prejuízos resultantes de sua ação.

56. A detenção provisória deve ser verdadeiramente excepcional para a grande maioria de suspeitos e acusados. A lei deve fixar as condições e os limites estritos para a detenção antes do julgamento bem como o controle judiciário da justificação do mandado de prisão e de sua prorrogação. Considerado inocente até sua condenação, um indivíduo, posto em prisão provisória, deve ser recolhido a estabelecimentos que não sejam prisões e beneficiado por um regime tão tolerante quanto possível, principalmente no que se refere às suas relações com seu advogado e com sua família.

57. Deve-se recomendar aos magistrados que evitem qualquer discriminação que tenha por efeito a detenção mais fácil e mais longa de alguns acusados antes do julgamento: os estrangeiros, os não conformistas, os economicamente fracos. A comunidade deve organizar os serviços destinados a alojar os suspeitos para facilitar a manutenção dos mesmos em liberdade.

58. Uma mesma preocupação de não ir até uma condenação final, com todas as consequências negativas dela advindas, deve animar os tribunais. A lei deve colocar os tribunais à altura de estatuir de outra forma que não uma condenação a penas de prisão ou de multa, ampliando, por um lado o leque das sanções, e prevenindo, por outro, a formação dos juizes na arte de sentenciar.

59. Vários países já ampliaram o número de medidas que põem fim à ação penal, medidas estas de que os tribunais podem dispor, notadamente:

- a suspensão do decreto da condenação, com ou sem condições;
- a simples reprimenda com ou sem engajamento de boa conduta;

- o sursis da execução da pena decretada, com ou sem condição;
- a reparação dos danos, considerada como sanção de direito público;
- a constatação de que o fato não é socialmente perigoso e que não é necessário decretar uma pena;
- prestação de trabalho em serviço da coletividade.

Estas medidas não se analisam como uma privação de liberdade, mas apenas como restrições no exercício de determinadas atividades

60. Seria útil que todos os países seguissem o exemplo dado por alguns outros para :

- limitar o número de aprisionamentos de curto prazo, seja proibindo-os para algumas infrações, seja impondo aos juizes a especificação das razões que justificaram estes aprisionamentos;
- fixar as condições das detenções descontínuas, notadamente as prisões de fim de semana;
- prever uma participação ativa dos detentos na organização da vida carcerária;
- elaborar os critérios de liberações antecipadas e os mecanismos de reintegração na comunidade, com a colaboração direta e ativa da mesma.

61. Os problemas do sentencing merecem uma atenção especial. Eles se tornam difíceis pela diversidade dos processos, das organizações judiciárias, das penas ou medidas previstas pela lei e dos poderes concedidos à administração penitenciária para a execução das decisões judiciais. Parece, no entanto, possível propor a todos os países algumas orientações gerais que os limites do presente relatório não permitem indicar senão brevemente :

- respeito constante e efetivo à dignidade do delinqüente, bem como à sua liberdade e direitos que persistem apesar da condenação;
- o cuidado de ter em conta a dialética permanente que se estabelece entre o delinqüente, a justiça e a comunidade;

- a qualificação profissional dos juizes, a especialização dos juizes penais e uma melhor representação de mulheres nos corpos judiciais;
- a manutenção de uma certa correspondência entre a gravidade social de um fato e o rigor da sanção, sem desconhecer os estados particulares de periculosidade;
- persistente intuito de escolher medidas menos estigmatizantes, com a aplicação das quais a comunidade possa estar mais associada;
- o cuidado de não prolongar a duração do processo com exames de personalidade que não sejam realmente indispensáveis;
- a fundamentação concreta das decisões, e uma linguagem acessível ao delinqüente e à opinião pública, evitando todo o formalismo estereotipado;
- a procura de uma certa correspondência entre os tipos de delito e os tipos de sanção;
- o desejo constante e persistente de procurar sanções cuja aplicação seja menos opressiva, bem como de não manifestar agressividade para com os criminosos, particularmente no que se refere à pena capital ou castigo corporal;
- o cuidado de escolher, entre soluções que oferecem chances iguais de reabilitação, aquela que seja menos danosa para o delinqüente e menos onerosa para a coletividade, o que implica em evitar, tanto quanto possível, o encarceramento;
- compreensão para os fatores para-jurídicos de um comportamento delituoso e para o caráter ocasional do mesmo.

62. As Faculdades de Direito e as Escolas de Criminologia deveriam introduzir em seus programas aulas e exercícios de "sentencing". Além disso, modalidades de reciclagem deveriam ser previstas nos próprios quadros judiciais, com a colaboração dos professores e pesquisadores universitários. Recomenda-se associar os magistrados às pesquisas empíricas, visando ao funcionamento do controle social e da justiça criminal, particularmente as pesquisas sobre o "decision-making".

63. Uma medida comum a todas as intervenções da justiça é mantê-la tão próxima quanto possível das realidades sociais e das aspirações da comunidade bem como mobilizá-la de forma a fazer com que ela participe direta ou indiretamente dos processos, das decisões e da aplicação desta.

As formas não Judiciárias do Controle Social

64. A prevenção do crime interessa mais à justiça social que à justiça penal. Contou-se demasiadamente — por mais exclusivamente, pelo menos em certas regiões — com o processo penal tradicional que recorre à polícia, ao tribunal e à prisão. A política do crime é um aspecto da política social geral; ela deve, por consequência, ser integrada na planificação do conjunto do desenvolvimento de um país. Neste aspecto, a prevenção do crime deve ser submetida a uma avaliação das necessidades e dos meios, bem como à análise dos custos — lucros, ainda que certas despesas de prevenção devam ser consideradas como investimentos sociais.

65. Uma prevenção primária do desvio e da delinquência impõe que se acabe com as desigualdades econômicas e, por este meio, que se reduzam fortemente as desigualdades políticas, sociais e culturais. Esta medida só se realizará segundo os ritmos próprios de cada país, respeitando-se as condições históricas particulares.

66. É preciso não perder de vista que nem todo progresso é desprovido de perigo, considerando que ele pode criar necessidades novas sem oferecer a possibilidade de as satisfazer ou que pode, ainda, engendrar situações criminógenas. Assim ocorre, por exemplo, com algumas novas formas de venda, de financiamento e de crédito. A técnica do delito-obstáculo oferece possibilidades na medida em que previne os delitos, tornando sua perpetração mais difícil. Recomenda-se elaborar programas comunitários para prevenção do delito que visem sempre às estruturas preventivas (concernentes, notadamente, à saúde, à educação, à habitação, ao emprego e à previdência social), e que se tome em responsabilidade pessoas em dificuldades, sejam estas de ordem judicial ou não.

67. Será necessário determinar os critérios e os meios de decisão, de controle e de avaliação permanentes. Os eixos dessa tarefa parecem ser a descentralização, a desprofissionalização e a "popularização" de maneira a realizar o maior controle e uma mínima estigmatização. Algumas sociedades admitem que um certo desvio de comportamento é inevitável e, portanto, natural. Cada coletividade deve estabelecer, ela mesma, qual é o grau de sua tolerância.

68. As condições de um controle social que substitua uma ação judicial devem ter por objetivo os vínculos diretos entre os

"controladores" e os "controlados", uma fácil comunicação entre uns e outros, a sensibilidade e a solidariedade dos micro-meios e a possibilidade de que os micro-meios de vizinhança e de trabalho evitem a ação judicial. Uma sociedade equipada de maneira a poder recorrer à pressão social de prevenção, às intervenções de persuasão e assistência direta, é sempre preferível a uma sociedade que tem de criar um aparelho artificial e caro para controlar a delinquência. As modalidades de controle não judicial devem ser, tanto quanto possível, descentralizadas, desinstitucionalizadas e socializadas; vale dizer, elas devem se fazer de pequenas comunidades, de pessoas não profissionalizadas, de iniciativas espontâneas.

69. É importante fazer reviver formas antigas de controle social primário e as desenvolver. Nesta matéria, o exemplo pode ser dado por países em vias de desenvolvimento e também por países que são dotados de regimes populares. Deve-se cuidar de substituir os serviços sociais técnicos e paternalistas por ações espontâneas de solidariedade. Aquilo que nasce das pequenas comunidades parece poder ser mais eficaz que os serviços impostos por um poder centralizado. É preciso não perder de vista que o paternalismo caritativo pode ser um meio de fazer preexistir privilégios oligárquicos e injustiças sociais.

70. As modalidades do controle social não judicial podem ser muito diversas, em razão de tradições históricas particulares e de opções políticas e sociais divergentes. Os pequenos conflitos que são suscitados por certos desvios de comportamento ou certas formas menores de delinquência podem ser arbitrados por um conselho de anciãos, um tribunal de camaradas, um comitê de bairro, uma comissão de arbitragem ou de conciliação, um grupo de solidariedade ou qualquer outro órgão ou serviço de caráter público. Esse controle social de assistência visa tanto aos transviados quanto aos delinquentes não processados, postos sob observação judicial, em sursis ou libertados antecipadamente — como também os deficientes físicos, psíquicos ou sociais.

71. Uma particular atenção deve ser consagrada para evitar a formalidade social e a estigmatização. Com esse objetivo deve ser desenvolvida uma vasta ação de informação, para que toda a população saiba e aceite que a sorte dos deficientes, dos transviados e dos delinquentes é problema de toda a comunidade e de cada um de seus membros.

72. É preciso lembrar que pelo menos em certos países, a massa média da população dedica mais atenção aos fatos criminais, explorando seu caráter sensacional que às ações sociais de prevenção. Seria preciso que a imprensa, o rádio e a televisão se dedi-

cassem a sensibilizar a opinião pública sobre o destino dos desviados e dos delinquentes e a mobilizar a opinião pública para suscitar a colaboração do conjunto da população para os programas de prevenção e contenção dos comportamentos socialmente perigosos. É preciso convencer cada cidadão que ele terá mais mérito sendo justo e solidário do que sendo caridoso e mantendo-se, egoisticamente, em posição discriminatória.

73. As cargas orçamentárias serão analisadas, considerando que as economias feitas com a desobstrução do aparelho judiciário e penitenciário podem ser utilizadas para a realização dos programas comunitários de prevenção, e também para indenizar as vítimas quando o autor dos danos for incapaz de cobri-los pessoalmente.

Conclusões e Recomendações

74. A diferença de tradições, de estruturas econômicas, sociais e políticas, dos recursos disponíveis, torna ilusório querer impor uma política de prevenção comum a todos os países.

75. Todavia, os trabalhos da 2ª Sessão do presente Congresso permitem distinguir aspirações comuns que se podem esboçar nas proposições que se seguem :

- a justiça social constitui o melhor meio de prevenir a criminalidade. É preciso dar mais crédito ao social que ao penal.
- tem-se, historicamente, abusado do princípio da repressão sem se dedicar suficiente atenção às formas de controle social não penal e aos dispositivos de prevenção primária.
- todos os países deverão proceder a uma reavaliação constante em seus sistemas de justiça criminal, para que estes sejam adaptados às necessidades sociais atuais. Isto implica em substituir leis e instituições que estejam velhas.
- toda modificação do sistema penal, como a aplicação concreta de suas diligências, devem sempre respeitar os direitos do homem e as liberdades fundamentais a que toda pessoa tem direito.
- convém recorrer mais freqüente à comunidade para auxiliar os programas de prevenção do crime e de cuidado de delinquentes.

— a política criminal deve estar sincronizada, em seus múltiplos aspectos e seu conjunto deve estar integrado na política social geral, própria de cada país.

— a pesquisa criminológica que serve de base à política criminal deve se estender às interações entre a delinquência e a sociedade, bem como ao funcionamento do sistema judiciário e dos programas comunitários de controle social.

76. Vários participantes insistiram sobre o papel de promoção e assistência técnica que a ONU deve em matéria de prevenção e contenção da criminalidade. As indicações úteis a todos os países que objetivam uma racionalização e uma socialização na sua política criminal, são dadas nas notas A/9032, de 10 de setembro de 1973, elaborada pelo Secretário Geral da ONU, cuja importância já foi sublinhada.

ALTERNATIVAS E TRANSES DO DIREITO PENAL DE HOJE (*)

EDUARDO NOVOA MONREAL

1. Introdução

O último quarto do século XX nos mostra um direito penal submetido a fortes tensões contrapostas, desconcentrado e incapaz de preservar-se de dúvidas essenciais muito grandes, as quais se dedicam aqueles que fazem o seu mais sério estudo. Não se trata agora, como sucedeu no início desta centúria, de um debate entre escolas, que tanta satisfação deu aos esforços polêmicos de um e outro lado e que, em definitivo, tanta luz arrojou na busca de novas sínteses. O de hoje é mais negativo e decepcionante. É algo, assim, como a acusação de haver escolhido mal a via e de haver percorrido um longo e dificultoso caminho, para comprovar que em seu término, ele está sem saída e não permite chegar ao destino que se esperava. Isto significaria que o direito penal se encontra hoje em situação aporética.

Ao falar do direito penal nos referimos, exclusivamente, àquela parte do direito que procura proteger por vias jurídicas (valha o pleonismo) à sociedade e aos indivíduos que a compõem, dessas máximas violações normativas que denomina delitos. Sabemos bem que aqueles que cultivam o direito penal, vale dizer, os iuspenalistas, além de sentirem o problema da criminalidade e para proporcionar os meios para erradicá-la, se viram forçados a admitir que esta luta não pode ser levada a bom termo, sem dar guarida a essa outra classe, muito ampla, de conhecimentos trazidos pelas ciências naturais do homem. Mas, ainda assim, a maior parte dos iuspenalistas continua pensando que seu papel é central, para uma devida e apropriada reação social contra o delito. E, para demonstrá-lo socorrem-se, principalmente, do argumento de que o delito é, em último termo, uma infração particularmente grave do ordenamento jurídico, a qual não pode ser entendida em todo o seu alcance, nem

(*) — Tradução de J. SÉRGIO FRAGOSO

determinada com acerto, senão por aqueles que possuem um saber jurídico especializado (1).

As tensões que ameaçam deslocar ao direito penal são múltiplas e, somente em parte, se originaram naquelas ciências que poderíamos chamar de rivais (2), para mencionar àquelas que tencionam dar sua própria solução acerca do fenômeno delitivo. Pois, muitas entram pelas portas adentro do direito penal e têm raízes muito antigas. Dentro dos estreitos marcos do presente estudo não é possível referir-se a todas elas, por mais interessantes que possam parecer; isto explica que nos limitemos a nos ocupar daquelas que, a nosso juízo, revestem-se de maior importância do ângulo em que nos situamos ou que são mais representativas do atual momento do pensamento penal (3).

Não tentaremos, por exemplo, do debate entre deterministas e livre arbitristas, tema que, se bem não foi superado até agora, foi deslocado nas últimas décadas, por estimar-se que cedeu sua importância desde que uma e outra parte tiveram de admitir relativismos que encurtam distâncias (4).

Tampouco nos acuparemos da uniforme aceitação de penas relativamente indeterminadas e do generalizado outorgamento do

1. — No capítulo 7 nos ocupamos da dificuldade que encerra, para a criminologia, a exclusividade que tem o direito penal para fixar o conceito de delito.

2. — Falamos, neste momento, de "ciências" sem que com isso entendamos tomar posição no debate sobre se a criminologia e outros conhecimentos naturais relativos ao fenômeno delitivo, devem ser tidas ou não, como ciências autônomas.

3. — Parte importante das observações do presente trabalho, corresponde ao nosso relatório geral sobre o direito penal apresentado no Colóquio Internacional, 75 anos de evolução jurídica no mundo, realizado no México, D.F., em fins de setembro de 1976.

4. — E. GIMBERNAT, *Tem um futuro a dogmática jurídica penal?* publicado em *Problemas Actuales de las Ciencias Penales e la Filosofía del Derecho* (Homenagem a Luiz Jimenez de Assúa), Ed. Pannedille, Buenos Aires, 1970; crê, contudo, que hoje estamos assistindo outra vez, se bem que às vezes em forma não aparente ou encoberta, a antiga polêmica entre os partidários do livre arbítrio e os do determinismo. Um exemplo das concessões que faz um livre arbitristismo moderno temos na aula inaugural de 1961, da Faculdade de Direito, da Universidade de Bonn, a cargo de HILDE KAUFMANN (Anuário de *Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XVI, maio-agosto, 1963, Madri).

tribunal penal de faculdades amplamente discricionárias, dirigidas ambas a uma melhor individualização da pena. Estão já demasiado distantes aqueles tempos em que a absoluta rigidez das penas e a supressão de toda margem de escolha do juiz eram consideradas como essenciais, para a proteção eficaz dos direitos do indivíduo e para a garantia rigorosa da segurança jurídica (5). Essa atenção para os direitos do homem não impediram, sob outro aspecto, a aplicação das medidas de segurança pós-delituais, cuja classe e duração não objetivavam o fato delituoso em si, mas, sim, a personalidade do delinqüente; todavia, na opinião de muitos ela é suficiente para objetar a aplicação de medidas pré-delituais.

Revisões, como a que sugerimos, que em último termo poderiam levar a por em discussão a sorte mesma da ciência que professamos (6) não são alheias à história do direito penal. Quando FRANZ VON LISZT formulou as bases de sua concepção penal sociológica que o levaram a encabeçar aquela que se chamou Escola de Política Criminal, com o ânimo preciso de dar uma solução ao antagonismo produzido entre as tendências penais clássicas e as positivistas, BIRKMEYER interrogou-se, já, acerca do que restava de pé do direito penal ante estas novas bases, por estimar que seu sentido utilitário não podia, ao menos, conduzir, em suas últimas consequências, à anulação mesma do direito penal.

Nosso propósito é mostrar algumas das tensões acumuladas e induzir ao leitor reflexões em torno delas. Está absolutamente fora de nossa finalidade decidir quais dos extremos tem razão, se é que algum a tem, ou propor uma saída original, a qual não haverá de nos impedir de, em algum caso, insinuar conclusões provisórias. Um intento para dar soluções cabais, além de ficar fora deste breve trabalho, seria prematuro num momento como o atual, no qual essas contradições não são, ainda, percebidas por todos claramente.

5. — Foi o caso do código penal francês de 1791.

6. — Nossa formação é exclusivamente jurídica e, anteriormente, nos estudos sobre direito penal se limitaram a um enfoque jurídico — dogmático fortemente influenciado pelos ensinamentos de E. Mezger e de Luis Jimenez de Assúa. Assim pode ser comprovado em nosso *Curso de Derecho Penal Chileno*, 2 tomos, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1960-1966. Não se pode ignorar hoje uma tendência bem aberta, que postula a supressão do direito penal, por avaliar que uma sociedade primitiva é, hoje, um anacronismo. É a posição de HOCHHEIMER em *Zur Psychologie der strafenden gesellschaft*. Segundo E. GIMBERNAT ela, também, é seguida por REINWALD e FOREL (ob. cit.).

2. Uma contradição ilustrativa

Na maior parte dos países, pode-se observar, no momento atual, uma situação que envolve a maior das contradições em matéria penal, aquela que por seu interesse e consequência nos parece apropriada, para colocar de início como pedra de tropeço (7) que força à meditação. Trata-se desse enfoque tão dispar que se costuma dar às duas etapas consecutivas da aplicação da lei penal: o ajuizamento criminal e a execução da condenação. E, isso, ainda, em países onde uma legislação positiva antiquada aligera essa diferenciação.

A etapa do juízo criminal procura esclarecer e reconstituir o fato delituoso concreto que pôs em movimento o processo penal, examiná-lo em si mesmo e em todas as suas circunstâncias externas, determinar seu autor e verificar a atitude psíquica deste em relação com aquele fato. Como se observa, tudo se enfoca para um fato concreto, seja ele instantâneo ou de curta duração no tempo, que é considerado em si mesmo, ainda que fugaz. Uma vez comprovados fato punível e participação, efetua-se a valorização de ambos no duplo aspecto objetivo e subjetivo; por conseguinte, essa valorização volta a ter, também, como seu centro aquele fato transitório. Após isso, pronuncia-se o veredito de responsabilidade (8), de acordo com um critério que, mais adiante, demonstraremos estar inspirado em alheamentos éticos. Dessa forma, o que mais interessa é a gravidade do fato e a culpabilidade do agente, as quais se medem conforme as esquadrilhas normativas e psíquicas. A decisão afirmativa de responsabilidade penal significa a imposição de pena pelo fato cometido (9). Veremos, também, mais adiante, que uma parte considerável dos iuspenalistas assinala a essa pena um caráter retributivo, diretamente conectado à natureza da violação da ordem jurídica, que se declara existente no delito.

7. — “Pedra de tropeço” é o sinônimo, em sua etimologia grega, de “escândalo”, expressão que reflete, também, a nossa idéia.

8. — A exigência do *dossier* da personalidade, quando se faz no processo penal, não tem um significado capaz de contradizer o que se expõe, porque esse *dossier* se utiliza somente para os fins da dosagem da pena (o que se faz logicamente depois de emitido o juízo de responsabilidade penal), se é que a lei permite ao tribunal escolher entre penas alternativas ou regulá-las.

9. — Nos países nos quais a lei ou a prática introduziram a chamada “*cesure*” no procedimento, o que dissemos concerne, principalmente, à declaração de responsabilidade penal sob a comprovação da existência do fato punível, da participação do autor e de efetuar-se as valorizações objetivas e subjetivas.

Esta primeira etapa é governada, por consequência, pelo rigorismo jurídico e se cinge a conceitos abstratos, principalmente. Inclusive, se dá à sentença condenatória uma força irreversível de coisa julgada, o que vale dizer, de verdade última, salvo o caso excepcional do recurso de revisão.

Por outro lado, a fase de execução se cumpre sob inspiração absolutamente diversa. Mesmo nos países em que a legislação penal substantiva se apoia em princípios retribucionistas, a influência aos conhecimentos criminológicos e penitenciários — afortunadamente bem difundidos — faz com que, na execução, tenham-se presentes critérios que objetivam a pena como meio de ressocializar o delinqüente. Por isso, para apreciar o curso da execução e os resultados do cumprimento da pena, põe-se mais atenção na personalidade do condenado e na sua evolução, do que na recordação do fato delituoso que originou a condenação. Para tanto, levam-se em conta os novos dados que se registram no “*dossier*” do cumprimento da condenação em relação com aqueles lançados na ficha de personalidade prévia.

Até a tremenda imutabilidade da força de coisa julgada da sentença condenatória — extremo da ficção jurídica — perde sua rigidez. Durante a execução se dão, muitas vezes, aos internos, facilidades que podem desnaturar a pena imposta, segundo os termos literais da sentença. Se bem que, algumas vezes, isso se faça em virtude de normas legais expressas, tais como aquelas que permitem a liberdade condicional ou outras medidas semelhantes, a experiência nos mostra que as administrações penitenciárias eficientes, que procuram guiar-se conforme critérios científicos, se sentem com a faculdade de determinar formas especiais de tratamento, que não con dizem com o mandado literal da sentença condenatória.

É certo que, em vários países, se adotaram códigos ou leis de execução penal e que, em alguns, até se criaram juízes especiais de execução; porém, isso não altera essencialmente o sentido e alcance que queremos dar às observações anteriores. Até nos dá uma pista útil para esclarecer algumas das dificuldades que desejamos propor.

É indubitável que tudo isso se vincula a um duplo enfoque, que existe para a tarefa de eliminar ou reduzir a criminalidade, que separa a dois grupos guiados por duas ordens diferentes de princípios, em boa medida contrapostos. Essa oposição de princípios se adverte mais nas atitudes do que nas declarações.

Por um lado, está o grupo de raízes tradicionais, que vê no direito e nos valores normativos a solução do problema social do delito. Constituem-no iuspenalistas de formação dogmática, domina-

dos, quase sempre, por conceitos *a priori*, como os do delito, ente jurídico, responsabilidade, necessidade de restabelecer a ordem social desrespeitada e pena retributiva. Por outro lado, está o da nova estirpe científica que, ao longo do presente século, iniciou o estudo do delito como fenômeno social e que encarou seu exame do ponto de

vista multidisciplinar, indagando sobre os fatores endógenos e exógenos que o determinam ou favorecem e analisando-o em suas formas sociais de apresentação, nos sujeitos que o perpetraram e nas medidas apropriadas para combatê-lo.

Até o século passado, os primeiros assentaram o seu próprio monopólio na matéria. Devido a isso, acentuaram a profundidade dos aspectos jurídicos, o que tinha ampla acolhida na fase da luta contra a criminalidade, que tem um caráter predominantemente jurídico; isto é, a elaboração, pelo juízo criminal, tendente à comprovação do fato punível, à determinação do seu autor e declaração de sua responsabilidade penal. Foram eles os que em ritmo ascendente foram aprofundando na elaboração de complicados sistemas abstratos em tudo o que era relativo à teorização do delito, de seus componentes, de suas formas jurídicas de apresentação e do conteúdo e consequências da responsabilidade que dele provém. Desta forma se desenvolveu essa dogmática penal, que chegou aos mais extremados graus de complexidade. Esta mesma complexidade lhes outorgava uma segurança de não serem desalojados do seu rol. Quem mais, além de um iuspenalista podia penetrar em tão finas e sutis sistematizações, decomposições e diferenciações? Talvez por isso, puderam conservar até agora incólume e como um setor de sua propriedade exclusiva, todo esse âmbito que tem por fim a dilucidação dos extremos próprios da existência de uma responsabilidade penal.

Em troca, o segundo grupo — o dos cientistas naturais — resignando-se em não desempenhar papel relevante no juízo criminal, dedicou seu esforço a fazer admitir sua presença dentro da etapa posterior àquela, ou seja, a que tem, por objetivo, a execução da condenação. Esta etapa de execução desde há muito atribuída à administração pública, não despertou nunca grande interesse para os iuspenalistas (10), os quais preferiram concentrar seu labor na fase jurídico-judicial.

Ditada a declaração de responsabilidade do delinquente, a função jurídica, propriamente dita, terminou e, somente, cabia es-

10. — Isto não implica em negar o fato de que esclarecidos juristas hajam contribuído, em casos isolados, para a introdução de critérios científicos para a execução das penas.

perar que os funcionários da esfera administrativa se ativessem ao veredito, dando-lhe cabal execução.

Como essa parte administrativa da execução não atraía aos iuspenalistas e ela, ficava por isso, desguarnecida, os cientistas naturais puderam iniciar, ali, sua penetração.

Acaso não confirma o que estamos sustentando o fato de que os interessados no estudo dos aspectos naturais do delito, do delinquente e da pena, terem-se envolvido na administração penitenciária,

primeiro como simples médicos, logo como técnicos em planejar as diversas etapas do cumprimento da pena e de cuidar de sua mais conveniente e proveitosa aplicação ao condenado, até chegarem a se instalar nos organismos diretores de toda a fase de execução penal, para daí propiciar a adoção de medidas de ordem científica e técnica destinadas a dar às medidas de reação social um sentido de tratamento ressocializador?

Por isso não pôde senão originar uma dissociação muito acentuada entre essas duas fases da luta contra a criminalidade e o emprego de princípios, métodos e critérios claramente divergentes, quando não frontalmente antitéticos.

Esse fenômeno nos abre uma janela que, a nosso ver, permite contemplar outras contradições que dominam na ciência jurídico-penal.

3. Relegação da pena a segundo plano e a retenção do controle sobre ela

Ocupados os iuspenalistas com teorias conceituais acerca do delito, de seus elementos e de suas características abstradas, relegaram a pena a um segundo plano, muito obscuro. A verdade é que a pena e suas questões essenciais constituíam uma área na qual muito podiam dizer os filósofos, por um lado, e os cientistas naturais, por outro. Aos iuspenalistas, por conseguinte, não lhes restava outra coisa, senão optar entre as soluções que estes últimos propunham, cada um nos limites de seu respectivo campo, sem que pudessem oferecer — como tais — nenhuma contribuição valiosa.

O debate sobre a natureza, fundamentos e fins da pena permitia aos filósofos explicações conforme as teorias absolutas e relativas. Os efeitos que a imposição da pena traz para ser humano concreto, o proveito que dela se podia obter para melhorar o delinquente e, inclusive, a conveniência de substituir a pena por outra classe de medidas, poderiam ser explicadas amplamente, por cientistas com conhecimentos antropológicos, psicológicos, educacionais, etc.

Não podia ser grato aos iuspenalistas um campo, no qual muito pouco ou quase nada podiam contribuir de ciência própria.

A ciência do direito penal, no que pese aquilo que o seu próprio nome se encarrega de frizar, que é a pena, a categoria mais específica e definidora do ramo, inclinou-se a se estruturar sobre a base da teoria do delito, por vezes, a única matéria que um iuspenalista considera digna de seu exame.

Possivelmente devido a sua própria insuficiência no tema, muitos iuspenalistas optaram por uma das teorias absolutas que a filosofia elaborou acerca da pena, aquela que por seu sentido resultava para eles mais facilmente acessível: foi a teoria da retribuição. Porisso, se conformavam em explicar que a pena é uma retribuição jurídica indispensável para a incolumidade da ordem de uma sociedade e que, em sua essência, nega a negação do direito em que consiste o delito. Disso se deduz que a classe e a gravidade da pena devem correr parênteses com a classe e a gravidade do fato punível cometido. Deduz-se, também, que a pena é necessária e se justifica por si mesma em razão do delito cometido, como um merecimento particular daquele que o cometeu (*quia peccatum est*), mesmo que não tenha nenhum efeito favorável para o condenado.

Se bem que a teoria retributiva não se oponha a que a pena, inclusive, traga também, alguns resultados benéficos para o condenado, a tendência do iuspenalista haveria de inclinar-se para assinalar a esses efeitos alcances essencialmente morais, tais como o de inibir os instintos e sentimentos contrários ao direito, obrigar o delinqüente a uma tomada de consciência e reforçar nele inclinações úteis à comunidade.

Com este equipamento de idéias, o iuspenalista ficava em posição muito inferiorizada para captar as críticas de fundo que as ciências naturais interessadas começaram a formular a várias classes e formas de aplicação das penas e, ainda, à própria pena.

A crítica radical dirigida à pena, como instituição, não está carente de argumentos científicos de peso. Desse modo, se diz que, se pensa na pena como em instrumento de ressocialização do delinqüente, o que interessa é construir novos modos de comportamento no condenado e que isso não se pode lograr através de experiências desagradáveis para ele, como são as penas em geral, mas, sim

11. — H. WELZEL, *Derecho Penal Aleman, Parte Geral*, 11ª ed. (tradução de J. Bustos e S. Yañez), Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1970, p. 326-328.

por intermédio de exercícios que fortaleçam as formas positivas de conduta, o que se deve fazer através de experiências satisfatórias. Diz-se também que toda pena, enquanto significa a imposição de um mal, constitui uma agressão do ponto de vista da psicologia do condenado. Isso tornará provável que a frustração provocada por essa agressão se converta numa contra agressão, que necessariamente não estará dirigida para o serviço penitenciário, podendo ser desviada e transformada, para se orientar contra os companheiros de prisão ou se tornar difusa e ser substituída por um ódio contra a sociedade em geral. Considera-se, também, que se o condenado alimenta inconscientemente um sentimento de culpabilidade — justificado ou injustificado — o que ele deseja é ser castigado, para descarregar a pressão de seu próprio complexo de culpa. Desse modo, a aplicação da pena vai ser considerada por ele, como um alívio, sem prejuízo de que possa operar nele um mecanismo de repetição que o leve a cometer novos delitos, para melhor se liberar do seu complexo através de novas condenações. E, se descobriu em muitos delinqüentes habituais, sentimentos de inferioridade profundamente arraigados, que passam despercebidos à primeira vista, mas que impedem ao sujeito uma vida social normal, a imposição de novas penas não terá outro efeito além de desenvolver mais fortemente este complexo inibitório. Ademais, grande quantidade de defeitos de comportamento dos delinqüentes procedem da infância e não se adverte, em tal caso, como e por que a aplicação de medidas punitivas poderia fazer algo para melhorá-los (12).

No que se refere, em especial, às penas privativas de liberdade, sustenta-se que a única coisa honesta intelectualmente é dizer que não existem conclusões científicas definitivas que permitam conhecer a forma em que os diferentes estilos de execução influem sobre as diferentes classes de internos (13). E, se explica que a mera privação da liberdade, não só é inadequada na luta contra a delinqüência, mas, estimula, inclusive, a criminalidade, pois, não se pode ensinar ninguém a viver em sociedade, mantendo-o afastado dela e em condições de vida completamente diferentes das que deverá levar, quando sair da prisão, para comprovar sua adaptação (14).

12. — Observações extraídas do trabalho de HILDE KAUFMANN, *La función del concepto de pena en la ejecución del futuro*, publicado em *Nuevo Pensamiento Penal* (a seguir N.P.P.), ano IV, nº 5, janeiro — março, 1975, p. 27 - 29 e 32.

13. — Ibidem, p. 24.

14. — C. ROXIN, em seu trabalho *Las nuevas corrientes de la política criminal en la República Federal Alemana*, publicado em N.P.P., ano I, nº 3, setembro — dezembro, 1972, p. 390.

Diante desta verdadeira avalanche de críticas, o iuspenalista carece de um acervo adequado de conhecimentos que lhe permita pronunciar-se, seja para aceitá-las ou para recusá-las. Sua habitual reação é, então, a de que esperar que as respectivas ciências naturais cheguem a uma definição. E, como essa não chega de forma rápida e precisa, matem-se na expectativa, sem conceder que um dos temas mais próprios e característicos do direito penal se lhe escapou das mãos.

Isto posto, se se trata de atacar o delito de forma socialmente eficaz, já é tempo de que, nesta matéria, ceda-se a palavra àqueles que têm conhecimento científico dela. Serão, pois, os psicólogos, os especialistas em conduta, os educadores e outros, que haverão de informar aos iuspenalistas sobre as medidas aplicáveis, a forma de cumprí-las, os efeitos que delas podem ser esperados e, de modo geral, sobre tudo o que conduz a uma efetiva ressocialização de quem delinqüiu.

Os iuspenalistas têm uma invencível desconfiança pela substituição das penas reguladas legal e judicialmente, que consideram dentro de seu campo próprio, por outro tipo de medidas ou tratamentos, nos quais prevalecerá a decisão de médicos, antropólogos, pedagogos, etc. Uma reação social a cargo de "aventais brancos" não

os satisfaz, em absoluto. Todavia, é nesta direção que se encaminha ostensivamente uma parte importante da solução do problema da criminalidade.

Aos juristas restará, no futuro, somente, uma tarefa parcial, embora importante: zelar para que se respeitem nos tratamentos ou medidas a serem aplicadas os limites impostos pelos direitos humanos do afetado, especialmente, no que tange à menor restrição possível da liberdade física do paciente, formas de aplicação que não atentem contra a dignidade de sua pessoa, etc.

4. Responsabilidade penal e responsabilidade moral

Desde há séculos o pensamento humano se esforça por separar e delimitar duas disciplinas: a moral e o direito. Em testemunho disso pode-se recordar os nomes de SUAREZ, PUFENDORF, THOMASIIUS, KANT e FICHTE (15).

15. — Ver: E. NOVOA MONREAL *Que queda del derecho natural?* Editorial Depalma, Buenos Aires, 1967, p. 187-201.

Esta empresa apresenta particulares dificuldades de origem histórica e epistemológica relativamente ao direito penal. Afirmações como a de JELLINEK, acerca de que o direito é o mínimo ético e a de MANZINI de que o direito penal se apresenta diante dos outros ordenamentos como o mínimo de quantidade ética indispensável, para manter as condições necessárias de uma determinada organização social, ameaçam perturbar e, de fato, perturbam o critério de muitos penalistas.

O grande desenvolvimento operado em torno das idéias de pecado, juízo e castigo, durante a Idade Média, recolhido pelo direito canônico sob a forma de responsabilidade moral e, também, o renascer do direito romano, fizeram chegar aos juristas, em especial, aos iuspenalistas, uma noção ética de responsabilidade. Estes não se aperceberam de que esta classe de responsabilidade não é apropriada para resolver os problemas da convivência e da organização social que competem ao direito. Pois, S. Tomaz de Aquino já havia estabelecido que aquilatar a responsabilidade moral de um indivíduo sobrepassa a apreciação da justiça humana e somente corresponde a Deus; o juiz humano unicamente pode apreciá-la de uma maneira imprecisa e falível (16).

O grande clássico F. CARRARA pressupõe como aceita a doutrina do livre arbítrio e da imputabilidade moral do homem e, sobre essa base, edifica a ciência criminal "que mal se construiria sem ela" (17). E. FERRI, ao contrário, afirma que somente há de se ter em conta a responsabilidade social, desde que o homem é responsável por suas ações delitivas só porque vive em sociedade e enquanto vive nela (18).

Transpor para o direito penal a noção de responsabilidade moral constituiu erro grosseiro, pois nesta se cogita de uma decisão de moral absoluta, inteiramente inconciliável com a relatividade do direito com a relatividade do direito positivo (19). Nem a lei positi-

16. — De maneira mais profana, Anatole France dizia: "Os juizes não sondam as entranhas, nem lêem nos corações e, assim, sua mais justa justiça é rude e superficial" (Opiniões de Jerônimo Coignard).

17. — F. CARRARA, *Programa del Curso de Derecho Criminal* (tradução de S. Soler), ed. Depalma, Buenos Aires, 1944, E. PESSINA o acentuou mais ainda.

18. — E. FERRI, *Sociologia Criminal*, 4ª ed., Turim, 1900.

19. — FILIPPO GRAMATICA, *Le probleme de la responsabilité et le système de défense sociale*, publicado na *Revue Internationale de Défense Sociale*, 1956, NS. 3.4, p. 122.

va, nem a justiça humana estão aptas a valorizar um ato humano em seu pleno sentido ético e, muito menos, a fixar uma proporção entre sua imoralidade e o castigo que merece. A missão de ambas não consiste em obter um sistema de justiça absoluta em que se imponham penas exatamente ajustadas ao mal abstrato que causa no plano ético um certo ato cometido com intenção indevida. O fundamento do juízo penal não pode ser o de julgar o problema metafísico do bem e do mal e encontrar a medida cabal da sanção que corresponda ao homem que atuou, mas, a de adotar medidas apropriadas para que se mantenha uma ordem de convivência que permita o melhor desenvolvimento humano no plano individual e no plano social (20). Enquanto se perseguir através do direito penal o objetivo de uma justiça absoluta do gênero enunciado, se estará extralimitando seu âmbito ou invadindo o campo da moral.

A posição mais aceita é aquela que entrega à moral a regulamentação de todos os atos humanos, de qualquer índole e em todos os seus aspectos. O direito, ao contrário, somente tem como objeto aqueles atos do homem que importam em manifestação exterior sua, no sentido de que possam ser percebidos pelos sentidos dos demais homens (exterioridade) e que os relacionem com eles ou os afetem (alteridade). A primeira busca a perfeição do homem em si mesmo, e por isso está atenta à sua reação humana total e, especialmente, à sua motivação anímica, enquanto que o direito busca tão somente uma ordem de convivência social que permita de fato à sociedade e a cada um de seus membros uma vida organizada, sem obstáculos que provenham de condutas exteriorizadas de alguns em relação aos demais. O interiorizado ou anímico do ser humano, enquanto não se manifestar no exterior, não é matéria que caia dentro do campo do direito (21).

A identificação entre moral e direito tem perigosos riscos pelo respeito às liberdades do cidadão, como mais de uma vez foi mostrado pela história, pois facilita que a autoridade social se intrometa na intimidade psíquica do acusado. Por outro lado, sua separação correta conduz a uma nova concepção da responsabilidade penal. Como explica J. BAUMANN, faz-se necessário encontrar, hoje, um conceito de culpabilidade jurídico-social que a capte como res-

20. — Cf. J. BAUMANN, *Derecho Penal (conceptos fundamentales y sistema)* tradução da 4ª edição alemã (1972), por C. Finzi, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1973, p. 6-7.

21. — E. NOVOA MONREAL, *loc. cit.*

ponsabilidade social, apta para ser construída segundo os requisitos da vida social comunitária e a ser preenchida com conteúdos variáveis, pois, somente assim, poderá desligar-se o direito penal e a responsabilidade que este determina de representações morais e religiosas e de sua pretensão de absoluto (22). Esta é uma tarefa apenas insinuada no momento atual, cujo desenvolvimento fica entre-gue, no futuro, aos iuspenalistas mais clarividentes.

Ajusta-se corretamente a este pensamento crítico a posição da Escola da Nova Defesa Social, quando postula que a reação penal não está endereçada a fins de justiça, mas, sim, de proteção. De um lado, proteção da sociedade contra os delinquentes e, por outro, proteção do indivíduo contra o perigo de cair ou de se manter na delinqüência. O importante é que não se produzam delitos e não cumprir com uma ilusória justiça, condenando ou castigando àqueles que neles incorrem (23).

É certo que a Nova Defesa Social mantém o conceito de responsabilidade, porém, não o faz para legitimar a ação de ressocialização, marcando-a com um conteúdo novo, alheio à intromissão de conceitos metafísicos ou de ficções legais. Essencialmente, destaca o íntimo e coletivo sentimento de responsabilidade, que se comprova na vida individual e social, utilizando-o para ação positiva de proteção anticriminal (24).

Dentro do campo da dogmática penal moderna, a corrente finalista que dirige H. WELZEL, ao conceder predomínio tão interpenetrante aos aspectos psíquicos dentro da teoria do delito, em detrimento dos resultados externos, vai deslizando, gradualmente, para uma "etização" do direito penal.

22. — J. BAUMANN, *Culpabilidad y expiación, son el mayor problema del derecho penal actual?* publicado em N.P.P., Buenos Aires, Ano I, nº 1, janeiro-abril, 1972, p. 28. A posição de BAUMANN, jurista de espírito profundamente religioso, nos demonstra, ademais, que essas tarefas de esclarecimento e delimitação entre moral e direito não envolvem, de maneira alguma, um desconhecimento da importância e vigência da moral, nem uma hostilidade para com o sentimento religioso.

23. — MARC ANCEL, *Le point de vue des doctrines de la Défense Sociale*, na *Revue Inst. de Soc.*, Université Libre de Bruxelles, 1963, nº 1, p. 34.

24. — MARC ANCEL, *Responsabilité et Défense Sociale*, incorporado a *La responsabilité pénale*, Paris, Dalloz, 1961, e em *La Défense Sociale Nouvelle*, 2ª ed. Paris, Cujas, 1966. Não é possível resumir em poucas linhas uma posição tão rica e tão matizada como a desta Escola, pelo que nos remetemos às obras mencionadas.

Não sustentamos que a postura dogmática adversa, denominada clássica ou causalista, cujo expoente máximo foi E. MEZGER, seja completamente refratária a uma derivação como essa, mas, ao menos, a acentuação que faz da importância da ação, como fenômeno objetivo, sua apresentação do tipo, como descrição legal de ocorrências do mundo exterior (quando se trata de um tipo normal) e da antijuridicidade como contradição objetiva da ação material com as normas previstas no ordenamento jurídico, permitem contraditá-la. Se bem que nela exista o exame do subjetivo, este aparece assentado sobre bases objetivas.

Por outro lado, o finalismo, além de já demonstrar por sua origem filosófica uma forte tendência a assimilar a responsabilidade de ordem moral à responsabilidade penal, facilita amplamente as vias para que a confusão chegue a arraigar-se e considerar-se, pois, dentro de sua concepção, não existe momento algum de análise do delito, que não fique impregnado e, geralmente, dominados pela atitude psíquica do sujeito. Isso, conduz, na prática, à determi-

nação de uma responsabilidade penal, que se assemelha a uma responsabilidade moral — como uma gota d'água a outra — supondo que os tipos penais moldam condutas socialmente danosas de tanta gravidade que, quase sem exceção podem-se ter, a mesmo tempo, como violadoras da lei moral.

Esta notável acentuação dos aspectos psíquicos que faz o finalismo corroborada pelo especial deleite com que seus seguidores se submergem nas mais sutis discussões acerca de tais matérias, não pode ser justificada pelo propósito puramente dogmático, pois muitas legislações vigentes são anteriores à propagação da doutrina finalista e assinalam convenientemente os aspectos objetivos dos delitos, com muito bom resultado, para o resguardo devido aos direitos do homem.

Não esqueçamos que WELZEL, formula também teses fundamentais de conteúdo filosófico-penal que, manifestadamente, sobrepassam a mera reconstrução do sistema legal positivo e que nelas se encontram abundantes referências a suas inclinações etizantes (25).

25. — H. WELZEL, ob. cit., afirma que “A missão mais profunda do direito penal é de natureza ético-social e de caráter positivo... ao prescrever e castigar a inobservância efetiva dos valores fundamentais da consciência jurídica revela, da forma mais concludente à disposição do Estado, a vigência inquebrantável destes valores positivos do ato, aliados em dar forma ao

Se considerarmos, por conseguinte, esse traço de sua doutrina, podemos afirmar, também, parafraseando suas palavras, que ela após de pé os fundamentos de um direito penal respeitoso da liberdade, ao sobrepor os aspectos subjetivos do autor delituoso a suas manifestações externas.

5. Jurisdicismo exacerbado versus Realidade Social

A intensa polêmica entre finalistas e os chamados causalistas, desenvolvida principalmente, na Alemanha, e que teve enorme repercussão no iuspenalismo latinoamericano, desgastou a dogmática penal e permitiu que muitos descobrissem sua insuficiência, sua desconexão com a realidade social, seu estéril exclusivismo. Por ser uma disciplina que circunscrevia sua tarefa a um exame paciente e ordenado — muito frutífero em seu tempo — do direito penal positivo, quis transformar-se em uma ciência profunda, capaz de alcançar as verdades últimas, coisa que excedia, em muito, a limitação de seu objeto e de seu método. A clareza de suas explicações e a solidez de seus enunciados, que constituíam suas mais óbvias virtudes, foram substituídas pela obscuridade e pelo esoterismo de suas proposições. Um afã extremado de esgotar a capacidade de análise jurídica e de levar à sua última possibilidade as mais agudas distinções conceituais, conduziram-na a um bizantinismo que se interiorizava em inacabáveis e imponderáveis filigranas do pensamento, com o que perdia de vista os aspectos realmente importantes dos conhecimentos jurídico-penais (26).

A dogmática tinha por finalidade procurar uma correta interpretação dos textos positivos, buscar as relações existentes entre eles, descobrir as idéias, princípios e instituições insitas na lei e, logo, construir e sistematizar, sobre essa base, uma teoria completa e bem assentada das bases orgânicas do direito positivo. Era esta uma maneira de possibilitar uma aplicação racional e uniforme da lei, ajudando a garantir a segurança jurídica. Ao elevar a aplicação da lei positiva por cima da arbitrariedade ou da consideração pura-

juízo ético-social dos cidadãos e fortalecer sua consciência de permanente fidelidade jurídica” (p. 13) e, logo, agrega, que “o alcance do direito penal reside em que tanto quanto limita suas normas elementares deveres ético-sociais, estabelece o fundamento para a constituição de todo o mundo do valor ético de uma época... e se insere em seu marco cultural” (p. 17).

26. — C. ROXIN, *Política criminal y Sistema de Derecho Penal*, Bosch. Barcelona, 1972, p. 18 - 19, caracteriza “o trabalho sistemático de filigrana de nossa dogmática” por “operar com as mais sutis finezas conceituais” e por “uma desproporção entre a força desenvolvida e seu rendimento prático”.

mente sentimental, procurava uma administração de justiça igualitária e justa (27). Porém, em lugar de manter-se nesse objetivo indispensável, ainda que limitado, muitos dos seus seguidores — enganados — creram poder alcançar os ápices do conhecimento penal, através do seu método e — envaidecidos — conduziram-na, por meio de uma linguagem sofisticada, a um plano de elocubrações sutis e de dilemas conceituais intermináveis. O resultado foi originar uma disciplina pretenciosa e de difícil compreensão, de menor substância do que a que se lhe atribui, apta para ser percorrida somente por iniciados que possuam suas chaves linguísticas e que creiam, devido a seu próprio isolamento, fazer parte da requintada elite científica dos iuspenalismo.

Tudo isto produziu uma classe de dogmáticos que poderíamos chamar de “integristas”, verdadeiros ginastas intelectuais que se exercitam numa espécie de vazio, que se caracterizam por submergirem-se em progressiva complicação de suas elaborações abstratas, na agudização de discussões tão inúteis como extravagantes e numa cega e gradual desconexão com a realidade. Perdem, assim, de vista o verdadeiro e único fim do direito penal, que é o de evitar a criminalidade.

Isto, afortunadamente, como todo o excesso nocivo, despertou uma saudável reação dentro do iuspenalismo, JESCHECK chama a atenção para o perigo de uma dogmática jurídico-penal baseada em fórmulas abstratas, que poderia conduzir o juiz a entregar-se “ao automatismo dos conceitos teóricos, esquecendo, assim, as particularidades do caso concreto” e proclama que “o decisivo há de ser, sempre, a solução da questão de fato, enquanto que as exigências sistemáticas devem ocupar o segundo plano”.

Isto importa, é óbvio, em atender primeiramente à solução dos problemas reais e em abordá-los com critérios de valoração político-criminal, antes de buscar soluções jurídico-conceituais.

C. ROXIN é, na Alemanha, um dos que mais decididamente arremete contra as “deprimentes dificuldades” suscitadas por uma dogmática com equivocada proposição, para declarar que no pensa-

mento sistemático, em geral, e na teoria jurídico-penal do delito, em particular — considerados por alguns como esgotados em suas possibilidades — existe uma crise que torna necessário examiná-los de

27. — H. H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts*, 1969, p. 136. É, também, a opinião de E. GIMBERNAT, ob. cit., p. 518-521.

novo cuidadosamente, desde seus princípios. Hoje, já não se crê — a seu juízo — nos resultados que deduzem dos conceitos sistemáticos superiores e se pensa pouco na utilidade prática de tais categorias (28).

Este encerramento da dogmática dentro de si mesma, o dedicar-se tão somente a elaborações abstratas, o não abrir espaços a uma consideração da realidade social e seu abandono das particularidades do caso concreto, trazem, como consequência, a possibilidade de surgir um duplo critério de ajuizamento; pois, pode “ser dogmaticamente certo o que do ponto de vista político-criminal é equivocado e vice-versa” (29). A história da teoria do delito, construída por essa dogmática, nos últimos decênios, pode ser descrita, somente “como uma peregrinação dos elementos do delito pelos diferentes pontos do sistema” (30).

Isso explica porque parte dos estudos iuspenalistas especializados, produzidos nos últimos trinta anos, versem sobre matérias tais, como a natureza do dolo eventual e sua diferença da culpa consciente, as soluções adequadas no caso das justificantes putativas, o conteúdo psicológico na desistência da tentativa, etc. as quais, todas, têm uma repercussão bastante reduzida na aplicação prática da lei penal. Em todo caso, elas apresentam aspectos empíricos muito difíceis de verificar ou comprovar, pelo que, geralmente, ficam situadas no nível de puras elocubrações ideais.

Em todos esses casos se incorre num manifesto abuso do juridicismo e se cai, vez por outra, nas ficções legais, nas afirmações apriorísticas e nos raciocínios puramente abstratos, esquecendo a realidade humana e social que está insita em todo o problema de índole criminal. Deve-se notar que a Escola da Nova Defesa Social condena vigorosamente estes excessos de juridicismo.

As elaborações dogmáticas jamais deveriam ser consideradas como conclusões absolutas, mas, sim, no máximo, como modelos aproveitáveis pelo penalista para uma melhor ordenação de seu estudo metódico do trato criminoso e de seu autor, em seus aspectos

28. — C. ROXIN, ob. cit., p. 23-25 e 81. R. SCHMID no prólogo de *Kritik der Strafrechtsreform*, ed. Nedelmann, Frankfurt a. M., 1968, estima que é “funesta” a forma como se entende o penal, na Alemanha, quase, exclusivamente, como tarefa jurídica, em consequência do que no direito penal se cultiva *l'art pour l'art*, com sutilezas jurídicas.

29. — C. ROXIN, *Ibidem*, p. 30.

30. — C. ROXIN, *Ibidem*, p. 80.

normativos, modelos que haveriam de ser esquemáticos, dúteis, para sua boa adaptação à realidade concreta e, em qualquer caso, eminentemente relativos, a fim de que nunca pudessem sobrepor-se às suas exigências ou circunstâncias.

Além do que já foi dito, é necessário recordar que toda a sistematização dogmática se constrói, em boa parte, sobre um conjunto de suposições bastante débeis e controvertidas. Com efeito, as leis são obra de legisladores de carne e osso, capazes de incorrer em lapsos, contradições, esquecimentos, utilização equivocada de termos e muitos outros defeitos de elaboração. Todavia, o dogmático edifica seu sistema sobre a artificial suposição de que aqueles que projetaram e editaram a lei eram seres de extrema racionalidade, de conhecimentos completos, tanto da legislação restante como das circunstâncias e necessidade sociais existentes no momento de ditá-la, inteiramente conscientes de todas as dúvidas e de todas as novas situações que irão surgir, no futuro, capazes da maior precisão e exatidão nos vocábulos e na redação empregados, com uma visão muito ampla e coerente das finalidades perseguidas e dos meios mais apropriados para alcançá-las (31).

Tudo isso permite apreciar a forma em que uma elaboração dogmática se arrisca a afastar o jurista da realidade e que ela pode contribuir para que este perca um equilibrado sentido crítico.

6. Despenalização e aparição de novos atentados contra o interesse Social

Está ganhando vigor uma tendência que propõe a redução das tipificações penais, como forma de excluir do âmbito punitivo todos aqueles fatos anti-sociais, para os quais a pena não seja estritamente necessária. É o que se tem denominado de despenalização ou descriminalização do direito penal.

Esta tendência se ajusta, por inteiro, à idéia de que o direito penal é a última ratio para um determinado ordenamento social, pelo que, não deve entrar em ação, senão nos casos em que seja considerada como estritamente indispensável, pela inutilidade ou insuficiência de outros meios coercitivos. Isso nos demonstra só, que ela se baseia na suposição de que a pena tem maior eficácia para modificar a conduta dos homens em sociedade do que as medidas não punitivas, aspecto que está atualmente sujeito a debate muito intenso.

31. — Sobre esta matéria pode-se consultar a obra de CARLOS SAN-TIAGO NINO, *Consideraciones sobre la dogmática jurídica*, Ediciones UNAM, México, 1974, especialmente, p. 85-92.

Contudo, as novas condições da vida social modificaram os esquemas que inspiraram o direito tradicional e dia a dia surgem, na realidade da vida, fatos novos que atentam contra formas mais evoluídas da organização social. Estes fatos, qualquer que seja sua potencialidade ou seus efeitos anti-sociais, ficam sem sanção penal, enquanto não sejam incorporados legalmente ao catálogo penal.

Um grupo importante desses novos fatos que, em muitos casos, requeririam a incorporação de novas formas de incriminação na legislação penal, como forma de proteger a sociedade do prejuízo que lhe causam, se originam de manifestações modernas do avanço científico e tecnológico. Não haveremos de a eles nos reeferir, pois já foram tratados em outro trabalho (32).

Outro grupo, não menos importante e poderoso, é o que se origina de recentes alterações das estruturas jurídicas da sociedade, aquelas que envolvem a geração de novos valores ou bens jurídicos. Estes novos valores não foram totalmente desconhecidos em épocas anteriores, porém, dentro das novas concepções políticas, passam a adquirir índole propriamente jurídica. Antes, no entanto, estavam situados exclusivamente no plano moral. O caso mais relevantes é o que provém da incorporação ao sistema jurídico dos "devedores sociais" (33).

Temos sustentado que o abandono, pelo sistema de organização social, do modelo individualista que o dominou desde a Revolução Francesa e a paulatina assimilação por aquele de novos valores, tais como a solidariedade social e a colaboração mútua entre os homens, assim como também a intervenção reguladora do Estado em muitas atividades sociais, especialmente de índole econômica, impuseram aos cidadãos uma atitude nova no plano jurídico; pois aparte os direitos subjetivos, tidos anteriormente como os principais bens jurídicos, quase únicos, como os mais essenciais objetos de proteção penal, apareceram também as obrigações dos indivíduos em relação à comunidade humana de que são parte, isto é, surgem os que, hoje em dia, se chamam deveres sociais.

32. — Ver: E. NOVOA MONREAL, *Progrés humain et droit pénal*, em *Revue de Science Criminelle et le Droit Pénal Comparé*, 1970, nº 2, Paris. (também publicado em RDP nº 2, 1971).

33. — Ver: E. NOVOA MONREAL, *La renovación del derecho*, Universidad de Concepción (Chile), 1968, *Hacia una nueva conceptualización jurídica*, em *Cuadernos de la Realidad Nacional*, Nº 15, especial, dezembro, 1972, Santiago do Chile, p. 213-214 e *El derecho como obstáculo al Cambio Social*, Siglo XXI Editores, México, 1975, p. 171-175.

A simples aparição dos deveres sociais dos indivíduos no campo do direito pressupõe a possibilidade e, em muitas legislações, o fato real, de que se conheçam ou se imponham esses deveres pela via legislativa. E, em alguns casos de muita transcendência ou ligados ao bem-estar de toda a sociedade, pode ocorrer e, de fato, ocorre, que a legislação penal tem a seu cargo a tutela jurídica do cumprimento dos deveres sociais dessa classe, o que significará que se estabelecerão sanções penais para aqueles que não as cumparam. Tudo isso deve trazer consigo um aumento considerável dos **delitos de omissão**, pouco abundantes nos regimes jurídicos individualistas, porque para estes interessa somente a proteção dos direitos individuais.

Com efeito, a norma violada pelo delinquente será uma forma imperativa e não proibitiva, como agora acontece, frequentemente. Essa norma determinará uma obrigação de atuar por parte do sujeito.

Da consagração legal dos deveres de cuidado, em relação com os demais membros da sociedade, explicável pela extensão e pelo fortalecimento da solidariedade social, da colaboração mútua entre os homens, há de derivar, também, em aumento dos **delitos culposos** e dos **delitos de perigo** (34).

É possível advertir, então que dificilmente se poderá alcançar uma efetiva despenalização no direito penal; pois, o curso histórico das idéias sociais pareceria melhor ser propício a um incremento da tipificação penal. E, dissemos isso, sem levar em consideração, até agora, a perturbação que pode ocasionar na conduta dos indivíduos o

34. — Ver: E. NOVOA MONREAL, *Les délits de mise en danger*, publicado na *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1969, Ns. 1-2, p. 323, onde se expressa que como consequência do desenvolvimento social sobrevivem um aumento dos delitos de perigo. Por seu turno, F. ANTOLISEI, *Manual de Derecho Penal*, Parte General, tradução de J. del Rosal e A. Torio, UTEHA, Buenos Aires, 1960, sustenta que o direito não pode ser entendido somente como um mecanismo de limites e freios à liberdade dos indivíduos, pois, possui “uma missão organizadora e propulsora, enquanto cria organismos de diversas classes e promove o desenvolvimento da vida social... desenvolve uma ação eminentemente ativa que se orienta para transformar as condições de vida e, ainda, a consciência do povo para assegurar o seu progresso e dirigi-lo, frequentemente, para certas finalidades”. Pelas razões que demos, em outro local, somente concordamos com ANTOLISEI em que o direito serve de instrumento a essa missão organizadora e ativa, pois, a nosso juízo, a orientação dessa missão corresponde à política. O direito apenas serve a esta.

tipo de vida do mundo desenvolvido, tão sujeito a tensões e a conflitos de todo gênero. O que, sem dúvida, haverá de se esperar é que se realize uma rigorosa seleção dentro do catálogo penal vigente, para não deixar dentro dele, senão os atentados sociais de maior relevo.

7. Direito Penal, Criminologia e Ciências da Conduta

Uma das funções mais importantes que assume a sociedade moderna é a de impedir a realização, em seu seio, de fatos puníveis. Ante os questionamentos, cada vez mais decisivos, que se opõem ao direito penal, tanto do ponto de vista de princípios e métodos, como daquele da eficácia prática de suas tradicionais medidas de reação social, podemos voltar-lhe as costas e resolver com a simples ajuda de conhecimentos criminológicos aquela função?

Porque se a criminologia agrupa, de forma multi e interdisciplinar, todos os conhecimentos relativos à descrição, etiologia e tratamento terapêutico da delinquência e dos demais comportamentos desviados, considerados como fenômenos individuais e sociais; se estão dentro de sua área o diagnóstico e o prognóstico necessários para escolher uma terapêutica adequada, para o controle e a aplicação desta e para a determinação do momento em que ela não atua mais ou já cumpriu o seu efeito; se ela chega, até, a determinar as medidas sociais mais apropriadas para a prevenção do delito, tratamento da delinquência e, também, as convenientes modificações das atitudes dos membros da comunidade social frente aos valores essenciais que inspiram a organização desta; então, seu objetivo não pode ser mais amplo e parece bastar para organizar e levar adiante, por si só, a luta contra a criminalidade (35).

Não obstante, uma velha questão volta a propor-se: é o direito penal o que determina o conceito de delito.

35. — A amplitude de matérias que pode tratar a criminologia não a converte numa “superciência”, mas, sim, é consequência do aproveitamento coordenado e comparado que ela faz de contribuições de numerosas disciplinas, muito variadas, que entre outros de seus objetos, também, se ocupam de aspectos concernentes do delito. Cf. JEAN PINATEL, *Criminologia* (tomo III, do *Traité de Droit Pénal et de Criminologie*, de P. BOUZAT e J. PINATEL, traduzido por X. Rodrigues), 2ª edição, Caracas, 1974, p. 63, HILDE KAUFMANN, *Kriminologie*, Ed. Kolhammer, Colonia 1971, e CARLOS A. TOZZINI, *La delimitación del objeto de la criminología*, publicado em N.P.P. Ano IV, Nº 7, julho-dezembro, 1975, p. 350-356.

THORSTEN SELLIN sustenta que as categorias da lei penal não podem satisfazer as exigências de um cientista social, por serem “de índole fortuita” e por não surgirem intrinsecamente da natureza do objeto, de seu estudo (36). Dito com outras palavras: a criminologia

parece carecer de objeto próprio, porque a delimitação deste, quanto ao fenômeno delitivo que deve estudar, há de vir emprestado do direito penal. E, como as normas jurídicas, incluindo, entre elas, as penais, são cambiantes e são modificadas ao ritmo em que se alteram os valores dos grupos dominantes, o delito de ontem pode ser, amanhã, um fato não punível e vice-versa. Isto significaria que a criminologia trabalha, com um objeto contingente e instável, que lhe vem de outro ramo, o que retiraria consistência científica aos seus trabalhos (37).

Isto incitou muitos esforços para encontrar um conceito substancial ou material do delito, que indique qual é o real conteúdo deste, com mais solidez e permanência, do que o conceito puramente formal que proporciona a dogmática penal (38). Pois, a dogmática mostra, como característica legal mais objetiva do delito, sua antijuridicidade, isto é, sua oposição às normas jurídicas vistas como em conjunto, normas que são essencialmente mutáveis.

Existem várias definições materiais de delito que poderiam ajudar à solução do problema. Por exemplo, F. GRISPIGNI diz que o delito é “a conduta que, a juízo das pessoas que, segundo o ordenamento jurídico, estão autorizadas a estabelecer as normas jurídicas, torna impossível ou põe em grave perigo a existência e a conservação da sociedade”,

Muitos criminólogos subestimam a dificuldade e pensam que proporcionar o conceito de delito é da competência do direito penal;

36. — THORSTEN SELLIN, *Culture, conflict and crime*, SSRIC, Bulletin 41, Nova York, 1938, p. 20.

37. — Foi para escapar a esta objeção, já formulada no século passado, que R. GAROFALO elaborou sua conhecida definição do “delito natural”.

38. — Cf. R. BERGALLI, *De la sociologia criminal a la sociologia de la conducta desviada*, publicado em N.P.P. Ano I, Nº 2, maio-agosto, 1972, p. 294. W. GALLAS, *La teoría del delito en el momento actual*, Bosch, Barcelona, 1959, p. 8, sustenta que a definição de delito se orienta para um conceito material.

pois, trata-se de matéria jurídica (39), pelo que toca ao criminólogo trabalhar sobre a realidade humana e social que recobre a noção legal. Mas, G. VASSALLI observa que nem todo ato que represente lesão ou que ponha em perigo um bem ou um interesse penalmente tutelado pode ser incluído na investigação criminológica, pois, os delitos políticos e outros em que a personalidade do autor determina um desinteresse da criminologia, escapam a ela.

Por outro lado, afirma, também, VASSALLI que compete à criminologia formular juízo, do seu ponto de vista, sobre os fatos que a lei considera como delito, podendo chegar, até, a censurar o legislador se considera, por exemplo, que a própria lei tem um efeito anti-social. Estas funções significariam que não está obrigada a aceitar de forma puramente passiva as qualificações de delito que faça a lei penal.

O problema ganha muito maior complexidade, ainda, se leva em consideração o campo que está acobertando uma importante tendência da criminologia atual, que é a anglo-saxônica, ao entender que corresponde a essa disciplina assenhorar-se do estudo geral do comportamento humano de índole anti-social. Daí, que essa corrente não trabalha exclusivamente com o delito. Muito menos interessada na filosofia do que a criminologia européia, a anglo-saxônica concentrou seus estudos em problemas mais particulares, com o que desenvolveu uma grande variedade de técnicas para a investigação empírica. Isto a deixou com especial aptidão para estender suas investigações até a área das condutas anti-sociais que, sem estar de conformidade com a média normal, não apareceu qualificadas legalmente como delituosas. Este novo enfoque significou um passo muito importante, pois vai desde a sociologia criminal até a sociologia da conduta desviante (40).

A conduta desviante é apresentada por esta tendência, como a violação das normas sociais. O único aspecto que permite identificá-la é a reação da sociedade e de seus agentes de controle social. Por conseguinte, a conduta desviante não emerge de uma qualidade inerente ao ato que a pessoa pratica, mas, sim, como consequência da aplicação de regras e de qualificações que outros fazem. Dito com outras palavras: tem a conduta desviante aquele a quem em juízo alheio, coloca uma etiqueta como tal (41). Isto importa em adotar uma posição quase diametral oposta a dos que procuram encontrar um conceito material de delito.

39. — É o caso de J. PINATEL (ob. cit., p. 76) e de C. TOZZINI (ob. cit., 351 e 354).

40. — R. BERGALLI, ob. cit., p. 270, 271, 284 e 285.

41. — R. BERGALLI, *Ibidem*, p. 289 — 290.

A necessidade de marcos mais precisos para essas idéias satisfaz M. B. CLINARD, exigindo para a conduta desviante, não somente um comportamento que se realize numa direção desaprovada, senão, também, em grau suficiente, que exceda à tolerância limite da comunidade, que impõe a regra. A conduta desviante não é — para ele — necessariamente “má”, “patológica” ou “anormal”. Sua presença poderia até significar que existe algum defeito sério na organização social. Por isso, é que a estabilidade de uma sociedade depende, em grande parte, do funcionamento de suas instituições e de sua habilidade para manter o controle social (42). A idéia de “controle social” adquire, assim, um relevo de primeiro plano.

Essa corrente, que imprime uma amplitude surpreendente às matérias com que, até agora, havia trabalhado a criminologia e que proporcionam sólidas bases para o desenvolvimento de categorias científicas novas, é chamada de “behaviorismo” ou sociologia da conduta desviante ou patologia social. E existe uma inclinação, bem perceptível, a unificar todos esses conhecimentos em uma única ciência, que se ocuparia da conduta ou do comportamento humanos, dentro da qual uma parte se ocuparia das normas de conduta ou etologia.

Preferimos nos estender sobre essas matérias, embora apresentemos somente aspectos muito parciais delas, para fazer ver as aceleradas mudanças que se estão produzindo em setores da criminologia, intimamente vinculados às matérias próprias do direito penal tradicional, com o fim de chamar a atenção para a indiferença ou para o atraso, com que os juristas os observam, apesar de terem eles uma gravitação decisiva para a organização da sociedade do futuro e mesmo para a sorte do direito penal.

O direito penal está em risco de ser deslocado. Sua base mais firme para se manter, se encontra, até agora, em sua exclusiva missão de tipificar formalmente as condutas socialmente danosas (entendemos que a seleção dessas condutas, do ponto de vista material, há de ser atribuída, principalmente, à Política Criminal) e em sua possibilidade de se ocupar da proteção da integridade física, da liberdade individual e da dignidade moral dos seres humanos ante excessos “técnicos” que se produzam a seu respeito por motivo de um tratamento. Pois, essas tarefas poderiam ser consideradas como algo que jamais deveria ser subtraído ao direito. Como recorda P.

42. — M. B. CLINARD, *Sociology of deviant behavior*, 3ª ed., Madison, 1968.

BOUZAT, são esses os valores que o direito penal pode opor a certas conclusões da criminologia ou, melhor dito, das ciências da conduta (43).

8. A Ciência Penal e Política

O direito carece de fins próprios, é somente instrumento ou meio através do qual o Estado, como organização social, dotada de poderes coativos, impõe determinada ordem dentro da sociedade. Esta ordem é configurada pela concepção política que fixam os grupos sociais e classes que dominam o Estado (44).

As idéias de que é o direito que tem por finalidade tornar possível uma plena realização humana, criando ou mantendo os pressupostos, as condições e o ambiente que permitam ao indivíduo o desenvolvimento na auto determinação de sua própria personalidade e de que é objeto da proteção do direito tudo o que ao homem é necessário, como exigência exterior de seu próprio desenvolvimento pessoal (45), além de transferir ao direito — simples instrumento — algo que é próprio da política, conduzem a uma especificação de “bens jurídicos”, como algo próprio do direito, embora no fundo se trate de valores políticos que se impõem a um sistema jurídico concreto em uma circunstância histórica determinada. A prova disso é que eles não são valores porque o legislador os proteja, mas, sim que este os protege “porque pré-positivamente são dignos de proteção” (46); logo, são claramente metajurídicos.

A doutrina dos bens jurídicos, de claro sabor iusnaturalista, na medida em que estes são considerados como valores anteriores e superiores ao direito legislado, pode ser aceita dentro da elaboração social teórica, se se atribui a esses bens seu verdadeiro caráter de valores emanados de uma forma concreta e histórica de conceber politicamente uma sociedade. Assim entendidos, não haveria inconveniente em considerar os bens jurídicos como uma pauta para o legislador, em geral e, como uma limitação para o legislador penal, em particular, na medida em que somente devem ser tipificadas co-

43. — P. BOUZAT, ob. cit., tomo I, p. 15.

44. — E. NOVOA MONREAL, *El derecho como obstáculo al cambio social*, antes citado, p. 82-89.

45. — Esta posição é sustentada por MICHEL MARX, *Zur Definition des Begriffs “Rechtsgut”*, Carl Heymanns Verlag, Colônia, 1972. É bastante manifesta a concepção individualista que está por traz dessa elaboração.

46. — Esta frase é de M. MARX, recém citado.

mo delitos, as condutas que lesionem ou exponham a perigo bens desta classe que são as únicas que verdadeiramente danificam o ordenamento exigido por uma sociedade determinada (47).

Com isso, devemos entender que o direito penal não nos proporciona pontos de apoio firmes em que fundamentar substancialmente um conceito de delito e que esses pontos de apoio devem ser procurados fora do direito penal, na política.

As afirmações dos condutivistas de que as condutas desviantes (conceito amplo, dentro do qual entram, também, os delitos) são criação dos indivíduos que estão na possibilidade de impor normas à sociedade, nos leva a meditar acerca de um tema que o marxismo desenvolveu desde o século passado: os delitos são erigidos legalmente, como tais, recebendo a censura social tão só porque afetam ou prejudicam os interesses daqueles indivíduos que estão em posição de classe dominante dentro da sociedade. Também nos deve fazer pensar a idéia que se deduz de CLINARD, acerca de que o grande incremento da criminalidade, bem se poderia explicar pela existência de graves defeitos na organização social em que vivemos.

Os juristas estão acostumados a contemplar o direito como algo que é, no mínimo, relativamente acabado e satisfatório. O que expusemos nos proporciona, contudo, vasta margem para reflexões. Quantas vezes a sociedade reprime quem, simplesmente, lhe atira ao rosto, explícita ou implicitamente, seus próprios defeitos? Não admitimos, muitas vezes, reprovações penais, que não expressam, senão, o interesse de grupos egoístas? Não realizam, muitos dos que têm de fato, o poder de impor normas aos demais, ações muito mais prejudiciais ao interesse geral do que as legalmente tipificadas, mas que não foram incluídas na lei penal, somente, porque a eles não convem? Que cota de responsabilidade tem a própria sociedade repressora na produção de muitos fatos criminosos?

Toda vez que se examina, detidamente, uma matéria como a que desenvolvemos, surgem dúvidas e dificuldades. O importante é não permanecer indiferente ante elas e aproveitá-las para deduzir

47. — A noção de bens jurídicos, no que pese haver-se originado nos começos do século passado, continua constituindo a base e o fundamento do injusto para muitos autores, entre eles, SCHMIDHAUSER. O parágrafo 2º, do Projeto Alternativo do Código Penal alemão consignava que as penas e as medidas "servem para a proteção dos bens jurídicos".

consequências positivas que nos permitam conhecer mais profundamente e melhorar, no possível, aquilo que constitui nosso afã científico.

A informação com que contamos, hoje em dia, como produto de estudos que tiveram seu mais completo desenvolvimento neste século, nos permite advertir que o problema da criminalidade não é um problema circunscrito ao direito penal; tampouco é, relativamente, àquelas que denominamos ciências penais. A eliminação dos fatos delituosos pressupõe muito mais do que isso.

Pressupõe, em primeiro lugar, uma sociedade organizada sobre bases justas e igualitárias, que, efetivamente, ajude a todos os homens que a compõem a alcançar seu mais completo desenvolvimento humano, no físico, no intelectual e no moral e a convertê-los em solidários entre si, sempre dispostos a dar à sociedade e aos demais, o melhor de suas capacidades. Pressupõe, também, que as altas decisões sociais estejam inspiradas no bem das grandes majorias e provenham delas; que não sirvam de escudo ou de proteção a interesses de pequenos grupos dominantes. Pressupõe, finalmente, que os casos criminais ou de conduta desviante que cheguem a realizar-se, apesar do cumprimento das duas exigências procedentes, sejam considerados como problema, que compromete toda a sociedade, sem que bastem para resolvê-lo as medidas repressivas; que não de ser encarados de todos os ângulos da vida social capazes de influir em sua eliminação para o futuro e que, para este fim, todos os homens e todas as organizações, sejam elas de trabalho, de solidariedade, de cooperação social ou de outra índole, haverão de prestar sua colaboração.

Somente uma sociedade que tenha clara consciência da responsabilidade que, a ela mesma, cabe na subsistência da criminalidade e que esteja disposta, com todos os seus meios de ajuda, de correção e de reeducação, a eliminá-la, será digna de alcançar a solução deste grave problema. Não importa se o faz com ou sem direito penal.

O ADVOGADO E A REALIDADE DO DIREITO PENAL (*)

Manoel Pedro Pimentel

Aqui compareci, hoje, atendendo a um honroso convite do Dr. Cid Vieira de Souza, ilustre Presidente da Secção de São Paulo da Ordem dos Advogados do Brasil, a fim de presidir à sessão de abertura do Iº Encontro dos Advogados Criminais do Estado de São Paulo. Estava, portanto, inteiramente despreparado para desempenhar a tarefa, que me foi cometida há poucos momentos, de substituir o conferencista, Dr. Serrano Neves, que não pôde comparecer por motivo de última hora.

Advogado criminal que sou, entendi não poder recusar a convocação, exatamente porque o improviso é um apanágio do criminalista. Peço, entretanto, dupla desculpa. Em primeiro lugar, porque os participantes deste Encontro ficarão privados de ouvir o brilhante orador que estava programado e, em segundo lugar, porque deverão aturar um improviso, no mais amplo sentido da palavra, pois não tive tempo nem mesmo para esboçar um roteiro da conferência que irei pronunciar.

Se, quando iniciei minha vida profissional, alguém pretendesse realizar um Encontro de Advogados Criminais no salão nobre da Faculdade de Direito de São Paulo, e afirmasse que estariam presentes mais de vinte pessoas, seria tomado por louco. No entanto, passados apenas 30 anos, estamos assistindo a esta esplêndida realidade, e constatando que o certame conseguiu lotar, praticamente, o salão.

(*) Conferência proferida na abertura do Iº Encontro dos Advogados Criminais, realizado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em 8 de dezembro de 1977.

Embora a advocacia criminal ainda seja considerada o ramo menos favorecido das atividades do bacharel em Direito, pois não oferece atração remuneratória, a verdade é que não existe outro setor em que se encontrem tantos motivos de gratificação pessoal para o advogado.

Sempre ouvi dos meus alunos, quando lhes indagava, no início de cada ano letivo, a respeito das suas preferências profissionais, a afirmativa de que sentiam grande atração pelo Direito Penal, sobretudo pelo seu manifesto lado humano, mas que infelizmente não se poderiam dedicar a advocacia criminal, porque não era compensadora, quanto aos honorários.

Esta colocação nos permite concluir que, na verdade, a advocacia criminal exige, para o seu exercício, uma grande dose de despreendimento e de paixão. Sem essa paixão, sobretudo, não há advogado criminal. A identificação com o cliente e com a causa passa a ser uma verdadeira necessidade, como que uma transferência, reclamando que o advogado viva efetivamente o drama judiciário de que participa, não como um objetivo manipulador, mas como um autêntico protagonista.

O advogado criminal que se limitar ao patrocínio da causa, conduzindo-se, embora, com exatidão e inteligência, não se completará jamais. Somente aquele que se dá por inteiro, colocando também o coração a serviço da causa, é que chegará a ser um verdadeiro advogado criminal. Lembro-me da expressiva brincadeira que um velho criminalista repetia ao fim de cada ano: "Neste ano pratiquei quinze homicídios, doze estelionatos, três peculatos, etc.", descrevendo os casos que patrocinara e com os quais se identificara de tal forma que lhe parecia ter, realmente, assumido a autoria dos delitos.

Se não for esta disposição do criminalista, certamente não chegará à meta efetivamente desejada. E talvez seja uma explicação para o fato de tão poucos escolherem este ramo da advocacia. Quantos encontraram abreviados seus dias de vida, por se manterem fiéis ao destino de servir sem reservas. E, quantos outros, mal granjeada a fama, que é mais facilmente conseguida pelo criminalista praticante, abandonam o campo, voltando-se para outras atividades mais rendosas, menos exigentes e menos cansativas, poupando-se de angústias e ansiedades. Poucos, muito poucos, são os que envelhecem na advocacia criminal.

Portanto, ver reunido neste plenário um número tão grande de interessados em um Encontro de Advogados Criminais já é, por si só, altamente estimulante, porque se aqui se encontram é, certamente, em razão, pelo menos, da expectativa de haurirem informa-

ções a respeito de temas e de problemas que se relacionam com o exercício da advocacia criminal. Isto nos consola e nos dá novas esperanças.

Foi pensando em tudo isso que, embora surpreendido com o convite, resolvi enfrentar esta dificuldade e, como advogado criminal, aceitar o desafio de improvisar.

O tema que me foi proposto está centrado na Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977, principalmente quanto aos motivos e fatos que a originaram. Nesse sentido, acredito, minha exposição poderá contribuir positivamente, pois estive intimamente ligado aos antecedentes e às razões determinantes da sua edição. Posso mesmo dizer, com certa ponta de orgulho, que esse diploma legal resultou de um trabalho iniciado em São Paulo.

No começo do ano de 1971, um grupo de estudiosos passou a preocupar-se sistematicamente com o crescimento da criminalidade e a impossibilidade de recolherem-se aos presídios todos os condenados. Faziam parte desse grupo os Drs. José Luiz Vicente de Azevedo Franceschini, José Rubens Prestes Barra, Francisco Papaterra Limongi Neto, Antônio Carlos Penteado de Moraes, Diwaldo Azevedo Sampaio e este orador. Das demoradas trocas de idéias, baseadas principalmente no texto de uma tese apresentada ao II Congresso Paulista do Ministério Público, pelos Drs. Francisco Papaterra Limongi Neto e Antônio Carlos Penteado de Moraes, resultou uma posição firme dos participantes do grupo, no sentido de que o principal problema do sistema penal residia no fato de existir um grande número de condenações a pena de prisão e total incapacidade de recolhimento dos condenados aos presídios em funcionamento.

Preocupado com o problema, o então Secretário da Justiça, Prof. Hely Lopes Meirelles, homem de rara inteligência e aguçada sensibilidade, manteve entendimentos com o grupo, outorgando-lhe o encargo de buscar soluções factíveis. Foi assim que, credenciados pelo Secretário da Justiça de São Paulo, compareceram como seus representantes à reunião dos Secretários da Justiça, realizada em março de 1971 em Nova Friburgo, os Drs. Francisco Papaterra Limongi Neto, Azevedo Franceschini e Diwaldo Azevedo Sampaio. Levavam de São Paulo, então, a primeira colocação a respeito do problema, já muito debatido entre nós, no sentido de que o Código Penal de 1969 não enfrentava corretamente a questão, nem ao menos a equacionava racionalmente, acrescentando que deveriam ser promovidas urgentes modificações no Código Penal de 1940, visando à alteração da filosofia penal vigente.

A nova filosofia radicava-se no entendimento de que a pena de prisão deveria ser reservada para os criminosos portadores de periculosidade. Era a idéia que dominara o Congresso realizado pela ONU em 1970, em Kioto, Japão, para a prevenção do crime e tratamento do delinquente. Era preciso estabelecer um divisor de águas, para aferir quem deveria ficar preso e quem poderia ficar solto. Admitia-se, como certo, o princípio, hoje muito difundido, de que a prisão fechada não serve para alcançar o duplo objetivo formal a que se propõe: punir e recuperar.

Se se quiser dar um tratamento correto ao problema, não é possível aceitar o binômio, pois seus termos se repelem. Há uma ambiguidade, uma aporia intransponível porque, na realidade, se pretendemos punir, não podemos, no mesmo passo, recuperar.

Essa preocupação, portanto, conduzia à constatação de que a prisão fechada está com os seus dias contados. Os mais recentes trabalhos, dos maiores especialistas no assunto, reconhecem que ainda não existe uma visão clara do futuro, mas há uma convicção autorizada de que a prisão fechada não apenas não recupera, como corrompe. A razão principal disso é que a natureza do sistema — independentemente das pessoas, da falta de recursos humanos, da falta de terapêutas, da falta de recursos materiais — não permite a recuperação.

Ainda recentemente li um trabalho que relata as conclusões a que chegou Norman Carlson, encarregado do "Bureau Federal para as prisões", dos Estados Unidos da América, no sentido de que a prisão fechada não serve para promover a recuperação do sentenciado, pois o erro não está nas pessoas, mas no sistema. Por isso, certamente deverá ser abandonada a idéia de se utilizar a prisão fechada como meio de regeneração do delinquente.

O sistema de segurança prisional não pode funcionar de outra maneira, mas funcionando como funciona é inadequado para o esforço de recuperação e de ressocialização do condenado. Não se trata de falta de funcionários, de terapêutica ou de recursos materiais. Não. O erro é do sistema, contraditório em si mesmo, pois até nos países onde se gastam generosas verbas, a exemplo da Suécia e dos Estados Unidos da América, é muito alto o índice de reincidência.

Basta ver que, no sistema de prisão fechada, ao mesmo tempo em que pretendemos dar ao prisioneiro um sentido de dignidade humana, essencial para a sua recuperação, na prática o submetemos a miúdas revistas, a constantes intervenções na sua privacidade, de tal sorte que ele se empobrece totalmente e se envilece, pois é despojado de qualquer sentimento de posse e de auto-respeito. A re-

vista é necessária para a segurança do sistema fechado, mas os seus efeitos são altamente contrários àquele sentido de dignidade que desejamos dar ao homem encarcerado, uma vez que, na verdade, nada há de mais indigno do que um preso que se vê jogado em uma penitenciária, sem direito à privacidade, à propriedade, e cuja individualidade deve estar permanentemente franqueada à intromissão da autoridade.

Mesmo reconhecendo tudo isso, não há como abolir-se a revista das prisões de segurança máxima, o que também acontece com o espírito de iniciativa que se deseja conferir ao interno, mas que é constantemente cerceado por minuciosas regras, legais ou regulamentares, de conduta. Da mesma forma nos comportamos quanto ao sentimento de solidariedade humana, que desejamos despertar no detento, mas que impedimos que se exercite, porque cuidamos, em nome da segurança do presídio, para que o preso não se solidarize uns com os outros, não se agrupem, e não reivindiquem coletivamente. A associação de prisioneiros dentro de um presídio de segurança máxima é vista como absolutamente indesejável.

Outros exemplos de contradição entre os objetivos da recuperação e os mecanismos próprios do sistema poderiam ser dados, mas basta, por brevidade, o que ficou dito.

Se pretendemos ver a prisão de segurança máxima como instrumental adequado para a dupla finalidade colocada pela lei — punir e recuperar —, estamos completamente enganados, não só pelas razões apontadas, mas também pelo seguinte: o preso, para sobreviver, deve aprender, com a rapidez possível, as regras informais da vida carcerária e assimilar adequadamente os valores predominantes na sociedade prisional.

Ao contrário do que muitos pensam, a prisão não é uma miniatura do mundo livre. A sociedade prisional não é um núcleo reduzido da sociedade livre. O mundo da prisão é típico, estruturado de modo muito específico, regido por regras bem definidas e ostentando sua escala de valores. Trata-se, enfim, de uma comunidade com feições próprias e que difere essencialmente da sociedade livre, até no modo de falar. Existem, na hierarquia, categorias sociais diversas, padrões de conduta diferenciados, objetivos definidos. O respeito e a admiração são endereçados a valores totalmente diversos dos que predominam na sociedade livre convencional.

Portanto, as regras formais e oficiais existentes no presídio funcionam apenas relativamente às relações entre os presos e a direção do presídio ou seus representantes (guardas, mestres, terapêutas, administradores, etc.), mas não regem as relações entre os pre-

sos, na convivência diária do mundo interno da prisão, que se converte em uma verdadeira subcultura. A consequência inafastável é esta: o preso aprende que é mais importante assimilar as regras de convivência do grupo do que aprender as normas de comportamento aprovadas pela sociedade livre, à qual ele não pertence. São mais importantes para ele, entre outras, as chamadas "lei do cão" e "lei do silêncio"; mais importantes para ele são os princípios da não delação, da divisão de ganhos, da intransigência e da hostilidade a qualquer tipo de autoridade oficial.

Dois exemplos tornaram bem claro para mim este conceito. O primeiro deles aconteceu durante uma partida de futebol, jogada entre presos de dois pavilhões da Casa de Detenção, durante um campeonato interno. Num determinado momento, o árbitro apontou uma falta, decisão que não agradou a uma das torcidas. A reação normal se fez sentir, manifestando-se os torcedores contra o árbitro, aos gritos. Porém, o que é muito revelador, ao invés de chamá-lo de "juiz ladrão", apodaram-no de "juiz 'tira' senvergonha", numa clara alusão ao valor negativo representado pela polícia. Impressiona esta explosão, num momento emocional, porque trai o condicionamento do valor negativo, expresso não como um gracejo, mas como um sentimento profundo.

O outro exemplo: um delinquente, multi-reincidente, voltou à Casa de Detenção depois de um curto período de liberdade. Querendo estimulá-lo à recuperação, o Diretor mandou colocá-lo no Pavilhão-2, que é o local onde moram os presos de melhor comportamento e os que colaboram com a administração do presídio. No segundo dia de permanência naquele pavilhão, o referido preso provocou uma briga e surrou um companheiro. Conduzido à presença do Diretor, confessou que assim agira para poder falar com ele, pois desejava a sua transferência para o pavilhão onde estavam recolhidos os presos reincidentes, dizendo que o Diretor bem sabia que ela era bandido e que não aceitava ficar entre os presos "bonzinhos", pois isto o diminuía aos olhos dos seus amigos, bandidos como ele. E ameaçou continuar surrando companheiros, todos os dias, até que fosse removido para o "fundão", onde moravam seus amigos.

Estes exemplos tornam bastante compreensível a inversão de valores e o estabelecimento de padrões de conduta inteiramente diversos dos vigentes na sociedade livre. Não é um postulado superficial, mas algo substancial, atuando contra todos os esforços realizados com o objetivo de modificar a personalidade do sentenciado e tornando-os estéreis.

O que ficou dito, porém, não é tudo. Sabemos que é frequente o caso de um preso que, tendo cumprido uma longa pena e posto

em liberdade, meses depois volta a cometer crimes e é de novo recolhido a um presídio. Nunca houve reação da opinião pública ou da imprensa, clamando pela punição do Diretor do presídio que, tendo sob sua custódia esse sentenciado, não o recuperou. Nunca se exigiu a instauração de um inquérito para apurar a responsabilidade desse diretor que, tendo o preso à sua disposição durante cinco ou dez anos, não o regenerou.

Mas, se houver uma fuga, apenas, de um presídio de segurança máxima, o mundo desaba. A imprensa clama, temendo pela segurança da sociedade; as autoridades instauram imediatamente um inquérito administrativo para saber de quem foi a culpa, a opinião pública se mostra inquieta e exigente, porque passa a duvidar da segurança do sistema. Na verdade, é mais importante que um preso não fuja, do que seja recuperado.

A consequência disso, também aqui, é desastrosa. Os diretores de presídio passam a dar mais importância à segurança e à disciplina do presídio, do que à tarefa de recuperação dos sentenciados. Se um preso necessitar de um tratamento especial, preconizado pelo psicólogo do presídio, o diretor nega o regime excepcional, porque isso traria reflexos na disciplina da prisão; se um preso praticar uma falta, deve ficar recolhido à cela, ficando privado das aulas ou do trabalho; se dois presos brigarem, ambos devem ser punidos, sem se indagar quem é o culpado, porque assim o exige a tradição de segurança do presídio. E assim por diante. As metas informais da prisão se sobrepõem às metas formais, por força do mecanismo do sistema.

Na mesma linha de raciocínio, há um outro dado que escapa constantemente ao observador desprevenido. Quando lidamos com situações perigosas, que podem eclodir em rebelião quando menos se espera, há uma ansiosa expectativa de que o equilíbrio instável não seja quebrado. Isso acontece, precisamente, no sistema de segurança máxima das prisões. O Governador do Estado espera que o Secretário da Justiça cuide bem do problema, evitando acarretar-lhe dores de cabeça. O Secretário da Justiça confia em que o Diretor Geral do Departamento dos Institutos Penais do Estado esteja sempre atento, a fim de impedir que surjam complicações na área das prisões; o Diretor-Geral espera o mesmo dos Diretores dos Institutos isolados; estes desejam que os funcionários administrativos e os terapeutas cuidem atentamente de tudo, afastando possíveis desajustamentos; os funcionários e terapeutas, por sua vez, esperam o mesmo dos guardas de presídio; estes, afinal, mantêm a expectativa de que os presos não venham a lhes dar trabalho com questões disciplinares. Então, é fácil concluir, a chave da tranquilidade dos presídios está na mão dos presos.

São os presos que, em última análise, ditam as normas da tranqüilidade da prisão, queiramos ou não. Constatei, pessoalmente, esta realidade. Quando iniciei os primeiros movimentos tendentes a introduzir algumas modificações no sistema carcerário, ouvi as advertências dos diretores já integrados no trabalho, ponderando que deveríamos agir com cautela porque os presos poderiam não gostar das novidades e, então, teríamos problemas disciplinares. Lembra-vam, para argumentar, que em outras oportunidades se tentara isto ou aquilo e que os presos reagiram negativamente, criando situações graves de indisciplina.

Constata-se, assim, que apesar de toda a aparência de força do regime prisional, a sistema não passa de uma frágil estrutura, mantida à custa de transigências e de cuidados, pois os verdadeiros senhores, absolutos e autoritários, são os presos. Ao contrário do que muitos pensam, a disciplina é uma resultante da compensação de forças e do encontro de interesses recíprocos, avençados tacitamente entre os presos e a Administração.

Por tudo o que foi dito é que podemos afirmar que a prisão tem os seus dias contados. Cumpriu já a sua tarefa histórica. Não sabemos ainda o que virá em seu lugar. Mas haverá mudança. Roberto Lyra, no título de um dos seus livros, perguntou: "O que virá depois das prisões?". Mariano Ruiz Funes também tratou do assunto, em livro célebre, desenvolvendo percuciente análise a respeito do que chamou "a crise da prisão", assunto por ele versado, aqui mesmo nesta Faculdade, quando proferiu memorável conferência no ano de 1947.

Muitas tentativas foram feitas, e ainda se fazem, procurando compatibilizar as metas incongruentes que se assinalam à prisão fechada. Antes de assumir a Secretaria da Justiça fizemos também uma experiência, que parecia encontrar fundamento em conhecida teoria científica. Acabava de ler alguns trabalhos sobre o "behaviorismo", fulcro do pensamento exposto na obra de Skinner, notável psicólogo norte-americano. Segundo as conclusões a que eu chegara, o método da aproximação sucessiva poderia dar bons resultados quanto à mudança do comportamento de presidiários porque, sem se chegar aos excessos descritos no livro "A laranja mecânica", seria possível o reconhecimento da personalidade do delinqüente, através da modificação do seu repertório de respostas, feita de dentro para fora.

Apoiavam minhas conclusões os relatos sobre a modificação de comportamento de soldados norte-americanos, feitos prisioneiros durante a guerra na Coréia, e submetidos a tratamento pelos chi-

neses que dirigiam os campos de recolhimento. Um dos trabalhos que lera mostrava a mudança de comportamento dos soldados, treinados para combater o comunismo, e que, em poucos meses, passavam a escrever artigos e a compor desenhos inteiramente hostis à política norte-americana e bastante simpáticos à ideologia comunista.

O fato tornou-se alarmante quando surgiu na Síria, na Índia, na Indonésia e no Paquistão, fartamente distribuído através de reproduções, o trabalho de um prisioneiro, que assinava o nome suposto de John Smith, U.S. Army, representando um mapa da Coreia, tendo sobre ele cravada as unhas sangrentas de uma águia, que aludia claramente à águia americana, pois a sua cabeça era substituída pela cabeça do Presidente Truman, tudo figurando sobre um fundo que representava o símbolo da "Standard Oil".

Segundo o autor do artigo em que esse fato foi relatado, o Pentágono mostrou-se extremamente preocupado, acreditando que os prisioneiros norte-americanos estariam sofrendo processos de lavagem cerebral ou, o que seria pior, dolorosas e insuportáveis torturas chinesas.

Após a troca de prisioneiros em Pamujon, os primeiros repatriados foram interrogados minuciosamente por psiquiatras militares e civis. Constatou-se, então, que não haviam sido torturados ou cruelmente castigados, nem sofreram insuportáveis privações de alimentos ou privações capazes de "quebrar-lhes" o moral. Depois de ouvir os relatos desses prisioneiros, concluíram que haviam sido submetidos às técnicas da psicologia operante, através do sistema de aproximação sucessiva. Este método consiste, basicamente, no seguinte: cada resposta favorável, quanto à mudança de atitude ou de modo de comportar-se, é premiada; cada resposta negativa é punida com uma restrição. Ao cabo de algum tempo o repertório de respostas do sujeito se altera, sem que ele tenha plena consciência da sua participação no processo.

Pareceu-nos, então, que o mesmo método poderia ser aplicado com sucesso nas prisões, obtendo-se, assim, modificações de comportamento dos criminosos. Pedi, na condição de professor universitário, a colaboração de um grupo de jovens integrantes da primeira turma de psicólogos experimentais da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Interessadas em realizar a experiência, prontificaram-se a prestar colaboração como voluntárias, e iniciaram o trabalho de campo no âmbito da Penitenciária Feminina da Capital.

Passados alguns meses recebi um relatório elaborado pelo grupo, no qual expunham suas conclusões. Segundo as observações

feitas, o método não era adequado para a modificação do comportamento essencial do preso. Era possível, sim, mudar aquilo que estivesse relacionado com o ambiente da prisão: se o preso cuspi no chão, não faria mais isso; se tinha o hábito de comer com a mão, deixaria de fazê-lo, e assim por diante. Mas, nenhuma grantia havia de que fosse possível extinguir o comportamento criminoso, pois não havia como fazer aproximações sucessivas concretas da conduta livre, no ambiente da prisão. Em uma palavra, não era possível treinar um homem preso para viver em liberdade. Não existe maneira de criar, na prisão, um ambiente de liberdade, de modo a permitir a experiência autêntica, e não artificial, de liberdade, única forma de se atingir a desejada substituição do repertório de respostas do sujeito.

Esta conclusão, a que chegamos sem custosas pesquisas e sofisticados programas, foi a mesma a que aportaram as autoridades científicas norte-americanas, que empregaram vultosos recursos para empreender a mesma investigação. Somente um projeto, denominado **Patuxent**, em Maryland, desenvolvido durante 16 anos, custou 40 milhões de dólares, apresentando resultado positivo apenas relativamente a 97 dos 2.297 prisioneiros tratados.

Por outro lado, técnicas de intervenção mais direta, como o uso de choques elétricos e drogas, foram condenadas amplamente pelos Tribunais norte-americanos, sobretudo em virtude da ação vigilante da União das Liberdades Cíveis Americanas (ACLU), sendo certo que o caso **Patuxent** chegou à Suprema Corte, onde a decisão foi também contrária à poderosa tecnologia comportamental.

Mesmo quando recorreram aos voluntários, os experimentadores não tiveram êxito. Um advogado representou contra esse tipo de tratamento, alegando que na prisão não é possível falar-se em voluntários, pois a simples circunstância de se tratar de um homem preso já lhe retira toda a capacidade de decidir por si. Outras comprovações existiram de que foram empregados métodos de sedução, com promessas de benefícios e de recompensas, para aqueles que se apresentassem como voluntários para as experiências. Por essas razões, os Tribunais rejeitaram as propostas dos controladores do comportamento e vetaram os programas.

Aqui não se chegou a esse ponto. Sem traumas, sem despesas, concluímos que o método não funciona em relação ao objetivo de regenerar criminosos, quando aplicado dentro da prisão. E, é bom que se registre, nossa experiência foi feita de modo original, pois desconhecíamos inteiramente os projetos e programas norte-americanos, muito pouco divulgados entre nós àquela época, ou seja, em 1973.

Afastada essa possibilidade, concentramos nossa atenção no trabalho endereçado à reforma do sistema de penas, iniciado, como dissemos, em 1971. Naquele ano, no mesmo dia em que se realizava a abertura da reunião de Nova Friburgo, proferi a aula magna inicial dos cursos jurídicos, subordinando-a ao tema "A Reforma Penal", na qual expus exatamente as mesmas idéias que estavam sendo colocadas pelos nossos representantes em Nova Friburgo. A partir de então, em Congressos, Seminários, palestras, conferências, ciclos de estudos, aulas em todos os Estados da Federação onde estivemos, fizemos a pregação das novas metas, resumindo nossa campanha em alcançar uma significativa alteração no sistema de penas, segundo o postulado: — a prisão fechada deve ser reservada para quem precisa dela.

Custou-nos algum esforço de paciente proselitismo a vitória da idéia. Mas, apesar de algumas oposições e resistências, o grupo concluiu, em 1973, um trabalho sistemático, em forma de anteprojeto de lei, contendo a proposta de substituição de todo o título V do Código Penal de 1969. Esse anteprojeto foi encaminhado ao então Ministro da Justiça, Professor Alfredo Buzaid, que determinou estudos a respeito, estudos que não chegaram a ser concluídos pela sua assessoria.

Foi nessa ocasião que o Senador Franco Montoro tomou conhecimento, acidentalmente, do trabalho e manifestou o desejo de apresentá-lo, primeiro como projeto de lei e posteriormente como emenda substitutiva, quando da discussão do Código Penal de 1969 no Congresso. Também o relator do Projeto, Senador Accioly Filho, mediante gestões do Senador Franco Montoro, interessou-se pela matéria, concordando em vir a São Paulo para debater o assunto com o nosso grupo. Através da ação desses parlamentares, algumas das nossas idéias conseguiram aparecer na lei que reformulou o Código Penal de 1969, editada em fins de dezembro de 1973.

Todavia, como esse Código não entrou em vigor, as medidas ficaram sem efeito. Ao assumir a Secretaria da Justiça do Estado de São Paulo, entendi que deveria propor ao Governador do Estado um engajamento oficial nessa luta, pois um novo sistema de penas muito contribuiria para a solução do problema da superlotação dos presídios. Foi assim que o assunto chegou ao nível de interesse do Governo estadual. Por decreto do mês de abril de 1975, o Governador Paulo Egydio Martins constituía um Grupo de Trabalho, do qual participavam todos os especialistas já referidos; e mais os Professores João Bernardino Gonzaga e Dirceu de Mello.

Em 90 dias, prazo consignado, foi elaborado o anteprojeto de lei, entregue ao Governador em reunião a que compareceram todos

os integrantes do Grupo de Trabalho. Determinou-me, então, o Governador, que entregasse pessoalmente o anteprojeto ao Senhor Ministro da Justiça, missão que cumpri no dia 26 de julho de 1975, em audiência que me foi concedida pelo Senhor Ministro Armando Falcão. Basicamente, nossa proposta incluía o seguinte: em primeiro lugar, fossem admitidas outras modalidades de penas, erigindo-se à categoria de penas principais algumas formas de penas acessórias; fossem instituídas expressamente a prisão albergue e a prisão domiciliar; possibilidade de autorização para o preso trabalhar e estudar fora do presídio; concessão do "sursis" à pena de reclusão; redução do prazo para o livramento condicional; prescrição da reincidência, além de outras medidas com o objetivo de possibilitar tratamento penal diferenciado ao preso sem periculosidade.

Após estudos realizados no Ministério da Justiça, para os quais muito contribuíram os nossos companheiros do Grupo de Trabalho, já agora auxiliados também pelos Drs. Dante Busana e Aldo Almeida Prado de Magalhães, assistentes-técnicos do meu Gabinete, a matéria foi encaminhada ao Congresso Nacional, resultando na edição da Lei nº 6.416, de 24 de maio de 1977.

Desde julho de 1975, entretanto, nos dedicávamos com especial interesse a uma campanha para incentivar a implantação de "Casas do Albergado" no Estado de São Paulo, com uma ampla conotação da comunidade, principalmente através das Lojas Maçônicas, Clubes de Serviço, Igrejas Católica e Evangélicas, União das Sociedades Espíritas, Sociedades de Amigos de Bairros, e outras.

Acredito, sinceramente, na recuperação do delinqüente. Entendo, muito particularmente, que é possível, com os conhecimentos que hoje temos, recuperar 90% dos sentenciados. Na verdade, 10% dos internos são portadores de deficiências que dificilmente reagem aos métodos de tratamento comumente empregados. Em relação a estes seria necessário adotar medidas mais sofisticadas, impossíveis de viabilizar no estágio atual do sistema penitenciário.

Mas, a grande massa é composta de recuperáveis. E o modo mais rápido e eficiente de tratá-los, desde que não estejam em estágio de periculosidade, é colocá-los em contato com a liberdade. Atualmente nos esforçamos para tornar clara a idéia de que o delinqüente deve ficar recolhido a uma prisão fechada o mínimo possível. Defendemos o entendimento de que o livramento condicional não deve depender de uma quantidade de pena fixa cumprida, mas deve ser concedido logo que haja manifestação favorável de uma Junta Técnica Interdisciplinar.

É sabido que o interno atinge um ponto ideal de recuperação, coincidindo ou não, esse momento, com o prazo legal do cumprimento de determinada quantidade de pena. Hoje perdemos inúmeros casos de recuperação porque a lei fixa um "quantum" de pena para que se conceda a liberdade condicional. Acontece que muitas vezes o sentenciado alcança o ponto ótimo de recuperação e anseia pela oportunidade de voltar ao convívio social, motivado para mudar de vida, mas ainda não cumpriu a metade da pena — se primário — para obter o livramento condicional. Deve continuar preso, sem outra razão além da obrigação de cumprir o tempo de prisão fixado pela lei. A partir desse momento, sobre ser inútil, a prisão operará efeitos deletérios e o interno regride.

A adoção de uma nova sistemática, nos termos em que preconizamos, possibilitaria não só aproveitar o momento exato em que a terapia penal atingiu o seu ponto máximo, como também aumentar a rotatividade das vagas nas prisões, aproveitando-as melhor e destinando-as a quem delas realmente necessita. A concessão da liberdade condicional, ou a passagem do sentenciado para a prisão albergue ou para a prisão domiciliar, levando o restante da pena como uma advertência, seria altamente aconselhável, independentemente do tempo da pena ainda a cumprir.

Voltando à Lei nº 6.416, podemos afirmar que trouxe reais benefícios, já plenamente sentidos. Nosso indicador é a população carcerária da Casa de Detenção. Verificamos que, após a edição da referida lei, não aumentou mais o número de presos, que crescia à razão de 300 a 500 presos por ano. Ao contrário, a população carcerária decresceu, até a presente data, em números absolutos, de 100 detentos.

Mas, o maior benefício da nova legislação foi, sem dúvida nenhuma a institucionalização da prisão albergue. O condenado não perigoso, cuja pena seja igual ou inferior a 4 anos, pode gozar desde logo do benefício. Se condenado a mais de 4 e a menos de 8 anos, deverá cumprir um terço da pena, para alcançar o favor legal. Se a condenação for superior a 8 anos, cumprirá dois quintos da pena em outro regime, antes de beneficiar-se do albergamento.

Por que acredito na prisão albergue?

Acredito nela porque está cientificamente provada a sua eficácia. Não se trata, apenas, de um tipo de prisão que favorece economicamente o Estado, embora isso seja também muito importante. Cuida-se, sobretudo, da sua validade para favorecer a reintegração social do sentenciado. A esta conclusão cheguei metodicamente, re-

fletindo muito a respeito do problema da recuperação do delinqüente. Durante dois anos realizamos um ciclo de estudos na Universidade de São Paulo, coordenado pela CODAC, e que reuniu especialistas de vários Institutos. Foi o primeiro trabalho interdisciplinar realizado no gênero, por nossa iniciativa, visando a discutir o problema da responsabilidade do homem, à luz dos conhecimentos atuais de várias disciplinas, tais como a Psicologia, a Filosofia, a Psiquiatria, a Sociologia, a Biologia, a Física e o Direito.

Das colocações feitas pelos diversos professores que se manifestaram, examinando o problema desde o ângulo da sua especialidade, muitas respostas clarearam as questões discutidas. Para mim, particularmente, uma das mais importantes conclusões foi esta: a personalidade do criminoso é uma estrutura complexa de fatores. Os desdobramentos desta conceituação permitiu-se elaborar uma teoria, valendo-me de uma série de outras observações e juntando diversos ensinamentos. Assim é que concluí, acolhendo a opinião expressa por Norman Carlson, no sentido de que não sabemos muito a respeito das causas do crime e também da maneira de tratar o criminoso, que o crime é um fenômeno que não pode ser examinado segundo as leis da causalidade.

Lembrei-me, então, de um trabalho de Bertrand Russel que induzia à conclusão de que certos fenômenos somente podem ser examinados através de leis estatísticas e não das leis causais. Pareceu-me que o crime se inclui entre esses fenômenos. Na verdade, não é possível afirmar-se quais são as causas do crime. Mas, análises estatísticas permitem a identificação de alguns fatores que conduzem ao crime. Vamos exemplificar: considerando a população carcerária da Casa de Detenção como amostra suficiente, 6.500 presos, verificamos que 90% dos internos pertencem à classe mais humilde da sociedade, isto é, são pobres. Isto não nos autoriza a afirmar que a pobreza é causa de crime, pois há muitos pobres que não cometem crimes. Mas, se 90% dos criminosos provém da classe pobre, podemos concluir, seguramente, que a pobreza é um fator de crime. O mesmo se dirá, exemplificativamente, relativamente ao grau de instrução. Verificamos que 90% dos presos são analfabetos ou apenas têm instrução primária. Isto não nos autoriza a dizer que a ignorância é causa de crime, pois há muitos ignorantes que não praticam crimes. Todavia, o índice estatístico revela que, se 90% dos criminosos têm pouca instrução, a ignorância é, seguramente, fator de crime. E, assim por diante, poderíamos isolar outros fatores influentes na criminalidade.

Por outro lado, a confirmar que a pobreza é fator criminógeno relevante, aparece outro dado estatístico: 80% dos crimes que

levaram os sentenciados à Casa de Detenção se constitui de crimes contra o patrimônio, o que permite estabelecer uma relação muito nítida entre **pobreza-crime contra o patrimônio**.

Esta análise permitiu que chegássemos a uma outra conclusão, que nos parece também verdadeira, e que é muito importante para a enunciação teórica a que chegamos: a personalidade do delinqüente é uma estrutura complexa de fatores que se entrelaçam e que, num dado momento, eclode num comportamento social desviado.

Muitas personalidades criminosas existem que ainda não deflagaram um ato delituoso, mas estão prontas para fazê-lo assim que a oportunidade se apresente, ou assim que o apelo seja fortemente solicitante.

Ora, se não podemos tratar o criminoso através do exame do comportamento causal, poderemos certamente cuidar de conhecer a sua fatoração criminógena e, em seguida, anular os fatores convergentes. Alguns dos casos de recuperação conhecidos indicam que houve uma mudança dessa fatoração, causando a modificação da personalidade do delinqüente, de dentro para fora.

Entretanto, conduzir metodicamente o processo de anulação dos fatores é algo que dificilmente se consegue no âmbito da prisão fechada. Torna-se muito difícil, senão impossível, decompor a fatoração criminógena e reexperenciá-la no ambiente de repressão, no qual os fatores se tornam praticamente inoperantes, amortecidos. Embora o repertório de respostas do sentenciado se mantenha inalterado, não se oferece ocasião propícia para sua manifestação, por força do ambiente repressivo.

Não obstante, os crimes de homicídio e de lesões corporais acontecem, com certa regularidade, uma vez que, em certas circunstâncias, os fatores criminógenos presentes atuam mesmo no interior da prisão.

Concebemos, então, a teoria seguinte: para que possamos recuperar um delinqüente é preciso desfazer sua fatoração criminógena, decompondo e eliminando os fatores que construíram a estrutura complexa da sua personalidade. E concluímos também, isto somente pode ser processado no ambiente real de liberdade, através da reexperenciação do cotidiano, ensinando a repetição das ocasiões e das solicitações que ensejaram a formação da personalidade. Somente assim o sujeito pode dar uma resposta opcional nova, formada por ele, assumindo a responsabilidade de decidir. É evidente

ue esse processo não se viabiliza em uma prisão fechada, pela simples razão de que não podemos simular um ambiente de liberdade real dentro do presídio. Embora existam semelhanças formais com a vida livre, na prisão são essencialmente diversas as condições concretas. O trabalho é, geralmente, meramente uma ocupação. O local de trabalho fica distante apenas poucos metros das celas. A alimentação é fornecida ao preso sem que este deva realizar qualquer esforço para conseguí-la. Enfim, a prisão é repressiva e, contraditoriamente, paternalista.

É impossível, portanto, a reexperienciação do delinqüente encarcerado, quanto ao cotidiano do homem livre, simplesmente porque, por mais que se desejasse ensaiar um ambiente de verdadeira liberdade no presídio, jamais conseguiríamos tal objetivo. Se alguém quiser aprender a nadar, terá que mergulhar um dia na piscina. Por mais que se ensine teoricamente os movimentos da natação, por melhor que seja o instrutor, o aluno não conseguirá aprender a nadar e não concretizar a experiência dentro d'água.

Consoante expressão de um autor, muito citada, tentar treinar um homem preso para viver em liberdade, é o mesmo que treinar um atleta para uma corrida de cinco mil metros fazendo-o permanecer na cama durante os vinte dias que precedem à corrida. Se o sentenciado não fizer a experiência concreta de liberdade, não conseguirá exercitar-se pessoalmente para conseguir a reintegração social adequada.

Porque prestigiemos a "Casa do Albergado" ?

As razões são essas que acabamos de enumerar. E os resultados práticos já obtidos, consoante comprovação feita por uma pesquisa realizada pelo Instituto de Medicina Social e Criminologia de São Paulo, são muito convincentes. Enquanto que o índice de reincidência verificado entre egressos das prisões fechadas é da ordem de 67%, em dois anos de experiência das "Casas do Albergado" o número de reincidentes egressos deste sistema é de apenas 2%. O índice de abandono (não fugas, porque os albergados não estão custodiados contra a vontade) é da ordem de 11%, bastante inferior ao número de fugas ocorridas de prisões fechadas. Esta perda altamente compensadora, à luz do número de delinqüentes recuperados.

Tudo acontece favoravelmente apenas porque os sentenciados vivem a experiência de liberdade, sob o influxo de uma nova motivação (que no início se resume tão somente no interesse de não voltar para a prisão), e sob nova orientação e supervisão dos homens

livres que lhes deram a mão. Assim se forma um novo repertório de respostas, autêntico, não imposto, sem outras injunções que não aquelas vindas do próprio sujeito.

Vamos dar um exemplo simples: se ao sair do trabalho o albergado recebe o convite para ir a um bar, a fim de ingerir bebidas alcoólicas, coloca-se à sua frente um problema que lhe caberá resolver. Se aceitar o convite, sabe que poderá perder o benefício do albergue. Se recusar, supõe que decairá no conceito dos companheiros que o convidaram. Deve optar livremente. Geralmente tem acontecido que, por temor de perder o benefício e não por virtude, o albergado relutantemente recusa o convite. Esta resposta foi dada por ele, num momento de decisão, assumindo a responsabilidade do que decidiu. Em outras circunstâncias, dificilmente recusaria o convite e poderia embriagar-se, daí decorrendo todas as conseqüências criminosas. Agora, não.

Se a primeira recusa é difícil, a segunda é mais fácil, a terceira quase não exige esforço e no quarto dia os companheiros já não o convidam mais. Vencida esta batalha, uma nova resposta se instala. Ganhar a guerra dependerá de outras batalhas, nas quais o sujeito estará pessoalmente envolvido. Mas será ele mesmo o lutador interessado. Ao cabo de algum tempo, todos os fatores criminógenos terão sido submetidos a uma revisão e um novo repertório de respostas estará fixado, mudando completamente o comportamento do delinqüente. A recuperação e a reintegração social terão sido conseguidas por ele mesmo.

Estamos apenas no início dessa experiência nova. Mas os resultados são muito animadores, mostrando um caminho largo a ser trilhado. A tarefa não é fácil e depende, em grande parte, do apoio e da compreensão da comunidade. Se a sociedade entender que deve mudar a atitude tradicional, frente ao homem encarcerado, será possível mudar, também, a atitude deste frente à sociedade.

A criminalidade cresce de maneira assustadora. Os índices relacionados mostram que não se trata mais de simples crescimento do número absoluto de crimes, mas de um aumento do número relativo. Se havia uma relação constante entre o número de habitantes e o número de delitos, com crescimento proporcional de ambos, hoje constata-se que o número de crimes cresce mais do que o número de habitantes. Devemos encarar esse fato com seriedade e atenção.

Encontramo-nos em uma encruzilhada muito séria. A humanidade se desumaniza. Percebemos que o avanço tecnológico e o

aperfeiçoamento dos meios de ingerência na privacidade do homem estão convertendo em realidade a visão profética de Orwell! Tudo aquilo que Alvim Toffler previu em seu livro "O choque do futuro" está acontecendo com uma rapidez estonteante, e cada vez mais o homem se vê envolvido pelo risco de se **robotizar**, de se tornar apenas um número em meio a multidões despersonalizadas.

Não sei se nós estamos dando conta efetivamente da responsabilidade. Não sei se estamos conscientizados devidamente da nossa obrigação de atuarmos como agentes transformadores da realidade, ou se, ao contrário, por ignorância, por comodismo ou por covardia, estamos deixando que os acontecimentos nos arrastem inexoravelmente para o extermínio. A tecnologia imperante assume proporções alarmantes e caminha para a substituição do homem pela máquina. O homem deixa de ser um valor em si, para tornar-se, paulatinamente, um valor meio, uma função da pretendida sociedade do bem-estar.

Freqüentemente assistimos a cenas de descaso pelo homem que não interessa mais ao contexto operacional da técnica e da eficiência. Repete-se, com lamentável assiduidade, o drama exposto por Arthur Miller, na peça "A morte do caixeiro viajante", em que o sentimento de abandono, de solidão, de perda do valor pessoal, levou o personagem central à auto destruição.

E a maior tragédia reside no fato de que a alternativa para afastar essa ameaça parece tão pobre, tão desimportante, tão alienada, que tememos não seja levada a sério. A alternativa é a simplificação da vida, o retorno à humanidade do homem, à poesia, ao verde, ao encantamento do amor. A alternativa é a limpidez dos rios, a abundância das árvores, a pureza do ar, a oxigenação dos mares. A alternativa é não querer um desenvolvimento criminoso, é não desejar um progresso suicida, é querer mais vida, mais comunicação entre os homens, mais solidariedade.

Não sei se seremos capazes, nesse colossal conflito de valores, de convencer aqueles que estão conduzindo o processo a prestar mais atenção ao fato de que estamos nos desumanizando. E, neste passo, a responsabilidade do advogado criminal é muito grande, porque da sua atuação decidida, nos campos em que tem participação, depende o encaminhamento da questão. Estamos convencidos de que somente o Direito poderá contribuir decisivamente para a salvação da humanidade, contendo a maré montante da técnica e dos seus desviados valores, em favor dos bens supremos do homem.

E, nessa linha, importante papel cabe ao advogado criminal. Não se deixe encantar pelas sereias da tecnologia, que são adoradas

da técnica e da eficiência como fins em si mesmas. Ninguém, melhor do que o advogado criminal, pode ter sensibilidade para perceber o perigo que corremos, porque é ele quem está em contacto permanente com o homem e suas paixões, o homem que também é músculos, sangue, sentidos e espírito. Somente poucos, e entre eles o advogado criminal, podem pressentir o futuro que nos está ameaçando e que já consegue nos assustar.

Senhores, não exerçam a advocacia criminal simplesmente nos autos e nos pretórios. Não se limitem mais à defesa de um constituinte apenas. Subam mais um pouco. Levantem os olhos sobre o mundo e vejam o que está acontecendo à nossa volta, para que amanhã não sejamos acusados de omissão, se o homem, num futuro próximo, solitário e nostálgico de poesia, encontrar-se sentado no meio de um parque forrado com grama plástica, ouvindo cantar um sabiá eletrônico, pousado no galho de uma árvore de cimento armado.

PARA UMA CIÊNCIA CRÍTICA DO DIREITO PENAL (*)

FRANCISCO MUÑOZ CONDE

O panorama atual do Direito Penal apresenta-se dividido em duas grandes correntes ou tendências, às quais, simplificando um pouco, podemos denominar, criminológica e jurídico-dogmática.

A orientação criminológica ocupa-se do delito como fenômeno social e biopsicológico, analisando as suas causas e prevendo remédios para evitá-lo. A orientação jurídica estuda o delito como fenômeno jurídico regulado e previsto por normas jurídicas que devem ser interpretadas e aplicadas. A primeira orientação usa, em sua investigação, métodos sociológicos ou antropológicos, segundo o caráter social ou individual do seu enfoque e ambos conjuntamente. A orientação jurídica emprega um método técnico-jurídico ou dogmático que serve para interpretar e sistematizar as normas jurídi-

cas referentes ao delito e suas consequências.

A esta situação dualista, atualmente considerada como satisfatória, chegou-se após uma polémica que durou quase cem anos, e que perdura ainda entre os partidários de uma ou outra corrente.

A origem desta polémica remonta ao poderoso despertar das ciências sociais e naturais em meados do século XIX, a época do positivismo. Para esta corrente científica, a única atividade que merecia o qualificativo de ciência era a que se baseava na experiência e nos fatos incontesteáveis que podiam ser apreendidos com um método puramente causal ou explicativo. A atividade jurídica negava-se o caráter de ciência, justamente pela falta destas qualidades. Portanto, a consideração jurídica do delito devia ser substituída por uma sociológica ou antropológica, as únicas a garantir resultados seguros e autenticamente científicos. Surgiu assim uma nova ciência, a Criminologia, para o estudo científico do delito, como fenômeno social ou antropológico, como exclusão total dos seus aspectos jurídicos.

(*) Versão espanhola da comunicação apresentada em francês no Simpósio Internacional de Jovens Penalistas, realizado em Varna (Bulgária) em Maio de 1977. Tradução da Prof^a. Ester Kosovski.

Diante desse positivismo científico, surgiu concomitantemente um positivismo jurídico que, como reação, prescindiu das dimensões sociais e políticas do delito, alijando-as do seu âmbito e estudando o delito de um ponto de vista exclusivamente jurídico, com ajuda de um método também puramente jurídico

Já no século atual, o neokantismo, com a intenção de superar o conceito positivista de ciência, tratou de fundamentar o caráter científico da atividade jurídica, fazendo a distinção entre ciências da natureza e ciências do espírito. Tanto umas como outras, diziam os neokantianos, são ciências autênticas porque têm um objeto determinado e precisamente por isto diferem entre si. As ciências da natureza estudam o seu objeto, do ponto de vista causal ou explicativo e as ciências do espírito estudam-no, empregando um método compreensivo referente ao valor. A Ciência do Direito insere-se entre estas últimas porque nos seus esforços para conhecer o direito positivo, objeto da sua investigação, tem que acudir a uma valoração.

A influência dessa corrente filosófica na ciência do Direito Penal foi considerável e fez surgir um impacto muito benéfico, ao dividir o estudo do delito em duas vertentes distintas com o mesmo cunho científico: a causal explicativa, de um lado, e a compreensiva — axiológica, de outro. A Criminologia e a Dogmática ficavam assim perfeitamente delimitadas, sem se sujeitar uma à outra. Porém esta clarificação conceitual, tão necessária por outro lado, ao mesmo tempo pressupôs uma separação radical entre ambas as formas de considerar o delito. Daí em diante a Cri-

minologia e a Dogmática vão marcar cada uma por um caminho, sem relação entre si, como dois mundos distintos, inclusive falando idiomas diferentes. O divórcio entre o ser e o valor, entre as esferas ontológica e axiológica, conduziu a Ciência do Direito Penal a uma situação especial e paradoxal de que, pode ser certo do ponto de vista jurídico, o que é falso do ponto de vista criminológico e vice-versa.

Atualmente deseja-se superar de algum modo este pernicioso dualismo no qual incorreu a Ciência do Direito Penal. Não se trata agora de retornar a esse confucionismo conceitual entre Criminologia e Dogmática, do qual em boa hora se saiu, nem de ser absorvida uma ciência pela outra; o que se pretende é integrar ambas, conservando a autonomia de cada uma, numa visão totalizadora da realidade penal.

Nesta visão totalizadora da realidade penal, aparece como tarefa essencial e vivificadora a atitude crítica do penalista. Com a crítica, o penalista deixa de ser um mero instrumento a serviço do poder absoluto do Estado e se converte em um vigilante desse poder e do seu exercício. O penalista não só deve aceitar o Direito Penal, tal como é, como também e na medida em que o aceita, deve aceitá-lo para criticá-lo. Aceitar uma realidade, qualquer que seja, não quer dizer aceitá-la criticamente. A crítica supõe confrontar o objeto aceito e interpretado com o resto da realidade e nesta realidade entram também, certamente, outro tipo de considerações, políticas, sociais e psicológicas — além das puramente jurídicas, de que o penalista não pode prescindir.

A interpretação e sistematização do Direito Penal apresentam-no tal como é em determinado momento. Porém essa realidade jurídica pode não estar de acordo com determinados princípios ou com a finalidade atribuída à sua existência. O Direito Penal interpretado e sistematizado pode ser injusto, anti-democrático e prejudicial para a convivência; pode estar a serviço de uma minoria e atacar direitos fundamentais da maioria; pode impedir o progresso e o desenvolvimento das liberdades humanas; pode, enfim, ser um direito que não mereça sequer este nome. E apesar disso o penalista deve interpretá-lo, ordená-lo num sistema e procurar fazer dele um instrumento apto para regular justamente os problemas sociais. Mas estas intenções podem estar de antemão destinadas ao fracasso. A técnica jurídica, como qualquer outro tipo de técnica, tem as suas limitações e não pode converter o preto em branco nem evitar que assim seja.

Por isso a Ciência do Direito Penal, se não quer merecer o qualificativo de "reacionária", tem que ser também uma Ciência "crítica" do Direito Penal, obrigando-se à crítica do Direito Penal vigente do momento em que o aceita como objeto da sua investigação. Mas esta crítica não é uma fase posterior ou justaposta à atividade jurídica propriamente dita; conseqüentemente, não há que esperar a última fase para criticar o Direito Penal já interpretado e sistematizado. Se o desejo é de que a crítica seja útil também à praxis jurídica, deve-se utilizá-la também já na fase de interpretação e sistematização do Direito Penal, procurando que os seus resultados sejam os mais convenientes para uma convivência livre,

pacífica e democrática. Somente quando isto não se possa conseguir por via da interpretação e sistematização "críticas" do Direito Penal vigente, passa a crítica a cumprir uma função distinta de *lege ferenda*, procurando a reforma, a mudança ou a rutura com o Direito Penal anterior.

A dificuldade principal desta função crítica da Ciência do Direito Penal é a que apresentam as bases a partir das quais essa crítica tem que ser feita. O labor crítico supõe um distanciamento do objeto a criticar e a existência de um ponto de referência com o qual confrontá-lo

Normalmente, afirma-se que essa função crítica pode ser exercida, no âmbito do direito, a partir de duas vertentes: a jurídica, utilizando critérios que pertencem ao âmbito do objeto criticado e a política, que se apoia em critérios de ordem social. Ambos os procedimentos oferecem desvantagens: o primeiro, a de não distanciar-se suficientemente do objeto que vai ser criticado; o segundo a de distanciar-se demais, perdendo o contato com a realidade jurídica que se pretende criticar. O defeito do primeiro é incorrer num "juridicismo exacerbado", o segundo, o de cair em um "sociologismo" do fenômeno jurídico.

A solução está em combinar ambos os critérios, evitando os excessos unilaterais; para isto, o penalista, como qualquer cientista, tem que estabelecer a busca da verdade como totalidade e não como um saber parcial alheio a outras esferas do saber. A visão totalizadora da realidade é muito mais necessária na fase crítica do que em qualquer outra, porque só a partir da compreensão global de um fenômeno, se pode ter a perspec-

tiva necessária para apreendê-lo criticamente. Portanto, falar de bases jurídicas ou de bases políticas da crítica, implica numa espécie de divisão da realidade que unicamente pode ter como resultado a manipulação do penalista. É preciso conscientizar-se de que a realidade, como um todo que se possui, não pode ser dividida. O que pode ser objeto de divisão é o trabalho que recai sobre a realidade e a exposição, de efeitos clarificados, dessa realidade.

A divisão do trabalho não significa, entretanto, a divisão da realidade, que continua sendo a mesma para todos; nem as limitações do conhecimento humano para apreender a realidade como um todo eximem de pretender alcançá-la um dia.

Em resumo: É típico da atual Ciência do Direito Penal esquecer ou marginalizar os problemas políticos, econômicos e sociais em benefício dos puramente técnico-jurídicos ou dogmáticos. O penalista, diz-se, tem só que interpretar e sistematizar as leis penais vigentes; se estas leis são injustas, por exemplo, ou anti-democráticas, é algo, diz-se também, que não lhe compete. Produz-se assim uma espécie de esquizofrenia jurídica, podendo ser certo do ponto de vista jurídico o que é falso do ponto de vista político e vice-versa.

A consequência desta visão esquizoide da realidade é a manipulação do penalista, fazendo dele um simples tecnocrata do Direito, quando não, um instrumento ou um cúmplice da classe dominante.

Para escapar desta amadilha, é preciso apresentar os problemas jurídicos de um modo totalizador e consequente. As categorias jurídicas são

também categorias políticas e não meros silogismos para distrair a mente dos problemas reais. A crítica, já se afirmou, é a porta pela qual pode entrar essa visão totalizadora da realidade jurídica. Só através dela pode tornar-se realidade, também no âmbito de direito, a famosa tese XI de Marx sobre Feuerbach que vou repetir aqui com uma ligeira variante: "Os juristas até agora, só se ocuparam em interpretar o direito, mas o que é preciso fazer, é mudá-lo".

No que se refere ao Direito Penal, esta mudança é tanto mais necessária quanto o sistema penal repressivo atual, deixa, por inúmeras razões, bastante a desejar. As críticas que lhe são dirigidas ultimamente, vindas dos mais diferentes setores, são ao meu ver, absolutamente justificadas. A Política Penal seguida nos últimos anos por muitos países, vem-se caracterizando fundamentalmente por um aumento da dureza na repressão punitiva, que ameaça voltar aos tempos de uma política penal autoritária da qual parecia já se ter saído definitivamente.

Diante dessa situação, é preciso renunciar a uma proposição puramente jurista e considerar o Direito Penal por sua vez como parte e reflexo de um contexto social muito mais amplo. A mudança do Direito Penal supõe, com efeito, a mudança da situação política, econômica e social que o condicionam; somente tomando consciência dessa situação e denunciando-a, poder-se-á conseguir essa mudança algum dia.

Concretamente é necessário denunciar o abuso do Direito Penal por parte dos que têm o poder de ditar normas penais e de fazer com que sejam cumpridas. Isto acontece não

só quando em nome da moral e dos bons costumes se ataca o direito que todo o mundo tem de "ser diferente" como também quando se recorre ao sistema penal repressivo para perseguir e encarcerar a oposição política ou certos grupos de opinião contrária à dos detentores do poder. Neste sentido poder-se-ia falar de um autêntico Direito Penal terrorista que se caracteriza pela evidente desproporção e gravidade das penas impostas aos delinquentes políticos e, quando estas, apesar de tudo, não podem ser impostas, pela aplicação de sanções administrativas tão ou mais graves do que as puramente penais (prisão subsidiária por falta de pagamento de multas administrativas de elevada quantia, incapacidade para exercer

determinadas funções públicas, cancelamento de passaportes etc.). Igualmente é preciso denunciar a ausência de toda a função motivadora racional nas normas penais não só nos casos acima citados, como também quando as normas ditadas por grupos minoritários de pressão que manipulam o poder em seu benefício ou quando estas normas não estão em harmonia com o sistema geral de valores que prevalece no meio social.

Realmente o Direito Penal representa um papel secundário na prevenção do delito, porque não só a pena como o próprio conceito do delito está manipulado. Denunciar esta situação é também uma tarefa fundamental da **Ciência Crítica do Direito Penal**.

A PROSTITUIÇÃO EM PORTUGAL (*)

Nestes últimos dois anos, a delinquência aumentou muito em Portugal e por conseguinte também a prostituição aumentou.

A prostituição já não se faz apenas nos "bairros reservados", mas encontra-se em todos os bairros, nas avenidas, nos parques, nas auto-estradas e nos campos.

O número de bares e boites cresce rapidamente em todas as cidades. As prostitutas (algumas de 13 e 14 anos) têm grandes dificuldades económicas não só porque aumentou o seu número mas ainda porque os "clientes" pagam menos, visto o "poder de compra" no País vir a diminuir progressivamente.

Aquelas que decidiram deixar a prostituição, vêm-se obrigadas a recomeçar. Na maioria dos casos, os homens com quem elas vivem, não têm qualificação profissional, pelo que ou não têm um trabalho fixo ou são os primeiros a cair no desemprego.

A polícia exerce uma grande repressão. Depois de passarem alguns dias na prisão, as prostitutas saem sem que lhes seja proposta outra alternativa. Vêm-se assim obrigadas a levar a mesma vida.

(*) — Documento divulgado pelas Jornadas Internacionais por uma sociedade superando as dominações.

I. CAUSAS DA PROSTITUIÇÃO:

Causas Culturais:

A prostituição é um fenómeno cultural, como uma das soluções encontradas por uma determinada sociedade para os seus problemas de sobrevivência e adaptação. No que diz respeito ao comportamento dos indivíduos, essas soluções tornam-se modelos que orientam as suas necessidades de realização pessoal e afirmação social. Esses modelos de funcionamento tomam a força do costume e da lei, isto é, tornam-se condições necessárias para a integração social dos indivíduos.

Encontramos, portanto, na sociedade em que vivemos, modelos de comportamento que determinam a maneira de resolver as necessidades afetivas e sexuais que levam à relação homem-mulher. E a obediência a esses modelos dá o reconfortante sentimento de realização e afirmação social: são considerados verdadeiros homens e verdadeiras mulheres aqueles que seguem o "costume", as formas previstas e consentidas pela sociedade. São esses os fatores culturais que determinam o fenómeno da prostituição.

Ora o papel preponderante do homem nesta sociedade é um dos fato-

res culturais que marca as características que nela reflete a referida relação, em que o papel da mulher depende, como complemento, do modelo de afirmação social masculina.

Normalmente, o homem pretende afirmar-se socialmente pela respeitabilidade, sucesso profissional, capacidade de domínio ou virilidade. E as soluções propostas pela sociedade para essa realização exigem a separação em compartimentos mais ou menos estanques da personalidade, das necessidades humanas de trabalho (criatividade), de vida afetiva e sexual.

Assim, o casamento é a forma estabelecida pela sociedade que pretende proporcionar a realização duma ligação afetiva e sexual estável, onde se torna possível obter a afirmação social da respeitabilidade.

Mas a "instituição casamento" inclui o estabelecimento duma rotina, dum sentimento de obrigatoriedade e de propriedade decorrentes da imagem de "chefe de família", e desta como unidade base da sociedade, e portanto provoca uma falta de espontaneidade e de interesse pela relação homem-mulher como construção dinâmica. A necessidade de afirmação masculina não se esgota nesta forma cultural porque lhe falta a manifestação da tal capacidade de domínio sexual, que implica uma dimensão pública de "aventura" impossível no casamento conforme com o modelo estabelecido. Daí a necessidade de "escapes".

Paralelamente, o comportamento feminino tem também modelos propostos por esta sociedade no sentido de corresponderem aos vários níveis de afirmação masculina. E a compartimentação exigida por esta orga-

nização social, das dimensões da personalidade humana, traduz-se aqui não só por uma compartimentação da personalidade feminina mas também por uma divisão social das mulheres.

Para estas há por um lado as formas da realização que consistem em alinhar na satisfação das necessidades de respeitabilidade dos homens e por outro as que se traduzem na satisfação das necessidades de afirmação viril pelo domínio sexual.

Assim, há mulheres que optam pela respeitabilidade social e pretendem realizar-se como "boas esposas", "donas de casa" e "mães", sendo portanto marginalizadas em relação a toda a procura de aventura que o homem a quem se ligarem pretende realizar pela demonstração pública da capacidade de domínio sexual, da virilidade. E há as mulheres que satisfazem as necessidades masculinas de afirmação pela "aventura" no sentido daquilo que aparentemente é uma falta à regra da respeitabilidade social. Aqui verifica-se no entanto a distinção entre as mulheres que optam por esta via como modelo de realização feminina e aquelas cuja opção significa a necessidade de se submeter a esse modelo de comportamento masculino porque lhes é proposto vender-se a ele como meio de sobrevivência. É a esse meio de sobrevivência que se chama de prostituição. É este um dos sinais claros de como a cultura estabelecida por esta sociedade (no sentido apontado no início) exige a desintegração humana, isto é, a alienação dos vários aspectos da personalidade.

Nesta sociedade as pessoas situam-se em classes distintas pelo papel que desempenham na economia ca-

pitalista que a caracteriza. Uma das classes tem na mão as forças de produção de riquezas e o controle destas, enquanto a outra fornece a força de trabalho que faz funcionar a produção sem controlar os seus frutos. A primeira serve-se desta para se manter como dominante enquanto a segunda se vê obrigada a vender-lhe o seu trabalho com meio de sobreviver.

É para manter esta situação que a classe dominante defende certos estilos de vida que se tornam modelos de realização pessoal e afirmação social. Para isso estimula por exemplo através da publicidade, TV, revistas, filmes, etc., as necessidades humanas no sentido da procura desses modelos e propõe soluções que as mantêm em circulação dentro deles. Assim, a prostituição, ligada aos estabelecimentos de divertimentos ditos noturnos, é uma via de solução que a sociedade aparentemente condena mas de fato favorece porque é um meio de:

— por um lado manter as imagens de realização humana que lhe convém para se manter;

— e por outro estimular o consumo de produtos e o recurso a negócios como é a prostituição que revertem em favor dos que controlam a produção.

Quando se fala portanto em fatores culturais da prostituição não se pode deixar de levantar o problema da determinação económica da organização da sociedade em que ela se integra: a cultura não é uma coisa abstrata e igual em toda a parte, antes resulta das características de cada sociedade na procura de desenvolver-se, manter-se e adaptar-se.

Causas Económicas

Em cada sociedade e em cada momento histórico existem determinadas "relações económicas". As hoje dominantes em Portugal são de um tipo qualitativamente diferente das que se verificam há 200 anos também aqui em Portugal, como são de um tipo diferente das que dominam hoje vários países.

Deste modo é importante ter-se claro que vamos falar da forma como as "relações económicas", que hoje dominam em Portugal determinam a existência da prostituição.

SITUAÇÕES ECONÓMICAS QUE LEVAM AS RAPARIGAS A PROSTITUIÇÃO

As próprias raparigas acham que não lhes dão emprego porque "têm pouca instrução" e porque não sabem nenhum ofício (qualificação profissional). Se tivermos ainda presente que a maior parte delas são levadas a situações limite quando ainda menores, e ainda que quase todas têm de lutar não só pela sua subsistência mas também pela dos filhos (é vulgar terem 3 e 4 filhos ou mais...) ficamos com a noção das situações económicas que levam as raparigas à prostituição — condições de trabalho muito duras ou desemprego, dificuldades em ganhar o mínimo para sua subsistência e a dos filhos, associadas a um isolamento social profundo — são situações que facilmente as levam a entregar-se à "rede" da prostituição...

É este o caso de milhares de raparigas de origem rural, que nos últimos anos procuraram em Lisboa um emprego que lhes permitisse subsistir. Aqui encontram grandes difi-

culdades de emprego, e quando conseguem empregar-se (principalmente como empregadas domésticas) deparam condições de trabalho duras e ao mesmo tempo um grande isolamento social... A prostituição surge como uma "saída" que cedo revela toda a sua dureza, mas que faz esquecer as dificuldades que marcam a história das raparigas antes de se meterem na "vida".

Portugal é um país capitalista, isto é, as "relações econômicas" dominantes são capitalistas.

Quais as consequências desta lógica das "relações econômicas" particularmente nos aspectos que mais nos interessam para compreender as causas econômicas da prostituição?

1. Não controlando os "meios de produção" os trabalhadores são obrigados a aceitar trabalhos por objetivos e em condições que lhes são impostas. A sua liberdade de aceitarem ou não trabalhar nessas condições é aparente porque necessitam de "subsistir". Deste modo a "folha de pagamento" (o salário) transforma-se no único objetivo do trabalhador — enquanto tal. Assim se aceita, ao nível de trabalho, que "toda a coisa tem o seu preço, que o dinheiro é o valor supremo, e que se pode fazer o que quiser com os homens desde que se pague".

É bem evidente o paralelismo da situação das prostitutas e dos trabalhadores, numa sociedade deste tipo, ambos sendo "forçados" a vender-se como objetos... é verdade que a situação de uma prostituta nos surge como mais degradante mas qual não é também muitas vezes a degradação das condições de trabalho e dos interesses que se servem através do

trabalho numa sociedade como a nossa.

As "raparigas da vida" conhecem bem o tipo de situações vividas pelos seus familiares e (ou) por elas próprias a nível de trabalho. Por isso a alternativa de arranjar um emprego "decente" dificilmente tem um significado libertador.

2. Outro aspecto muito importante é o de que na nossa sociedade a "opulência" e a "miséria" coexistem e mais do que isso a "opulência" de uns baseia-se na "miséria" dos outros. De fato mesmo nos países capitalistas mais ricos grandes massas populacionais vivem em situações de grande miséria. E isso não resulta de serem marginais em relação à "sociedade", mas sim da forma como nela estão integradas — são essas massas populacionais que fornecem os trabalhadores para desempenharem as tarefas mais duras em troca de salários baixos, são elas que garantem mão-de-obra de reserva com um mínimo de "custo econômico" (para o capitalismo) já que a sua subsistência é "barata". É dessas massas populacionais que saem as "raparigas da vida"...

3. Uma outra consequência da subordinação do processo econômico ao objetivo de "máxima rentabilidade do capital" é o de que não é atribuída importância prioritária ao aproveitamento das possibilidades de trabalho de todos os membros da sociedade. Assim muitas pessoas não arranjam emprego porque são consideradas "não qualificadas profissionalmente". Este fato é absolutizado no nosso tipo de sociedade, convencendo-se as pessoas de que é impossível arranjar emprego para todos porque seria "antieconômico". Na verdade o que acontece é que o objetivo de ple-

no emprego dos trabalhadores se mostra incompatível com a da máxima rentabilidade do capital...

As mulheres, particularmente as menos "qualificadas", são vítimas especiais deste tipo de situação.

As dificuldades de arranjar um emprego com condições, que levam tantas raparigas à prostituição serão resultado da sua falta de "qualificação" ou do fato de a sociedade estar organizada de acordo com interesses que não vão no sentido de enquadrar cada um segundo as suas capacidades?

4. A "lógica" que funciona ao nível de trabalho e da orientação do processo produtivo, vai-se refletir nos outros níveis de vida das pessoas...

O consumo, cuja finalidade deveria ser a de satisfazer as necessidades humanas e aumentar a capacidade de relação entre os homens, torna-se pelo contrário uma forma de concorrência e separação das pessoas.

A "afirmação social" dos indivíduos faz-se através das coisas que têm e nessa medida cada um procura ter sempre mais, e mais do que os outros... As pessoas são envolvidas num círculo de quererem ganhar mais para ter mais, sem que o "ter mais" signifique, em muitos casos, qualquer melhoria real das suas condições de vida...

Esta situação reflete-se de formas muito concretas na vida das "raparigas":

— Por um lado elas próprias procuram no consumo uma forma de "afirmação social". A "atração do consumo" de bens, muitas vezes superfluos, exerce grande influência sobre as raparigas. Também elas são vítimas do "querer ganhar mais para

ter mais", sem que isso signifique muitas vezes uma verdadeira melhoria das suas condições de vida... Como já vimos este dado não deixa de ser importante em alguns casos.

— Por outro lado, o tipo de relações que dominam as pessoas manifestam-se intensamente ao nível da sexualidade. A aceitação de que se podem utilizar os outros como coisas, a incapacidade de diálogo, manifestam-se também neste campo. Os "clientes", prontos a utilizar uma mulher como objeto em troca de dinheiro são produto do "tipo" de "lógica" de que temos falado...

5. A rede de prostituição, com as suas vítimas "especiais" — as raparigas da vida — é um sistema de exploração em que os exploradores mais diretos são bem identificáveis: os donos dos cafés; os donos das pensões que recebem as "visitas"; as "amas" que tomam conta dos filhos das raparigas; as donas dos quartos; as parteiras; os policiais (que aceitam o dinheiro das "raparigas"); os recrutadores das boites.

Causas Sociais

EDUCAÇÃO

Os problemas profundos da educação, que estão na raiz dos problemas das pessoas que se entregam à prostituição ou que constituem a clientela dessas pessoas, são imensíssimas.

Encontramos permanentemente raparigas e rapazes, homens e mulheres, que não foram habituados a respeitar valores mais importantes da vida, porque não os viram respeitados à sua volta.

Encontramos muitos jovens que, perante a escala de valores que vêm defendida teórica e sobretudo praticamente, revoltam-se. Isto leva-os a cortar duma maneira brutal com tudo o que é tradicional, familiar, com "o que parece bem", "vingando-se" do ambiente que os rodeia, indo eles próprios afogar-se no mundo da droga, da prostituição, da delinquência, do jogo, etc....

O LUGAR DO SEXO:

Um fator que não é de modo nenhum alheio ao desenvolvimento da prostituição no nosso mundo é o fato do problema sexual ser muitas vezes encarado duma maneira alienante.

A exploração do erotismo e a supervalorização do sexo no mundo do cinema, da literatura, da publicidade, da música é fundamentalmente uma tendência para mostrar as relações sexuais e as experiências sexuais como a saída para a solidão das pessoas, a resposta para todas as angústias, constituem fatores de verdadeira alienação, conduzem a situações de desagregação pessoal.

(Há que encarar a relação sexual integrada num processo global de encontro profundo entre as pessoas. A prostituição é a negação desse encontro).

E se por um lado o mundo do sexo é supervalorizado, por outro é escondido e ignorado.

Enquanto entre nós estes problemas forem considerados "vergonhosos" estaremos a viver num ambiente em que proliferam as aberrações, as frustrações, os preconceitos, bem longe duma vivência séria, feliz, profunda e responsável das relações entre as pessoas.

TRABALHO:

Entretanto verifica-se que na cidade a procura de mão-de-obra feminina é mais elevada do que a oferta. Basta ler os anúncios dos jornais. Verifica-se também que essa grande procura visa principalmente o recrutamento de pessoal para o serviço doméstico ou então operárias para o trabalho fabril. Então porque é tão pequena a percentagem de mulheres portuguesas que corre atrás dessa oferta?

1. Os baixos salários são o fator mais importante do aparente disinteresse feminino pelo trabalho profissional.

2. A falta de estruturas que permitam a conciliação dos trabalhos domésticos com os profissionais inscreve-se entre os motivos de Portugal ser um dos países de menor taxa de participação feminina no trabalho.

3. Além destes dois problemas importantíssimos quais são as verdadeiras possibilidades de escolha e de realização através do trabalho, que têm as mulheres desta classe social?

Que possibilidades lhes são oferecidas ao nível de formação e valorização profissional? Qual o grau de responsabilização que lhes é oferecido nos ambientes profissionais? Que possibilidades têm de não ser escravas de uma máquina que as coloca na posição de ter que trabalhar aquelas horas, em determinadas condições, muitas vezes para substituir?

O mínimo que se pode dizer é que, de fato, as condições de trabalho "normal" não são estimulantes nem compensadoras. Daí, muitas vezes procurarem outras "soluções". Só mais tarde se aperceberão como es-

sas "soluções" são enganadoras e destruidoras. Todo problema está em que, na nossa sociedade, há pessoas que têm de vender algumas coisas de si próprias para sobreviver.

HABITAÇÃO:

As mulheres que se entregam à prostituição viveram quase sempre em zonas do país e em meios sociais em que o problema habitacional se faz sentir duma maneira muito forte. Tiveram uma infância, uma adolescência vividas na promiscuidade, com a mais completa falta de espaço, e de condições de higiene, em que a intimidade conjugal, pessoal e familiar era completamente devassada.

Ainda hoje, num bairro de barracas da periferia de Lisboa, é vulgar ouvir rapazes adolescentes contar uns aos outros as experiências sexuais que fazem com as próprias irmãs, que muitas vezes são crianças. Desse mesmo bairro, por volta das 7 horas da tarde, vê-se sair muitas raparigas que, com um aspecto característico, vão entregar-se à prostituição em bairros diferentes.

ANALFABETISMO:

É muito grande a percentagem de raparigas e mulheres que se entregam à prostituição e que são analfabetas ou têm um grau de escolaridade muito baixo. Mesmo entre aquelas que aparecem com um ar muito arranjado, muito "evoluído" e muito moderno é frequentíssimo encontrar raparigas que mal sabem ler e escrever. É vulgar encontrar raparigas que não têm a 4.ª classe e que conseguem comunicar em inglês e francês com os estrangeiros.

São raríssimas as prostitutas que têm um grau de ensino médio.

É fácil relacionar este baixíssimo grau de escolaridade com a dificuldade de encontrar um trabalho cuja remuneração possa responder às necessidades destas mulheres.

TURISMO:

O desenvolvimento dum certo tipo de turismo entre nós constitui uma solicitação permanente ao desenvolvimento da prostituição. Muitos turistas vêm para a terra alheia, sem escrúpulos no domínio sexual, explorar aqueles que estão dispostos a prestar-se a essa exploração a troco de muito dinheiro.

E são cada vez mais numerosos aqueles que, em Portugal, criam as infra-estruturas que sirvam para ambas as partes, tendo muitas vezes com isso um lucro muito grande.

No Algarve existem centenas de homens que se entregam regularmente à prostituição, e em algumas praias portuguesas "arranjam-se" pescadores para os turistas que os requisitem.

IMIGRAÇÃO

"A grande maioria das raparigas que se entregam à prostituição em Lisboa, provêm do Norte, Nordeste e Centro do país e são filhas de trabalhadores rurais". Viveram a sua infância e adolescência com muitas privações de todo o género. E tal como os pais e os irmãos, um dia, decidem abandonar a sua terra à procura duma vida diferente. Se muitas procuram outro país, muitas também encaminham-se para os grandes centros urbanos. A integração destas pessoas na vida urbana é difícil e nunca é conseguida sem grandes sofrimentos de toda a ordem.

As raparigas são normalmente recrutadas como empregadas domésticas por causa do seu nível de instrução e por não possuírem a mínima preparação profissional. Depois entram na engrenagem da cidade — andam de casa para casa, começam a conhecer pessoas, são solicitadas pelos “bens” da sociedade de consumo, aliciadas pelos modelos burgueses de vida... Sentem-se afetivamente abandonadas, perdidas, sozinhas. A cidade é um perigo para quem não sabe, não pode, não conhece. Toda a espécie de exploradores procuram essas pessoas.

ASILOS E INSTITUIÇÕES:

É elevadíssimo o número de raparigas prostituídas que passaram a sua infância e juventude em asilos ou outras instituições.

São correntes os casos de raparigas que viveram nesses meios desde os 3 anos aos 18 ou 19.

E são revoltantes as condições em que são deseducados milhares de jovens nessas instituições.

Para além de aspectos como a escolaridade (que só muito raramente é pensada em termos competentes) a preparação profissional (não será possível, mais do que ocupar raparigas, com “trabalhinhos de mão”, “bordados”, “tapetes”, etc., preparar essas mesmas raparigas para uma profissão escolhida por elas, mas uma profissão que exista de fato no mundo que vão encontrar?) as pessoas são mantidas, durante um tempo importantíssimo de sua vida, em condições totais de isolamento do mundo real, em condições de “abafamento” do que há de mais positivo nelas, em ambientes em que a vida.

com outros se desenrola duma maneira negativa e deseducativa.

Estas instituições são “fábricas” que todos os dias fornecem ao país prostituição é um comércio dependente como todos os outros mecanismos da oferta e procura”.

CLIENTES:

É evidente que existe prostituição, porque existem “clientes”. “A prostituição é um comércio dependente como todos os outros mecanismos da oferta e procura”.

Querer analisar as causas da prostituição unilateralmente é um vício grave. E nenhuma ação útil e eficaz pode ser empreendida no sentido de fazer decrescer a prostituição se não se procura, ao mesmo tempo, atingir as causas que contribuem para criar a clientela.

Não é o cliente o suporte em que assenta toda a organização exploradora que gira à volta da mulher que se entrega à prostituição? Sem ele e sem o dinheiro existiriam os “meios” da prostituição, os bares, as “boites”, os proxenetas, e todos quantos exploram este comércio?

II. CAUSAS QUE NORMALMENTE “EMPURRAM” UMA PESSOA PARA A PROSTITUIÇÃO

Tudo o que ficou dito até aqui diz respeito aos principais fatores que predispõem uma pessoa para começar a prostituir-se. Muitas vezes o que a leva a dar o passo decisivo é um pequeno nada — criadas determinadas condições de vulnerabilidade é muito fácil entrar num caminho.

Verificamos que o que normalmente leva as pessoas a dar esse passo é:

- 1) a situação de solidão e de desenraizamento em que se encontram;
- 2) a necessidade premente de ganhar dinheiro para si próprias e para os filhos;
- 3) a sedução que constitui o meio de prostituição e sua organização.

Solidão:

A quase totalidade das raparigas ou das mulheres que se entregam à prostituição, encontram-se numa situação de ruptura com o seu meio habitual de vida.

Quanto ao primeiro aspecto facilmente se deduz de tudo aquilo que se analisou atrás, quais são as condições de desintegração social, familiar, cultural em que normalmente se encontram milhares de mulheres nas nossas cidades. Daí que as suas aspirações mais fundas sejam de encontrar apoios e seguranças, de encontrar pessoas, de poderem realizar-se afetivamente. A solidão profunda existe por toda a parte, no meio de nós. As pessoas sozinhas, não-amadas procuram companhia, procuram amor. E facilmente confiam no primeiro que chega. E quem é esse que chega primeiro? Muitas vezes, pessoas prontas a aproveitar-se de todos os modos daqueles que de alguma maneira “precisam”.

Necessidade de Dinheiro:

Verifica-se também ser um elemento determinante neste processo a necessidade de ter dinheiro, de o conseguir rapidamente e de conseguir uma soma concreta, muitas vezes elevada. E sempre está a justificação que apresentam as raparigas que se entregam à prostituição, para o fato de terem iniciado a prática da “vida”.

E esta situação de carência econômica agrava-se quando há os filhos a precisar de comer, a precisar de um teto.

Sedução do “Meio”:

O terceiro aspecto que verificamos ser importante na ingressão do mundo da prostituição é a sedução que muitas raparigas encontram neste ambiente. Este mundo aparece-lhe como uma festa permanente, cheio de aventura, de dinheiro, de “toilettes”, de música, de barulho, de gente. E sobretudo é um mundo onde vão ser solicitadas e procuradas — isso vai preencher, embora a um nível extremamente superficial as suas carências afetivas. A prostituição aparece-lhes como uma maneira mais ou menos inconsciente de preencher o vazio de suas vidas. Só mais tarde se vêm a aperceber até que ponto isso é uma ilusão.

Mas em que consiste esse meio de prostituição?

Esse meio é constituído por todos aqueles que decidem explorar comercialmente a realidade — prostituição. A prostituição para além de ser praticada nos campos, nas matas e nos pinhais (sempre em locais bem concretos e fixos, bem conhecidos pelos interessados) é explorada e fomentada pelos donos de bares, “boites”, cafés, pastelarias, pensões, traficantes, proxenetas, etc., etc... São as chamadas “estruturas de apoio à prostituição” com fins lucrativos. Verifica-se que este “meio” está cada dia mais organizado e que os lucros que têm são elevadíssimos.

É impressionante a quantidade de bares e “boites” que abriram ultimamente e onde “param” centenas

de raparigas. É impressionante a quantidade de raparigas menores que encontramos todos os dias nesses locais.

III. O NINHO

O Ninho nasceu em Portugal a partir de uma necessidade de resposta para as raparigas que praticavam a prostituição. Foi em 1966 que uma inspetora dos Serviços Prisionais, alertada pelo elevado número de presas, resolveu apelar para o movimento francês "Le Nid", que respondeu ao apelo enviando uma das suas militantes.

O Ninho tem crescido a partir do contato direto com aqueles que no mundo mais sofrem, os desprezados, oprimidos. Nunca partiu duma teoria, duma idéia, mas da vida, do encontro de pessoas. Destes encontros nasceu o Movimento que tem vindo a procurar os seus próprios caminhos e cujos princípios de ação são agora assim formulados:

- 1) — O encontro, o acolhimento e a convivência com os mais pobres e duma maneira particular com as vítimas da prostituição.
- 2) — A procura de caminhos de

promoção e libertação de todos os homens e do homem todo.

- 3) — A procura de uma atitude fraterna baseada na partilha das riquezas mútuas e no dinamismo de todo o ser humano dentro do respeito pelas convicções de cada um.
- 4) — Uma mesma visão da pessoa humana e da sua vocação, raiz da pedagogia do Movimento.

Assim o Ninho pretende ser um Grupo de pessoas que caminham no sentido da libertação e do crescimento.

Podemos encontrar gente de todas as idades, de todos os meios, de todas as formações. Neste grupo existem aqueles que se encontram numa situação real de carência, de opressão, de escravidão e que querem partilhar as suas esperanças e lutas; existem aqueles que já fizeram, de alguma maneira, uma experiência de pobreza, de opressão, de prostituição; existem aqueles que não tendo vivido essas condições fazem a opção da libertação e da partilha na convivência com os mais pobres.

PROJETO DE PESQUISA SOBRE CRIMINALIDADE

JUAREZ CIRINO DOS SANTOS
SÉRGIO TANCREDO

I. O problema

1. Formulação do problema.

O presente projeto de pesquisa estrutura-se sob a noção de que a definição da natureza do crime como fenômeno social é pressuposto teórico de qualquer esforço sério para resolver o problema da criminalidade. Definir a natureza de um fenômeno (social ou natural) significa compreendê-lo no conjunto das relações (sociais ou naturais) que o produzem: essas relações só podem ser apreendidas pelo estudo sistemático do contexto histórico-concreto em que o referido fenômeno se produz.

As relações sociais que produzem o fenômeno criminoso não se confundem com as ligações causais dos fatos naturais: são relações de valor. O conteúdo de significação social dessas relações de valor se manifesta no sistema normativo formal (ordenamento jurídico), que disciplina o conjunto das relações sociais mediante o controle do comportamento humano: esse sistema formal de valores configura uma estrutura de normas que determina o sentido do comportamento humano no âmbito da formação social.

Os estudos e pesquisas criminais lógicos (antigos e recentes) não produziram resultados significativos quanto à redução da criminalidade: as chamadas teorias preventivas da criminalidade e suas sofisticadas técnicas ressocializadoras encontram-se em crescente descrédito pelo incremento quantitativo e qualitativo da criminalidade. A situação de crise da Criminologia se insere na crise geral das Ciências Sociais (não justificáveis pela decantada imaturidade), observada nas reconstruções epistemológicas de questões de método, redefinição de objeto e revisão de propósitos.

A precariedade desses resultados parece ser devida à ênfase nas variáveis causais e correlações preventivas e ressocializadoras do comportamento criminoso, concebido como uma relação concreta entre impulsos ou tendências individuais antijurídicos ou anti-sociais e valores sociais internalizados ou internalizáveis, isto é, como acontecimento limitado pela psicologia individual. O behaviorismo e outras formas de positivismo concentraram a atenção dos pesquisadores e estudiosos na pesquisa e estudo de causas materiais relacionadas mais ou menos mecanicamente com o com

portamento criminoso, excluindo do objeto da ciência o elemento fundamental e característico do crime: a natureza dessa relação de valor (ou relação de desvalor), tomada a priori como um dado inquestionável.

O conceito de crime é inseparável do conceito de valor: aparece socialmente como comportamento objetivo de significação contrária ao valor, ou como conduta concretizadora de um desvalor social (a natureza desse comportamento como acontecimento individual concreto somente pode ser compreendida na sua relação com o conjunto do sistema normativo disciplinador das relações sociais). Essa posição não pode variar quer se considere o preciso conceito jurídico-formal de crime (conduta humana que lesiona ou ameaça de lesão um bem jurídico (valor) protegido pela lei penal), quer o conceito sociológico de conduta anti-social (comportamento humano desviante dos padrões de normalidade coletivos): em ambos os conceitos é decisiva a relação da conduta com a norma (a) jurídica ou (b) cultural.

Entretanto, o estudo do comportamento criminoso como produto de causas (teorias do comportamento: Criminologia) ou como desvalor social (relação da conduta com a norma :Direito Penal) se exaure em um dos elementos da relação: o comportamento criminoso; o outro elemento da relação (o valor institucionalizado: o crime como fenômeno social) não integra o objeto de estudo. A primeira perspectiva permanece nos limites do sistema institucionalizado e, dentro dele, se resolve no questionamento interno das causas do comportamento criminoso e suas derivações preventivas ou ressocializadoras, ou dos caracteres intrínsecos do com-

portamento criminoso como relação de desvalor social. A segunda perspectiva enfoca o sistema total de valores para questionar a natureza e significação social do crime como fenômeno institucional, isto é, a função ou contribuição social da definição e punição de determinados comportamentos como criminosos, esclarecendo o sentido real do funcionamento do aparelho repressivo estatal.

Essa perspectiva desloca o objeto de estudo dos limites da psicologia do comportamento criminoso (motivação, finalidades, etc.), com o seu cortejo positivista de causas e terapias preventivas ou ressocializadoras, para o fundamento, finalidade e contribuição social da relação de desvalor entre a conduta humana considerada antijurídica ou anti-social e o sistema institucionalizado de valores sociais.

Parece indiscutível que antes de se determinar (procurar saber) por quê se cometem crimes, ou como se caracteriza a conduta criminosa, deve ser resolvido este problema anterior: por quê certas condutas são consideradas (definidas) criminosas e punidas como crimes, e outras não o são?

Essa questão não está resolvida. É manifesta a insuficiência das generalizações dos manuais de Direito Penal e de Criminologia, de que a definição e a punição de condutas criminosas se justifica por sua absoluta indispensabilidade para uma vida social proveitosa: essas generalizações, em forma de imperativos categóricos, reduzem-se a juízos apriorísticos que pressupõem precisamente aquilo que deveriam demonstrar, ou seja, a absoluta indispensabilidade social da definição e punição de certas condu-

tas como criminosas, destacando a situação histórica em que essa indispensabilidade aparece como imperativo político. A relação contraditória da conduta com o bem jurídico (valor) situa-se nesse nível de apriorismo lógico: não demonstra a razão por que certos valores são erigidos em bens jurídicos e protegidos pela lei penal.

A questão geral da incriminação de condutas deve, pois, ser colocada nestes termos: a) por quê determinadas condutas são definidas como crimes, e outras não o são? b) por quê determinadas condutas definidas como crimes são punidas, e outras não o são?

Assim posta a questão, vê-se que o problema da incriminação de condutas (a nível de definição e a nível de punição) não pode ser resolvido no âmbito das relações formais internas do sistema normativo, e exige uma derivação para o seu objeto (totalidade das relações sociais) no contexto do qual devem ser realizados os valores daquele.

O objeto do sistema normativo (relações sociais reais) realiza a conexão entre o fundamento da incriminação (por quê são incriminadas?) e a finalidade de incriminação (para que são incriminadas?), através da contribuição objetiva dessa incriminação para a disciplina total das relações sociais, verificável empiricamente pela distribuição social de condutas incriminadas (a nível de definição e a nível de punição): a incriminação de condutas atua como mecanismo de controle geral do comportamento humano, cujo fundamento e finalidade aparecem na contribuição objetiva desse controle para a realização de determinados interesses (eri-

gidos em valores sociais) no contexto total das relações sociais reais, que, por sua vez, é medida pela distribuição social da incriminação.

Assim, a questão do fundamento da incriminação de condutas, de que decorre a da finalidade dessa incriminação, ou a questão da contribuição objetiva da incriminação de condutas para um sistema de relações sociais concretas, medida pela distribuição social dessa incriminação, constitui uma só questão empírica, que pode (e deve) ser objeto de teorias, que, por sua vez, podem (e devem) ser explicitadas em hipóteses testáveis pelos métodos estabelecidos de pesquisa social.

E, de fato, essa questão tem sido objeto de teorias, cujos postulados essenciais podem ser representados, sem riscos de simplificações excessivas, por dois conjuntos de hipóteses explicativas do crime como fenômeno social, apresentados pelas duas mais importantes teorias sociológicas modernas: a) as hipóteses funcionais (elaboradas fundamentalmente a partir de Durkheim) e b) as hipóteses dialéticas (elaboradas pela teoria marxista).

2. Hipóteses

2.1. Hipóteses funcionais

2.1.1. Fundamentação das hipóteses funcionais

A natureza evolucionista das hipóteses funcionais fundamenta-se em uma relação de identidade entre a sociedade e o organismo: assim como o organismo (ser biológico) aparece como um conjunto integrado de órgãos e funções, a sociedade (ser so-

cial) apresenta-se como um organismo (conjunto de órgãos), sob a forma de instituições (órgãos) que realizam determinadas funções: essas funções estão relacionadas com os mecanismos de **integração e manutenção** (conservação), quer do ser biológico (organismo) quer do ser social (organismo social). Órgãos e funções compõem complexos elementares de sistemas integrados em uma estrutura orgânica, em que um conjunto de **inter-relações** (funções) determina uma **interdependência funcional** das partes (órgãos) com o todo (organismo): o órgão constitui-se conforme as necessidades de funções mediante as quais se integra no conjunto do organismo. Assim como a função tem por efeito a conservação do órgão (e, por extensão, do organismo), as instituições sociais (moral, direito, crenças, família, escola, imprensa, empresa, etc.) aparecem como órgãos que realizam funções necessárias à conservação do organismo social, isto é, como "**maneiras de agir suscetíveis de exercer influências sobre o indivíduo**" (DURKHEIM, E. — "As regras do método sociológico", 1971, pág. 11). A integração orgânica resultante da combinação de órgãos e funções do ser biológico aparece no ser social como integração institucional, isto é, como tendência ao consenso (integração) resultante da inter-relação funcional das instituições sociais.

Os fenômenos sociais, como os biológicos, podem revestir formas gerais (em que se realiza o **normal**) ou excepcionais (em que se manifesta o **patológico**). No ser biológico, as formas gerais (normais) compreendem tanto os estados de saúde como os de doença (dor); no ser social, a normalidade (formas gerais) abrange

tanto as condutas conformes como as **contrárias** aos padrões de comportamento institucionalizados: a doença (dor) estimula reações de defesa orgânica que, por sua vez, implicam fortalecimento do organismo; condutas contrárias aos padrões de comportamento institucionalizados provocam reações (sanções jurídicas ou morais) institucionais que, por sua vez, implicam reforço dos padrões de comportamento instituídos. Em ambos os casos, o **normal** (geral) é delimitado do **patológico** (excepcional) por níveis de tolerância (assimilação) compatíveis com as necessidades de conservação do todo.

No ser social, a reação institucional sobre condutas contrárias aos padrões institucionalizados de comportamento tem por efeito (função) o seu reforço: condutas contrárias aos padrões institucionalizados, dentro dos limites de normalidade, **contribuem** para uma maior integração funcional do ser social (sistema de instituições).

2.1.2. Formulação das hipóteses funcionais.

a) **fundamento da incriminação:** por que determinadas condutas são incriminadas?

determinadas condutas são incriminadas porque são contrárias à moralidade social.

b) **finalidade da incriminação:** para que determinadas condutas são incriminadas?

determinadas condutas são incriminadas para a defesa (preservação) da moralidade social (ordem social moral).

c) **contribuição da incriminação:** qual o efeito da incriminação de determinadas condutas?

a incriminação de determinadas condutas cria maior consciência dos valores sociais e contribui para maior solidariedade social.

d) **destinatários da incriminação:** quem é incriminado pela prática de determinadas condutas?

a incriminação pela prática de determinadas condutas atinge, em geral, os autores de condutas incriminadas: as classes sociais inferiores são mais incriminadas porque praticam mais crimes.

2.2. Hipóteses dialéticas

2.2.1. Fundamentação das hipóteses dialéticas

A natureza histórica das hipóteses dialéticas deve ser fundamentada a partir das **relações de produção**, como relações dos agentes sociais no processo de **produção material** (processo social de transformação geral da natureza para criação de utilidades materiais necessárias à existência do homem). A natureza das relações entre os agentes sociais no processo de produção depende da natureza das relações desses agentes com os **meios de produção** (instrumentos e objeto de trabalho): relações de **domínio real** sobre os meios de produção fundamentam relações de **dominação** de uma classe de agentes sociais (proprietários dos meios de produção) sobre outra classe de agentes sociais (possuidores de força de

trabalho). Esses agentes se agrupam em classes sociais diferenciadas no processo de produção material, cujas relações se manifestam como **relações de classe**: a diferenciação social das classes é determinada pelo **lugar de classe** ocupado no processo de produção material (o lugar de classe corresponde à **posição** de cada conjunto de agentes sociais em face dos meios de produção).

A disciplina (controle) das relações entre as classes sociais no processo de produção material é realizada mediante a **institucionalização** de normas sociais gerais constitutivas do ordenamento jurídico: a disciplina ou controle político das relações de classe é consequência da generalidade e imperatividade do sistema normativo assim instituído. A **eficácia social** do sistema normativo (ordenamento jurídico disciplinador das relações sociais) é assegurada pela **previsão abstrata** e **aplicação concreta** de sanções às condutas humanas contrárias às normas do sistema institucionalizado. O sentido do controle ou disciplina política realizada pelo sistema normativo é dado pelos **interesses materiais** da classe social que domina as relações econômicas.

O **conteúdo** do sistema normativo (que determina o sentido do controle político) instituído para disciplinar as relações sociais de classe corresponde aos **interesses materiais** da classe social que domina as relações de produção: o **interesse fundamental** dessa classe social consiste na **consolidação e continuidade** do modo de produção em que se fundamenta a sua dominação. O modo de produção, caracterizado pela natureza das relações entre as classes sociais no processo de produção mate-

rial é consolidado e mantido pela proteção normativa das relações de propriedade no interior do processo de produção: a proteção das relações de propriedade aparece como o elemento central do sistema normativo institucionalizado. O Estado, como expressão total da disciplina jurídica, aparece historicamente como organização normativa estruturada para o controle político das relações patrimoniais entre as classes sociais: os interesses sociais de classe manifestam-se no sistema normativo estatal sob a forma transfigurada de valores sociais gerais da comunidade estatal. Esses valores sociais gerais do sistema normativo (interesses materiais particulares de uma classe social sob a forma transfigurada de valores sociais gerais das classes) são realizados no âmbito objetivo das relações sociais reais como efeito específico da atuação do sistema normativo: o sistema normativo estatal impõe e realiza objetivamente, no âmbito das relações sociais, os valores ideológicos da classe social dominante. Assim, em uma sociedade dividida em classes sociais, o sistema normativo estatal é instituído para consolidar e manter a estratificação social das classes e as relações de dominação/dependência econômica e política existentes.

2.2.2. Formação das hipóteses dialéticas

a) fundamento da incriminação: por quê determinadas condutas são incriminadas?

determinadas condutas são incriminadas porque são contrárias aos interesses econômicos das classes sociais dominantes.

b) finalidade da incriminação: para que determinadas condutas são incriminadas?

determinadas condutas são incriminadas para a defesa (preservação) de interesses econômicos das classes sociais dominantes, estabilizando artificialmente relações econômicas instáveis.

c) contribuição da incriminação: qual o efeito da incriminação de determinadas condutas?

a incriminação de determinadas condutas permite maior controle sobre as classes sociais dominadas e contribui para manter a divisão da sociedade em classes.

d) destinatários da incriminação: quem é incriminado pela prática de determinadas condutas?

a incriminação pela prática de determinadas condutas atinge, em especial, os autores de condutas incriminadas pertencentes às classes sociais dominadas: a divisão social em classes agrupadas pela posição de domínio ou de dependência dos meios de produção (e, por extensão, do produto do trabalho) concentra a incriminação nas classes sociais dominadas.

3. Propósito da pesquisa

A pesquisa tem o propósito de verificar a capacidade explicativa do crime como fenômeno social das hipóteses funcionais e dialéticas: essa capacidade explicativa será aferida

pela comprovação de hipóteses relativas (a) ao fundamento da incriminação de determinadas condutas, (b) à finalidade da incriminação de determinadas condutas, (c) à contribuição social da incriminação de determinadas condutas e (d) aos destinatários da incriminação de determinadas condutas.

4. Objeto da pesquisa

4.1. Definição do objeto

O objeto geral da pesquisa é a criminalidade, como conjunto real de práticas criminosas em um determinado espaço e em certo tempo. Esse conceito compreende o objeto da pesquisa nas dimensões da criminalidade de (a) aparente e (b) não-aparente

A criminalidade aparente é a criminalidade registrada (detectada oficialmente), que impulsiona o aparelho de repressão estatal e produz inquéritos e processos criminais; a criminalidade não-aparente é a criminalidade não registrada (não é detectada oficialmente, apesar da repercussão social), que não impulsiona o aparelho de repressão estatal, e não produz inquéritos e processos criminais.

A redução do objeto da pesquisa a uma dessas dimensões de existência real da criminalidade, com exclusão da outra, comprometeria o grau de precisão e o nível de generalização dos resultados.

4.2. Delimitação do objeto

A heterogeneidade da tipologia criminal e a extensão social das condutas criminosas impossibilita uma pesquisa exaustiva da criminalidade real. Entretanto, essa dimensão tota-

lizante é desnecessária: o propósito da pesquisa pode ser realizado, sem prejuízo do grau de precisão e do nível de generalização dos resultados, se o seu objeto puder ser reduzido a alguns tipos representativos da criminalidade predominante, suficientemente característicos e suficientemente frequentes que possibilitem a comprovação empírica da capacidade explicativa das hipóteses referidas. Esses tipos representativos da criminalidade existem, apresentam os requisitos necessários à realização dos propósitos da pesquisa, e podem ser classificados em dois grupos básicos compreensivos da criminalidade real:

a) o grupo típico da criminalidade econômica, representado pelas ações realizadas com a finalidade de obtenção de vantagem material;

b) o grupo típico da criminalidade violenta, representado pelas ações dolosas contra a pessoa.

II. a Metodologia

A distribuição social de condutas incriminadas será determinada pela identificação da posição social (lugar de classe) do autor; a verificação empírica dos dados necessários a essa identificação seguirá um procedimento diferente, conforme se trate da criminalidade aparente (registrada) ou não-aparente (não registrada): 1) o autor de tipos de condutas criminosas compreendidas na criminalidade aparente será identificado pelos dados de inquéritos e processos criminais; 2) o autor de tipos de condutas criminosas compreendidas na criminalidade não-aparente será identificado pelas informações apresentadas pelas vítimas.

1. Coleta de dados

A criminalidade objeto da pesquisa (aparente e não-aparente) será determinada pela quantificação dos tipos respectivos verificados na amostra, no período compreendido entre 1º de janeiro de 1971 e 31 de dezembro de 1975. A posição social (lugar de classe) do autor será identificada pelos seguintes indicadores: a) rendimento; b) atividade econômica; c) escolaridade; d) residência.

A coleta de dados utilizará um instrumento constante de (a) fichas de registros de dados, na criminalidade aparente, e de (b) questionários compostos de perguntas fechadas (alternativas circunscrevem o âmbito da resposta) e abertas (resposta livre), na criminalidade não-aparente.

2. A amostra

A amostra da pesquisa, em ambas as dimensões da criminalidade (aparente e não-aparente) será extraída da cidade do Rio de Janeiro, RJ.

2.1. Criminalidade aparente

No Rio de Janeiro existem vinte (20) varas criminais competentes para processos de juiz singular (compreensivos da criminalidade econômica e da criminalidade violenta, excluídas as ações dolosas contra a vida), e duas (2) varas criminais do Júri, competentes para os processos referentes às ações dolosas contra a vida. A distribuição de inquéritos entre as varas criminais, observada a competência, é equitativa, e a quantidade de processos é relativamente equivalente; como os dados de cada vara são representativos das demais de

mesma competência, a escolha da amostra foi decidida por critérios objetivos de organização interna das varas criminais, fixando-se em quatro (4) das vinte e duas (22) varas criminais, sendo três (3) competentes para processos de juiz singular e uma (1) de competência para os processos do Júri.

2.2 Criminalidade não-aparente

A população a que se refere a amostra é a existente na cidade do Rio de Janeiro, RJ, no ano de 1976. Essa população é distribuída por regiões administrativas e estas subdivididas conforme os perfis de renda de seus habitantes, segundo três (3) grupos de renda distintos: cada grupo de renda será representado por uma região administrativa, em que serão escolhidas ruas ou zonas, e, nestas, pessoas, aleatoriamente em todos os casos.

Bibliografia

CHAMBLISS, William J. — *The Political Economy of crime: a comparative study of Nigeria and the USA*, in *Critical Criminology*, edited by Routledge & Kegan Paul, 1975, London and Boston.

CHEIN, Isadore — *Research Methods in Social Relations*, appendix B — Sampling, in Claire Sellitz et al., Holt Rinehart e Winston, USA, 1959.

DURKHEIM, Émile — *As regras do método sociológico*, Companhia Editora Nacional, 1971.

DURKHEIM, Émile — *El suicídio*, Schapire Editor, 1971.

HYMAN, Hebert — *Interviewing in social research*, The University of Chicago Press, 1970.

LAZARSFELD, Paul — *Evidence and Inference in social research*, Daedalus, Fall — 1958, n. 4.

MARX, Karl — *O Capital*, Editora Civilização Brasileira, 1974.

ROSEMBERG, Morris — *The logic of survey analysis*, in *Basic principles of table reading*, appendix A., Incl. Publishers, 1968.

POULANTZAS, Nicos — *As classes Sociais no Capitalismo de Hoje*, Zahar Editores, 1975.

RESENHA BIBLIOGRÁFICA

FRANCISCO PEREIRA DE BULHÕES CARVALHO, *Vinte teses sobre a assistência ao menor e ao incapacitado*, Rio de Janeiro, 1975, edição do autor, 301 págs.

O autor é desembargador aposentado do Tribunal de Justiça do antigo Estado da Guanabara, tendo exercido a judicatura por longos anos. Antigo batalhador da causa dos menores abandonados e desajustados, em geral, a ele se devem numerosos estudos sobre a matéria.

Este livro é uma espécie de síntese de seu pensamento. Nele se expressa bem sua longa experiência de profundo conhecedor do problema, num conjunto de proposições que abrangem todos os aspectos jurídicos e assistenciais do menor abandonado e infrator.

A sua primeira tese fixa desde logo posição em tema que hoje adquire grande importância: "Só uma autoridade judiciária pode proclamar a existência duma infração penal e sua autoria, bem como o estado de abandono do menor e determinar medidas de coerção contra o menor e seus pais ou guardas, bem como perda e suspensão do pátrio poder e traçar normas de conduta para ambos". Questiona-se hoje o poder do juiz de menores para impor sanções e medidas coercitivas, advogando-se a transferência desses poderes para outras autoridades ligadas ao bem estar do menor. O autor se opõe, com boas razões, a essa orientação.

A primeira tese do Des. BULHÕES DE CARVALHO visa coibir a prática abusiva da FUNABEM, em decisões sobre menores abandonados e mesmo infratores, violando os poderes que competem ao juizado de menores.

As demais teses referem-se à exclusão das categorias de "infrator" e "abandonado", expressões impróprias, que devem ser substituídas por menor inadaptado ou desajustado e menor cuja saúde, segurança, moralidade ou educação estejam "em perigo", à assistência educativa; às medidas aplicáveis aos menores e aos responsáveis pelo menor; ao aparelhamento do juízo de menores e aos seus serviços auxiliares; à reforma da FUNABEM (que deve ter caráter assistencial e não apenas normativo); à coordenação do serviço social; à previdência e assistência social obrigatória ao menor e ajuda social ao adulto incapaz de trabalhar; ao serviço de subsídio familiar; ao

fundo de assistência ao menor e ajuda social do incapacitado, às atribuições administrativas e assistenciais do juiz de menores; à adoção e legitimação adotiva e à integração familiar do menor.

Numerosas proposições estão acompanhadas de projetos, relatórios, instruções, provimentos e outros elementos que visam à implementação das idéias e sugestões apresentadas, constituindo, assim, valioso subsídio aos estudiosos da matéria e aos que, de alguma forma, têm responsabilidade na execução de serviços ligados aos menores.

As propostas feitas são, no geral, repassadas de bom senso, revelando o saber feito de experiência e longo trabalho.

Os princípios que inspiraram o surgimento dos tribunais de menores foram estendidos aos jovens adultos delinquentes e hoje dominam a penologia da criminalidade dos adultos. Os jovens delinquentes, a final, são encarcerados como os adultos.

São, pois, complexas e difíceis as questões que envolve a delinquência juvenil como problema social. Não podem os juristas isoladamente resolvê-las, por melhores que sejam suas intenções e por mais brilhante que seja a sua imaginação criadora.

A obra do Des. BULHÕES DE CARVALHO é trabalho sério, de quem efetivamente conhece a matéria e muitas de suas proposições são irrecusáveis. Estamos certos de que constituirá para todos os que se ocupam com a causa dos menores subsídio extremamente valioso.

H. C. F.

LUIZ VICENTE CERNICHIARO, *Dicionário de Direito Penal*, J. Bushatsky ed., S. Paulo, 1974, 527 pp.

A utilidade de dicionários jurídicos é indiscutível, como, no prefácio do volume em epígrafe, ressalta JOAQUIM CANUTO MENDES DE ALMEIDA. Através de dicionários, podem os interessados — especialmente os novíços — ter acesso rápido a uma informação cuja procura, se empreendida nas entranhas de uma obra sistemática, seria mais demorada.

Por outro lado, os dicionários trazem um risco, que consiste em limitar-se o consulente ao verbete, conformando-se com a simplificação característica do que poderia chamar-se “linguagem de dicionário”. Neste sentido, o dicionário jurídico é um instrumento tão apto a ensinar direito quanto o dicionário Aurélio o é para ensinar gramática.

Desta forma, advertindo os estudantes para a circunstância de que será sempre conveniente desenvolver a informação dos verbetes — e eles terão, para isto, o CERNICHIARO das “Postilas” (“Compêndio”) ou da “Estrutura”

—, há que recomendar-se este Dicionário de Direito Penal, onde suas dúvidas e perplexidades poderão encontrar seu primeiro ponto de repouso.

Com cerca de 4.000 verbetes, a obra informa não só sobre terminologia de direito penal, mas igualmente de processo penal e penologia. O esforço realizado no sentido de abranger tudo quanto esteja relacionado à teoria e prática do direito penal levou o A. a incluir os nomes das drogas constantes das relações da Portaria 27/72 do SNFMP.

Em síntese, um trabalho útil, no qual CERNICHIARO confirma suas qualidades de jurista, ainda que premido pela necessidade da concisão. Sem ser propriamente uma peça “à l’usage des commençants”, é inegável que os acadêmicos e jovens estudiosos constituem seus leitores obrigatórios. Porém todos nós aprenderemos alguma coisa lá.

Nilo Batista

ROGÉRIO LAURIA TUCCI, *Lineamentos do Processo Penal Romano*, São Paulo, Bushatsky, 1976, 224 págs.

O fascinante direito penal romano não mereceu, ainda, a atenção dos estudiosos entre nós, aparecendo tratado com brevidade, nos compêndios e comentários. O mesmo se aplica ao processo penal romano, de que não temos qualquer referência na bibliografia nacional. Os estudos e indicações que se fazem nas obras de caráter geral, são, em regra, baseados nas obras clássicas de Mommsen e de Ferrini, sem exame direto das fontes, para o qual, aliás poucos estão equipados.

A literatura brasileira sobre história do direito penal, nos últimos tempos, tem sido acrescida de alguns trabalhos valiosos, entre os quais, por último, o de Augusto Thompson. Em relação ao processo, devemos saudar com alegria o aparecimento deste livro do prof. Rogério Lauria Tucci, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, por seu pioneirismo e pelo empenho em apresentar, de forma simples e sintética, uma visão completa do direito processual penal romano, em seus vários períodos.

O livro está dividido em duas partes. Na primeira (“Noções fundamentais”) são estudadas questões gerais sobre a repressão penal em Roma e as instituições de suas diferentes fases. Na segunda, o autor examina os sistemas processuais e procedimentais penais romanos (procedimentos penais do período comicial, procedimento penal acusatório, procedimento penal inquisitivo e processo penal extraordinário).

Baseando-se substancialmente na bibliografia italiana (Gioffredi, Grosso, Bonfante e Brasiello), o prof. Tucci realizou obra valiosa, que deve ser prestigiada por todos quantos se dedicam ao estudo do direito e do processo penal.

G. A. P.

O objeto-título do trabalho é precedido de uma exposição da evolução da doutrina do tipo, desde a fase anterior a Beling até a atual, influída ou caracterizada pelas concepções finalistas. A idéia geral do trabalho pode ser assim esquematizada:

1. O *Tatbestand*, como totalidade dos elementos do delito, é reduzido, por Beling (1906), à descrição dos elementos materiais do delito (excluídas implicações axiológicas ou subjetivas), cuja natureza exclusivamente objetiva é destruída pelos elementos subjetivos do injusto (1911), e os elementos normativos (1915) desfazem o caráter neutral ou avalorativo do tipo. Expõe, detalhadamente, a reformulação do conceito do tipo, por Beling, em 1930, como imagem reitora (*Leitbild*), ainda essencialmente objetiva, e a tendência subjetivante das concepções de Weber e Dohna, formuladas em definitivo por Welzel (teoria finalista), com a deslocação do dolo e da culpa para o tipo penal, concebido como objeto do juízo de culpabilidade.

2. No setor da ação, a concepção causal, com os seus requisitos de voluntariedade, manifestação no mundo exterior e resultado; a concepção social, com a sua exigência de relevância social (mas sem a sofisticação das elaborações mais modernas de Jescheck e Wessels, entre outros); e a teoria finalista (influída pelo ontologismo de N. Hartmann), fundamentada na capacidade do sujeito cognoscente refletir a realidade exterior objeto do conhecimento e propor-se metas, que aparecem como fins a serem realizados pela vontade, que é, assim, exercício de atividade final (o conteúdo da vontade (fim) é o elemento fundamental da ação), são expostos com precisão.

3. O tipo objetivo aparece composto de (1) elementos comuns e necessários (sujeito ativo primário, conduta externa e bem jurídico) e (2) elementos específicos (circunstanciais e normativos). O sujeito ativo primário é o autor (os tipos são classificados em monossujeitos e plurissujeitos, estes em de encontro e convergência) e o secundário, o partícipe. A conduta é o gênero que inclui a ação (caráter transitivo: concretiza-se em objeto) e omissão (caráter intransitivo: não se concretiza em objeto). O bem jurídico é o núcleo da estrutura do tipo: distingue-o do objeto material, corretamente, e, ao exemplificar, confunde, de forma incorreta, ambos os conceitos ("Bens jurídicos são tanto o relógio de propriedade de Tício como a integridade corporal..."): o relógio (coisa) é objeto da ação (ou material), e bem jurídico é a relação de propriedade. Finalmente, os elementos acessórios circunstanciais (tempo, lugar, meios, modo, etc.) e normativos (propriamente e valorativos), exaurem o tipo objetivo.

4. O tipo subjetivo, representado pelo dolo (integrado no tipo pelo finalismo) como consciência e vontade (dolo natural) relacionadas ao tipo objetivo, sob a forma direta (fim, meios e consequências necessárias) e even-

tual (consequências possíveis consentidas pelo agente), acompanhado, às vezes, no tipo, de outros elementos subjetivos (intenções e tendências especiais).

5. A produção causal de um resultado desvalioso previsível, por uma conduta descuidada (imperita, imprudente, negligente) define o tipo culposos. Expõe o equívoco da "finalidade potencial" (a finalidade, como categoria do ser, ou é, ou não é, não havendo lugar para posições intermediárias), com o corolário da evitabilidade do resultado (que introduz, no tipo, o poder de evitar o resultado, elemento da culpabilidade), e a concepção moderna, que compreende uma atividade final tanto no delito doloso (o fim — conteúdo da vontade — é proibido), como no culposos (o conteúdo da vontade é normalmente irrelevante, e o tipo resulta da execução inadequada da ação produtora do desvalor do resultado), com bastante precisão (duas inversões na impressão, trocando "culposos" por "doloso", às fls. 89, 7ª linha, e 91, 8ª linha). Expõe e refuta, como na doutrina, as críticas à concepção finalista do delito culposos: (a) — a de que a finalidade real nos delitos culposos seria irrelevante, não procede porque os fins lícitos ou permitidos devem ser realizados sem lesão a terceiros; (b) — a de que a finalidade nos delitos culposos é conceito normativo (abstrato), de simples referência, não procede porque é elemento real de orientação da conduta, cuja inadequada direcionalização produz o resultado lesivo; (c) — a de que os atos impulsivos, instintivos e habituais e a omissão inconsciente não seriam finalistas, e, assim, lesões produzidas não se ajustariam à teoria do fato culposos, também seria improcedente porque os atos reflexos e os instintivos, em que não há vontade, têm por finalidade a conservação do ser, e, quanto aos impulsivos (ações em curto circuito) e habituais (ações automatizadas), como dirigir veículo), são partes singulares de uma ação final total; a finalidade, na omissão inconsciente, é situada na ação efetivamente realizada pelo omitente, o que, na dogmática dos tipos omissivos, constitui uma imprecisão: a finalidade existente na ação realizada pelo omitente da ação mandada não se confunde com a finalidade desta (a omissão é, sempre, de ação mandada, e, assim, de exercício de atividade final adequada à proteção do bem jurídico: se a omissão é de ação mandada (mesmo inconsciente), omite-se a finalidade (social) desta, carecendo de relevância a finalidade da ação diversa realizada pelo omitente). Finalmente, o resultado de lesão (ou perigo), integra o tipo culposos: involuntariedade e previsibilidade objetiva (possível ou efetiva) completam a estrutura do fato culposos. O trabalho encerra com algumas conclusões, fundamentadas exaustivamente no texto.

Em estilo fácil e didático, representa louvável esforço de sistematização dos problemas fundamentais do tipo penal, segundo os postulados da teoria finalista. O autor, professor de Direito Penal, Introdução ao Direito e Filosofia do Direito em faculdades gaúchas, apresenta valiosa contribuição ao estudo e compreensão dos problemas do tipo, útil a estudiosos e profissionais.

Juarez Cirino dos Santos

JOÃO BERNARDINO GONZAGA, **Violação de segredo profissional**, São Paulo, Max Limonad, 1976, 259 págs.

Enriquece o A., com apuro e a segurança que põe em todos os seus trabalhos jurídicos, a literatura jurídico-penal brasileira, com este belo estudo sobre a violação de segredo profissional.

Embora tenha publicado diversos trabalhos menores sobre temas da Parte Geral, parece que o ilustre professor da Universidade de São Paulo se dedica, com particular interesse, ao estudo de específicas figuras de delito da Parte Especial, bastando recordar as suas teses **Entorpecentes — Aspectos criminológicos e jurídico-penais** (1963) e **O crime de omissão de socorro** (1957).

Trata-se de complexo exame do segredo profissional em seus aspectos penais, analisando o autor em detalhe todas as características da conduta típica. Dedica-se ao estudo do sujeito ativo do crime, com especial consideração de certas categorias profissionais e atividades bem como à realização do tipo objetivo, considerando a potencialidade do dano como condição objetiva de punibilidade. Já sustentamos esta opinião (como o A., aliás, refere), mas nos inclinamos hoje por entender que se trata de elemento integrante da conduta típica. As condições objetivas de punibilidade tendem a desaparecer do Direito Penal moderno, submetido ao princípio de inexistência de responsabilidade penal sem culpa, e por isso mesmo só devem ser reconhecidas naqueles casos em que não sobre ao intérprete outra possibilidade.

O dolo e a culpa, bem como o erro, são estudados sob a rubrica de “elemento subjetivo”.

Enfrenta o A. com segurança os delicados problemas da justa causa para revelação do segredo e do dever de segredo nos casos de informações à justiça e às autoridades, que constituem as questões mais difíceis e controvertidas do tema. O leitor encontrará aqui ampla referência e exata informação doutrinária e jurisprudencial.

Finaliza o volume o estudo do segredo em face das instituições financeiras, fazendo o A. crítica demolidora ao deplorável art. 38 § 7º L. 4595, que trata disso que em nosso direito constitui autêntico **segredo de Polichinelo**.

Felicitemos vivamente o autor pela obra que será entre nós, certamente, de consulta obrigatória na matéria. E também à editora que deu ao livro impecável apresentação gráfica.

H. C. F.

ARTHUR COGAN, **Crimes contra a segurança nacional**, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1976, 199 págs.

Os crimes contra a segurança nacional ainda não foram estudados entre nós como é indispensável. Lamentavelmente, o que se tem publicado são meras anotações, sem qualquer profundidade e sem espírito crítico, com desprezo ou desconhecimento dos inúmeros graves problemas jurídicos que a exegese da lei vigente suscita.

Este pequeno livro não foge a essa experiência. O autor é professor de Direito Judiciário Penal da Academia de Polícia Militar e sub-procurador da Justiça, em São Paulo. A obra é superficial e ligeira, montada com o auxílio do dicionário, que é correntemente um mal interpretador de leis, dada a normatividade dos conceitos jurídicos. Não se examina o conceito polêmico de crime político, nem o de segurança nacional, sobre o qual há importantes pronunciamentos do STF. As questões jurídicas importantes (como a da constitucionalidade do art. 27) não são sequer mencionadas. O texto de autoria do autor é sempre muito reduzido, reproduzindo-se destacadamente o texto da própria lei e, em apêndice (85 páginas) estão diversas outras leis, entre as quais o estatuto dos estrangeiros, que não se relaciona com a matéria.

Continuamos a aguardar o livro que o assunto está exigindo com urgência.

G. A. P.

JOSÉ FREDERICO MARQUES, **Direito Penal Tributário**, São Paulo, Editora Resenha Tributária, 1975, 29 págs.

O pequeno folheto, em reprodução eletrofotostática do original datilografado, constitui apenas uma aula do consagrado jurista, examinando alguns aspectos do Direito Penal Tributário, sem qualquer preocupação de análise completa e exauriente da problemática jurídica da matéria.

Afirma o A., a propósito do Direito Penal Tributário, o caráter sancionatório do Direito Penal, sustentando a validade da técnica legislativa de equiparação quoad poenam de ilícitos penais tributários à apropriação indébita. Termina com a indicação de que o ilícito penal tributário deve apresentar todas as características gerais do fato punível, como ação típica, antijurídica e culpável.

Desejariamos que o mestre tivesse posto o seu grande talento e a sua notável cultura jurídica na análise crítica da legislação penal tributária, notadamente dos problemas processuais que apresenta. Sua dissertação, no entanto, tinha finalidades muito restritas, não passando das generalidades, nas quais, aliás, data venia, não fica com a melhor doutrina.

G. A. P.

CELSE DELMANTO, **Crimes de Concorrência Desleal**, São Paulo, 1975, ed. J. Bushatsky / ed. Univ. S. Paulo, 299 pp.

CELSE DELMANTO, **Infrações Penais na Incorporação, Loteamento e Correção de Imóveis**, São Paulo, 1976, ed. Saraiva, 234 pp.

Noticiamos com satisfação o lançamento dos dois livros em epígrafe. O A. é conceituado advogado criminal, com militância no foro de São Paulo e larga experiência profissional.

Sobre concorrência desleal, não era abundante o material brasileiro disponível. As obras gerais (p. ex., HUNGRIA) que já trabalharam sobre o texto introduzido pelo dec. lei nº 7.903, de 1945, que derogou o CP 1940, poderíamos adicionar contribuições individuais esparsas (como a contida no tratado de GAMA CERQUEIRA, a de LEONARDOS, a de CLOVIS RODRIGUES, etc.); sem embargo do brilhantismo de algumas dessas contribuições, o assunto ainda estava a merecer preocupação, especialmente face ao fenômeno do "desenvolvimentismo".

Sobre as infrações penais referentes a incorporação, loteamento e corretagem de imóveis, o trabalho é autenticamente pioneiro, e sua utilidade é pois indiscutível. Sem comungar da opinião do A. sobre o surgimento de um "direito penal imobiliário" — na medida em que um por si discutível direito penal econômico, por um lado, e a disciplina geral da economia popular, por outro, abrigariam com propriedade a matéria, e na medida em que acreditamos que, no futuro, ao direito administrativo competiria absorver e solucionar situações que são hoje votadas à solução penal pela falsa crença no caráter moralmente vinculante da pena — participamos, todavia, com fervor, de sua disposição em estudar as leis penais especiais, estudo tanto mais necessário quanto mais imperfeitas sejam elas.

O A. não aplica ao exame das espécies uma teoria do delito moderna, e a análise dos tipos ensejaria, em algumas passagens, certo debate (p. ex: a falta de autorização dos interessados do inc. II, § 1º, art. 65 da lei 4.591/64 é assim comentada: "é o elemento normativo com que se encerrou a definição da regra" — p. 58; é claro que o dissenso do ofendido propõe outras variáveis).

Porém ambos os trabalhos são minuciosos no intento de esclarecer as figuras; partem de boa bibliografia, e se socorrem com frequência de jurisprudência.

São, assim, obras que não podem faltar na estante dos profissionais da justiça criminal.

Nilo Batista

JORGE ALBERTO ROMEIRO, *Elementos de Direito e Processo Penal*, São Paulo, Saraiva, 1978, 244 págs.

Neste belo volume estão reunidos, vários trabalhos jurídicos do autor, já anteriormente publicados em coletâneas e revistas, que atestam a sua alta categoria de fino jurista, profundo conhecedor do direito e do processo penal. Desta última matéria o A. é professor, na nossa velha Faculdade Nacional de Direito, hoje da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Nessa Faculdade, de gloriosas tradições, brilharam grandes mestres do direito, que a decadência dos tempos atuais resalta e magnifica. Jorge Alberto Romeiro, no entanto, é um dos valores autênticos dos tempos atuais, e este seu livro bem o atesta.

O volume reúne onze ensaios. Dois deles sobre revisão, o primeiro dos quais constitui sua conhecida tese de concurso à livre docência. Neste trabalho estão analisadas, com precisão, não só a evolução da matéria em nosso direito e no direito estrangeiro, como também diversos aspectos jurídicos.

Estuda, a seguir, o A. o interrogatório do acusado, em trabalho dedicado à memória de seu pai, o desembargador José Ovídio Marcondes Romeiro, entendendo que ele constitui não apenas meio de defesa, mas também fonte de provas, baseado em sólida doutrina.

Neste volume está também incluída a bela contribuição do A. à coletânea publicada em homenagem a Nelson Hungria (*A noite no Direito e no Processo Penal*), em que mostra as suas qualidades de escritor, analisando de forma exaustiva todas as questões jurídicas relacionadas com a noite.

Aparece também neste livro o excelente estudo sobre perdão judicial, publicado em nossa *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, que constitui certa apreciação do tema, que se destina a ter em nosso direito significação e relevância crescentes. Entende o A., a nosso ver com razão, que a sentença que concede o perdão não absolve nem condena, limitando-se a declarar extinta a punibilidade. O perdão é logicamente incompatível com a absolvição e é mais do que evidente que não pode aparecer, por razões de política criminal, junto à condenação.

Os outros estudos contidos no volume referem-se à ação penal pública no crime de estupro (orientação hoje dominante na jurisprudência dos tribunais, pelo menos nos casos de violência real), aos efeitos civis da sentença penal, e subsídios para o povo CPP, morte fictícia e extinção da punibilidade e a teoria da desconstitucionalização das leis, este último escrito para a coletânea em homenagem a Oscar Tenório.

Assinalando o aparecimento da obra, não temos dúvida em recomendá-la vivamente à atenção de nossos leitores.

H. C. F.

FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte Especial*, Sevilha, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2ª ed., 1977, 699 págs.

Situa-se hoje a Espanha em lugar de destaque, pela categoria excepcional de seus penalistas, particularmente os da nova geração. Vive ainda D. JOSÉ ANTON ONECA, mestre admirável e respeitado, antigo companheiro de LUIS JIMENEZ DE ASÚA. Com o desaparecimento de RODRIGUES MUÑOZ, CUELLO CALON, RODRIGUEZ MOURULLO, ANTONIO QUINTANO RIPOLLES e JUAN DEL ROSAL, a velha geração de penalistas está hoje representada principalmente por RODRIGUES DEVESEA, FERRER SAMA e PEREZ VICTORIA. Entram em cena, no entanto, os professores da nova geração, que foram estudar na Alemanha e na Itália e que, dando continuação à obra no-

tável de seus mestres espanhóis, apresentam-se hoje na plenitude do vigor, com grande talento. Poderíamos aqui mencionar, a título de exemplo, pois são numerosos, os nomes de JOSÉ CEREZO MIR, ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG, MARINO BARBERO SANTOS, JUAN CORDOBA RODA e ANTONIO BERISTAIN, que, nos quatro cantos da Espanha levam hoje a ciência penal aos mais altos níveis. A esses nomes pode bem agregar-se o de FRANCISCO MUÑOZ CONDE, professor em Sevilha, mais jovem, que mostra o seu valor em diversos trabalhos (como a sua *Introducción al Derecho Penal*, Barcelona, Bosch, 1975), entre os quais se situa o seu manual sobre a Parte Especial, aparecido em 1975, incompleto, do qual se publicou uma segunda edição em 1976, e uma reimpressão em 1977.

Trata-se de obra destinada ao ensino da matéria, tratando de toda a longa Parte Especial do CP espanhol (na versão atualizada em 1973, com as modificações posteriores), com exceção do que se refere às contravenções. A exposição limita-se aos aspectos técnicos, eliminando-se as referências históricas e direito comparado, bem como a invocação de doutrina estrangeira. A matéria é exposta com simplicidade e segurança, no estudo das várias figuras de delito, classificadas em crimes contra as pessoas (delitos contra os valores da personalidade e contra os valores patrimoniais) e contra a sociedade (crimes contra os valores sociais supra-estatais e crimes contra o Estado). Nota-se, no curso de toda a exposição, a adequada postura crítica que hoje corresponde ao jurista de um modo geral, e, particularmente, aos espanhóis, diante da estrutura terrivelmente repressiva e conservadora do velho direito penal de seu país.

As obras deste tipo costumam servir de base ao autor para o desenvolvimento de estudos mais amplos e mais profundos, que no caso de MUÑOZ CONDE certamente virão. O exame completo da Parte Especial (que QUINTA. NO RIPOLLÉS realizou de forma exaustiva, embora parcialmente) constitui etapa importante a percorrer e, de certa forma, o caminho natural para o amadurecimento de idéias, indispensável para a realização de obra valiosa na doutrina da Parte Geral.

H. C. F.

ROBERTO LYRA, *A Liberdade e a Jurisprudência do S.T.F.*, Rio de Janeiro, Liber Juris, 1977, 191 págs.

Mestre ROBERTO LYRA recolhe, neste pequeno volume, cerca de 30 decisões do Supremo Tribunal Federal, em matéria política, proferidas no período que se inicia em 1964, altamente expressivas da posição firme e equilibrada que a Alta Corte assumiu, nesse período de muitos abusos, arbítrio e prepotência na perseguição criminal. Em pequena epígrafe, ao início do volume, está dito: "Esta obra documenta, para honra de nossa história jurídica, a resistência das tradições, do gênio e do destino do Brasil. Destaca, pela ordem das datas, os mais importantes acórdãos do STF no período iniciado em 1964".

A coletânea de decisões precedida de uma introdução, em que são reproduzidos textos de declarações de direitos, com breves comentários sobre a jurisdição militar e a segurança nacional. Mas o grande mérito da obra está realmente na seleção dos acórdãos, realizada com extrema felicidade e mão de mestre.

Para um advogado que viveu intensamente a resistência democrática desse período, em sua atividade nos pretórios, e que vê reproduzidas decisões de casos em que atuou, em momentos de profunda inquietação, constitui agradável exercício espiritual a leitura do livro, que enseja reflexão.

Com o movimento militar de 1964, surgiu uma pretensão punitiva revolucionária desenfreada, que se movia com extrema dificuldade, em face da legislação em vigor e do sistema de garantias que ela fixava. Estava em vigência a L. 1802, de 1953, que definia os crimes contra a ordem política e social e o velho Código de Justiça Militar que, em seu famoso art. 156, permitia ao encarregado do inquérito policial militar impor prisão ao indiciado por trinta dias, prorrogáveis, pela autoridade superior, por mais vinte.

A pretensão punitiva a que nos referimos foi acompanhada de grave desconfiância na justiça comum, revelando o propósito de utilizar a Justiça Militar, enquadrando em sua competência fatos considerados subversivos ocorridos no antigo regime. Todavia, a L. 1802 somente reconhecia a competência da Justiça Militar nos crimes contra a segurança externa (art. 42). Em consequência, para justificar a instauração de IPMs, empregando o instrumental de constrangimento previsto para o processo penal militar, o único caminho encontrado foi o de classificar os atos de subversão atribuídos a agentes do antigo governo, no art. inciso III da L. 1802, que definia crime da competência da Justiça Militar ("mudar a ordem política ou social estabelecida na Constituição, mediante ajuda ou subsídio de Estado estrangeiro ou de organização estrangeira ou de caráter internacional").

Os fatos, no entanto, tornavam difícil esse enquadramento, surgindo então denúncias ridículas e fantasiosas, que invocaram, sem qualquer seriedade, a influência do comunismo internacional. Fatos como pertencer a associações culturais Brasil-China ou Brasil-URSS, realizar viagem a Cuba, receber correspondência de qualquer país socialista, foram erigidos à categoria de prova plena da ajuda ou subsídio de Estado estrangeiro.

A essa investida reagiram os tribunais, aplicando simplesmente, a lei em vigor. No STM merecem destaque, nesse período, entre os juízes togados, o Ministro Orlando Moutinho Ribeiro da Costa, e, entre os militares, a figura excepcional do Ministro Pery Constant Bevilacqua. Em numerosas decisões, o STM declarou a incompetência da Justiça Militar, em vários casos. O Supremo Tribunal Federal, por seu turno, revelou extraordinária firmeza e independência, concedendo *habeas corpus* em que declarava a ausência de justa causa, afirmando a inépcia da denúncia. Essa orientação continuou após o

Ato Institucional nº 2, que transferiu para a competência da Justiça Militar todos os crimes políticos, salvo os previstos na lei de imprensa. Estes só foram incorporados à lei de segurança em 1967, com o DL 314.

A coletânea organizada pelo Prof. ROBERTO LYRA é particularmente feliz, obedecendo ao propósito de não alongar demasiadamente a obra. Constituirá subsídio importante quando se tiver de escrever a história judiciária desse período particularmente conturbado da vida nacional.

H. C. F.

ESTHER FIGUEIREDO FERRAZ, A Co-Delinquência no Direito Penal Brasileiro, José Bushatsky, Editor, 1976.

O trabalho representa um esforço de sistematização dos problemas da co-delinquência no âmbito formal de sua disciplina legal. A matéria é apresentada a partir das teorias sobre a natureza jurídica da co-delinquência (teorias pluralística, dualística e unitária), assumindo a última, como a lei vigente e a maioria da doutrina, mas repudiando as situações de responsabilidade objetiva originadas de seu totalitarismo e não resolvidas pelas agravações ou atenuações da co-autoria. Não obstante, fundamenta a necessidade de distinção entre autor(es) e partícipe(s) na própria natureza das coisas: fórmulas legais não são capazes de abolir realidades ontológicas estruturalmente distintas. A natureza acessória da participação é determinada por uma relação de dependência necessária do fato principal, a despeito de não se preocupar com as teorias que têm por objeto fixar o âmbito da estrutura conceitual do fato principal em que se realiza essa aderência ou acessão (acessoriedade limitada, extrema, etc.).

É instrutiva a crítica da disciplina legal da incomunicabilidade das chamadas circunstâncias subjetivas ante a exceção resultante de sua continência no tipo, com as situações de perplexidade criadas no conjunto do sistema — como a extensão do privilégio penal concedido à puerpera ao partícipe do infanticídio (como o faz a autora), desprezando o fato de que este é um homicídio cometido em condições excepcionais e personalíssimas, inexistentes no partícipe.

Quanto à chamada delinquência associada, a análise de comportamentos definidos como “crimes políticos” ou “subversivos” não pode ser feita no âmbito estreito das formas ideológicas transitórias do direito, mas no contexto histórico concreto das contradições sociais que originaram aquelas formas de incriminação e sob a necessária perspectiva crítica de sua significação social, da qual nenhuma construção dogmática pode alienar o jurista.

O conceito de crime societário ou “delito colegial”, compreensivo da atividade criminosa das pessoas jurídicas, é tratado de forma atual e didática: a capacidade de agir, determinada pela consciência e vontade, inexistente na estrutura formal de uma “pessoa” que existe como mera criação ou

ficção do direito, também incapaz de impunibilidade ou de consciência da antijuridicidade concreta da ação — pressupostas na responsabilidade penal segundo os critérios admitidos — colide com a necessidade prática de proteção legal contra ações socialmente danosas produzidas pelo abuso econômico. Na origem daquele conceito parece situar-se a já caracterizada tendência de transformar o direito penal em instrumento de correção de distorções sociais vinculadas a determinadas relações históricas de produção e distribuição de bens materiais que favorecem ou incrementam práticas criminosas contra comunidades inteiras. No direito brasileiro, como a autora esclarece, é tradicional a responsabilização penal da pessoa física (diretor, gerente, administrador, etc.) que utilizam a pessoa jurídica como instrumento da realização delituosa.

Define-se pela admissibilidade da co-delinquência em todas as formas de comportamento delituoso, inclusive no fato culposos, sobre o que reporta a controvérsia na doutrina tradicional sem referir a enfática negativa do concurso no tipo culposos, da moderna teoria do delito, elaborada a partir dos postulados do finalismo — cuja estrutura ontológica e critérios metodológicos em nenhum momento preocuparam a autora, em uma matéria tão decisivamente influída pelas teorias nele inspiradas, como a teoria final do autor e, mais modernamente, a do domínio do fato.

Em relação a delitos regidos por leis especiais (como os de imprensa e de responsabilidade) destaca a vigência de regras especiais com exclusão da disciplina do concurso.

Os méritos da monografia são evidentes para serem afetados por essas observações: constitui valorosa contribuição à compreensão da matéria, útil a estudiosos e profissionais, em que as observações apenas revelam o quadro problemático e delicado em que se insere o tema. Elaborado como tese de doutoramento em 1941, revisado e atualizado para compreender as modificações do código de 1969, não perdeu a oportunidade nem a utilidade.

Juarez Cirino dos Santos

DAMÁSIO E. DE JESUS, da Co-Delinquência em face do Novo Código Penal, Editora Revista dos Tribunais e Editora da Universidade de São Paulo, 1976.

Os resultados desse notável esforço de sistematização são, em parte, prejudicados pelas limitações científicas da teoria causal da ação, desdobradas nas teorias restritiva e extensiva do autor: a moderna teoria do domínio do fato, estruturada a partir dos postulados do finalismo — que abandona o estreito mecanicismo daquelas — e propõe critérios capazes de compreender a natureza das relações da autoria coletiva, escapa às preocupações da monografia.

Consequência da precaridade do instrumental teórico são as derivações para o conteúdo da culpabilidade para situar a estrutura subjetiva do compor-

tamento — que, na teoria moderna se resolve no âmbito do tipo, compreendendo os componentes dialéticos da decisão comum e da realização comum do fato. Inobstante, assume que a diversidade de contribuições objetivas e subjetivas para o fato não pode ser excluída por fórmulas cristalizadas na lei — o que leva ao reconhecimento de estruturas ontológicas objetivas que subordinam a construção e a interpretação da forma legal.

A natureza acessória da participação é reduzida ao âmbito da tipicidade do fato principal ao qual adere, rompendo com a teoria (dominante) da acessoridade limitada (ação principal típica e antijurídica), arguindo que a persecução penal do autor exige, apenas, tipicidade, não podendo ser diferente quanto ao participe. Mas a teoria da acesoridade tem por objetivo demarcar, no âmbito de estrutura conceitual do fato principal ao qual a participação adere, os limites fundamentadores da punibilidade da participação, isto é, os atributos do fato principal suficientes para fundamentar essa punibilidade, e não os pressupostos políticos da persecução penal (princípio da legalidade) realizados tecnicamente no tipo.

O conceito restritivo do autor (formalmente determinado pela realização da ação do tipo) condiciona a exclusão da autoria mediata, em que se compreendem situações de domínio da vontade do instrumento (autor imediato).

Entretanto, as limitações metodológicas decorrentes do instrumental teórico utilizado para o acesso ao tema são, desde há muito, conhecidas desse ilustre professor paulista — cujos trabalhos científicos revelam progressiva afinidade com as mais modernas teorias jurídico-penais —, e, assim, em nada desmerecem o extraordinário esforço de pesquisa, orientado por evidente preocupação de coerência sistemática, nem reduzem o valor desse trabalho, que recebeu, com todos os méritos, em 1971, o prêmio "COSTA E SILVA".

Juarez Cirino dos Santos

LIVROS NOVOS RECEBIDOS

FIESTAS LOZA (ALICIA) — Los delitos políticos 1808-1936), Salamanca, 1977, 345 págs.

PONCET (DOMINIQUE) — La protection de l'accusé par la convention européenne de Droits de l'Homme, Genebra, Georg, 1977, 269 págs.

CORDOBA RODA (JUAN) — Culpabilidade y pena, Barcelona, Bosch, 1977, 85 págs.

SORRENTINO (ANTHONY) — Organizing against crime, Redeveloping the neighborhood, Nova York, human Sciences Press, 1977.

TOCH (HANS) — Living in prison, The ecology of survival, Nova York, Londres, Free Press, 1977.

PIMENTEL (MANOEL PEDRO) — Prisões fechadas. Prisões abertas. S. Paulo. Cortez Moraes, 1977.

BERNSTEIN (SUSIE) et al., The iron first and the velvet glove. An Analysis of the U. S. police, Center for reasearch on Criminal Justice, Berkeley, 1977.

RADZINOWICZ (LEON) e KING (JOAN), The Growth of crime, Londres, Hamish Hamilton, 1977.

CHIBNALL (STEVE), Law and order news. An analysis of crime reporting in the British Press, Londres, Tavistock, 1977.

FERREIRA (SÉRGIO DE ANDRÉA) — A técnica de aplicação da pena como instrumento da sua individualização nos códigos de 1940 e 1969, Rio de Janeiro, Forense, 1977.

ASSOCIATION INTERNATIONALE DE DROIT PÉNAL. XIe. Congrès International de Droit Pénal du 9 au 15 septembre 1974. Budapest, Compte rendu les travaux scientifiques des sections du Congrès, Budapest, 1977.

JARPERSE (C. W. G.), VAN LEEUWENBUROW (K. A.), TOORNVLIET (L. G.), eds., Criminology between the rule of law and outlaws, volume em honra a Willem H. Nagel, Deventer, Kluwer, 1977.

DI GENARO (G.), BONOMO (M.) e BREDI (R.), Ordina-mento penitenciario e misure alternative alla detenzione, Milão, Giuffrè 1977.

Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, Aplicação da lei nº 6416, de 24.5.1977 (questões controvertidas), Coleção Adjuntis 6, Porto Alegre, 1977.

LEITE VENTURA (PAULO ROBERTO), Crimes contra o patrimônio, doutrina e jurisprudência, Rio de Janeiro, Editora Rio, 1977.

HUNGRIA (NELSON) — FRAGOSO (HELENO CLAUDIO), Comentários ao Código Penal, Rio de Janeiro, Forense, vol. I tomo 1 (1977); tomo 2 (1978).

ASSIS TOLEDO (F.) — O erro no direito Penal, São Paulo, Saraiva, 1977.

SERRANO NEVES (F. A.) — Direito de Imprensa, São Paulo. Bushatsky 1977.

BRITO ALVES (ROQUE) — Direito Penal, Parte Geral, Recife, Inojosa Editores, 1977 (3ª edição).

MUÑOZ CONDE (F.), Derecho Penal, Parte Especial, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilha, 1977 (2ª ed.).

TORNAGHI (HÉLIO) — Instituições de Processo Penal, São Paulo, Saraiva, 1º e 2º volumes (1977), 3º vol. (1978), (2ª edição).

OTHON SIDOU (J. M.) — As garantias dos direitos coletivos, Habeas Corpus, Ação Popular, Mandado de Segurança, Rio de Janeiro, Forense.

LOUREIRO (OSMAN), Temas penais e outros escritos, Recife, Pool Editorial, 1977.

ANTUNES (MARIANO) — Penas e Sistemas Repressivos, Belém, Conselho Estadual de Cultura, 1977 (2ª edição).

MAC NAMARA (DONAL), SAGARIN (EDWARD), Sex crime and the law, Nova York, Londres, The Free Press, 1977.

LYRA (ROBERTO), A liberdade e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, Rio de Janeiro, Liber Juris, 1977.

CURY URZÚA (ENRIQUE) — Tentativa y delito frustrado, Santiago, Editorial Juridica de Chile, 1977.

BUSSADA (WILSON), Acidentes de Trânsito interpretados pelos tribunais, São Paulo, Pró-Livro, 1977.

GRECO FILHO (VICENTE) — Toxicos, Prevenção, Repressão, São Paulo, Saraiva, 1977.

BELTRÃO (JORGE) — Acidentes de Trânsito, São Paulo, Editora Universitária de Direito, 1977.

SANDERS (WILLIAM B.) — Detective work, A Study of criminal investigations, Nova York, Londres, Free Press, 1977.

SION (ABRAHAM A.), Prostitution and the law, Londres, Faber, 1977.

ISORNI (J.) — Les aveux spontanés, Paris Robert Lafont, 1977.

LEAUTÉ (J.) — Notre Violence, Paris, Edition Denoel, 1977.

COMENTÁRIOS DE JURISPRUDÊNCIA

DECADÊNCIA

Nos termos do que dispõe o art. 524 do Código de Processo Penal, no processo e julgamento dos crimes contra a propriedade industrial deve ser observado o procedimento determinado para os delitos apenados com reclusão, salvo algumas modificações.

Assim, tratando-se de crime que deixa vestígio, a queixa ou a denúncia não pode ser recebida sem o laudo de exame pericial dos objetos que constituem o fato típico (art. 525).

Além disso, cuidando-se de crime de ação penal privada, antes do oferecimento da queixa o ofendido deve promover a prova da *legitimatío ad causam*: "Sem a prova de direito à ação, não será recebida a queixa, nem ordenada qualquer diligência preliminarmente requerida pelo ofendido".

Se o delito, de ação privativa do ofendido, é daqueles que deixa vestígio, cumpre ao interessado, antes do oferecimento da queixa, apresentar petição ao juiz, demonstrando a titularidade do direito lesado e requerendo busca e apreensão dos objetos, com fim de se proceder ao laudo pericial.

Surge uma questão: qual o prazo

para o exercício do direito de queixa na ação penal privada por crime contra a propriedade industrial?

De acordo com os arts. 105 do Código Penal e 38 do Código de Processo Penal, o prazo para o exercício do direito de queixa é de seis meses, contados a partir da data do conhecimento da autoria do crime. O art. 529 do Código de Processo Penal, porém, determina prazo diverso: "Nos crimes" (contra a propriedade industrial) "de ação privativa do ofendido, não será admitida queixa com fundamento em apreensão e em perícia, se decorrido o prazo de 30 dias, após a homologação do laudo".

O prazo é de seis meses ou de trinta dias?

Devemos levar em conta o prazo de seis meses, previsto nos arts. 105 do Código Penal e 38 do Código de Processo Penal, contado a partir do conhecimento da autoria do crime ou o de trinta dias, a partir do laudo pericial (art. 529 do estatuto processual penal).

Se se entender correta a segunda alternativa, surgirá nova questão: o prazo de trinta dias corre a partir da data da homologação do laudo pericial ou de sua intimação ao querelante?

Há três posições a respeito dessa matéria:

1ª — O prazo decadencial é de seis meses, contado a partir da data do conhecimento da autoria do crime:

Rec. crim. nº 46.806 — São Paulo — 2ª Câmara. Crim. do primitivo T.A. — SP., em 30.09.64 — v. un. — Rel. Des. Italo Galli — RT 358/288;

Rec. crim. nº 52.867 — Avaré — 4ª Câmara. Crim. do primitivo T.A. — SP., em 19.06.66 — m. votos — Rel. Des. Rodrigues Porto — RT 376/254;

HC. nº 52.030 — São Paulo — 4ª Câmara. TACrim. — SP., em 21.02.74 — v. un. Rel. Juiz Rebouças de Carvalho — RT 468/349;

No mesmo sentido:

RT 210/97, 292/470, 298/411, 318/373 e 217/258; JTASP 23/65 e 30/107; *Jurisprudência do Tribunal de Alçada Criminal*, de José Luiz Vicente de Azevedo Franceschini, Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda., São Paulo, 1975, vol. I, pág. 545, nº 1.543 A; RTJ 63/34.

Essa corrente entende que não há um prazo decadencial especial para o exercício do direito de queixa na ação penal por crime contra a propriedade industrial. O prazo é de seis meses, contados da data em que o ofendido toma ciência da autoria do crime (arts. 38 do Código de Processo Penal e 105 do Código Penal). É a orientação de Espinola Filho, para quem o exercício do direito de queixa “está vinculado à observância do prazo de seis meses, contado do dia em que o ofendido veio a ter conhecimento de quem é o autor da viola-

ção do seu direito (Código de Processo Penal Brasileiro Anotado”, Borsoli, Rio, 4ª ed., vol. V, págs. 218/9, nº... 1.022).

Para Magalhães Noronha, o prazo do art. 529 do Código de Processo Penal se refere “ao direito de ação do ofendido com fundamento no ato de busca e apreensão, não abrangendo esses dispositivos” (arts. 529 e 530 do estatuto processual penal) “o art. 105 do Código Penal de 1940 (art. 104 do Código Penal de 1969), que fixa o prazo de seis meses para o ofendido exercer o direito de queixa”. E cita João da Gama Cerqueira, segundo o qual, não obstante o término daquele prazo, o ofendido poderá requerer novas diligências, visto que “a disposição do Código de Processo Penal não importa decadência do direito de queixa, visando somente a impedir que o requerente da diligência mantenha em depósito indefinidamente os objetos apreendidos, causando injusto prejuízo à parte contrária” (Magalhães Noronha, *Curso de Direito Processual Penal*, Saraiva, São Paulo, 1974, pág. 290; João da Gama Cerqueira, *Tratado da Propriedade Industrial*, 1952, vol. II, tomo I, parte II, pág. 359).

Não se pode admitir, ensina José Frederico Marques, que os arts. 529 e 530 do Código de Processo Penal “tenham estabelecido forma especial quanto ao prazo de decadência, não se aplicando, por isso, in casu, a regra do art. 105 do Código Penal. O que se infere dos dispositivos legais trazidos à colação é o seguinte: o ofendido, enquanto não decorrer o prazo do art. 105 do Cód. Penal, pode propor a ação penal privada; mas, se antes tiver requerido diligência preliminar de busca e apreensão, por

força do art. 525 do Cód. de Proc. Penal, não se lhe será dado ingressar com a queixa, fundada em tal diligência, se esgotados se encontrarem os prazos mencionados, respectivamente, nos arts. 529, caput, e 530 do Cód. de Proc. Penal. Note-se, porém, que o ofendido, perdidos os prazos por último referidos, pode requerer novas diligências”. “Para tanto, é suficiente que ainda não tenha ocorrido a decadência do direito de queixa, pois do contrário faltaria legítimo interesse para o pedido” (*Elementos de Direito Processual Penal*, Forense, Rio, 1962 págs. 359/60, nº 855).

Tourinho Filho também entende que o prazo é de seis meses, salvo se o ofendido requereu busca e apreensão. Nesse caso, ensina, “antes de decorridos os 30 dias que se seguem à homologação deverá exercer o direito de queixa, pena de decadência. Nada obsta, entretanto, que, perdido tal prazo, requeira novos exames (se forem diferentes dos primeiros) e, se quando da homologação do novo laudo, ainda estiver dentro do semestre, poderá exercer o seu direito de queixa” (*Processo Penal*, Editora Javalovi, Bauru, 1975, vol. IV, pág. 103).

O Supremo Tribunal Federal já se pronunciou nesse sentido. O Min. Nunes Leal, relator do HC. nº 39.656, de São Paulo, considerou que se aceitarmos a orientação da contagem do prazo nos termos do art. 529 do Cód. de Proc. Penal, “ficará a critério do lesado ampliar o prazo de queixa indefinidamente. Mesmo quando documentada a sua ciência da autoria do crime, poderia retardar o pedido de busca e apreensão. Adiada assim a homologação do laudo respectivo, estaria também ampliado o prazo para

a queixa” (apud *Jurisprudência Criminal*, de Heleno Cláudio Fragoso, Borsoli, Rio, 1973, vol. I, pág. 127, nº 127).

2ª orientação: O prazo decadencial é de trinta dias, contados a partir da homologação do laudo pericial:

Rec. crim. nº 61.310 — Avaré — 2ª Câmara. Crim. do primitivo T.A. — SP., em 1º.12.66 — v. un. — RT 377/266;

Rec. crim. nº 58.296 — São Paulo — 1ª Câmara. Crim. do primitivo T.A. — SP., em 6.07.66 — v. un. — Rel. Des. Azevedo Franceschini — RT 379/240.

No mesmo sentido: RT 276/531 e 340/249; “*Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça da Guanabara*”, vol. 13, pág. 360; RTJ 62/611.

Para essa corrente, a solução da questão se encontra no art. 105 do Código Penal, que reza: “Salvo disposição expressa em contrário, o ofendido decai do direito de queixa” “se não o exerce dentro do prazo de seis meses, contado do dia em que veio a saber quem é o autor do crime” (grifo nosso). Redação quase idêntica tem o art. 38 do Código de Processo Penal: “Salvo disposição em contrário, o ofendido, ou seu representante legal, decairá do direito de queixa” “se não o exercer dentro do prazo de seis meses, contado do dia em que vier a saber quem é o autor do crime” (grifo nosso). A ressalva significa a existência de exceções à regra de que o prazo decadencial é de seis meses e deve ser contado a partir da data do conhecimento da autoria do crime. São os casos dentre outros, dos arts. 236, parágrafo único e 240, § 2º, do Código Penal. No crime de induzimento a erro essencial e ocultação de impedimento, o prazo para o exercício do direito de queixa não

é de seis meses: a ação penal não pode ser intentada senão depois de transitar em julgado a sentença que, por motivo de erro ou impedimento, anule o casamento. No adultério, a ação penal deve ser proposta dentro do prazo de um mês, contado a partir do conhecimento do fato. Nos termos da orientação, o art. 529 do Código de Processo Penal contém outra exceção. Assim, nos crimes contra a propriedade industrial, de ação penal privada, a queixa deve ser proposta dentro do prazo de 30 dias, contados a partir da data da homologação do laudo pericial, não sendo necessária intimação ao ofendido.

3ª orientação: o prazo decadencial é de trinta dias, contados a partir da intimação ao ofendido da homologação do laudo pericial:

Rec. crim. nº 4.129 — São Paulo — 4ª Câm. TACrim. - SP., em 6.08.68 — v. un. — Rel. Juiz Castro Garms — RT 394/275;

Rec. crim. nº 14.704 — São Paulo — 3ª Câm. TACrim. - SP., em 3.04.70 — v. un. Rel. Juiz Moreni Gonzales — RT 416/279;

HC, nº 52.046 — SP — 1ª Turma do STF, em 12.03.74 — v. un. — Rel. Min. Rodrigues Alckmin — RTJ 69/401.

No mesmo sentido: RT 266/502 e 352/238; **Jurisprudência do Tribunal de Alcáida Criminal**, de José Luiz Vicente de Azevedo Franceschini, Livraria e Editora Universitária de Direito Ltda., São Paulo, 1975, vol. I. pág. 548, nº 1.554; JTACSP 18/63, 28/83 e 32/55.

Essa orientação tem por fundamento o disposto no art. 798, § 5º, do

Código de Processo Penal: "Salvo os casos expressos, os prazos correrão da intimação". Daí entender que, não havendo texto expresso prevendo que o prazo do art. 529 deva correr de forma diversa, o lapso de trinta dias tem o seu termo "a quo" na data da intimação ao ofendido da homologação do laudo pericial.

Essa é a posição atual da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal: "Aos crimes praticados contra a propriedade imaterial que deixam vestígios, deve aplicar-se o art. 529 do C. Pr. Penal. O prazo de caducidade para o ajuizamento da queixa é de 30 dias, contados estes de quando o ofendido toma ciência da homologação do laudo pericial se este for indispensável à formalização daquela peça (RHC. nº 54.738 — São Paulo — 28.09.76 — v. un. — Rel. Min. Antônio Neder — DJU. de 19.11.76, pág. 10.030).

Como vimos, há duas hipóteses:

1ª — quando o crime não deixa vestígios, o prazo decadencial é de seis meses (arts. 105 do Cód. Penal e 38 do Código de Processo Penal), não havendo dúvida a respeito;

2ª — quando o crime deixa vestígios, antes do oferecimento da queixa o ofendido deve providenciar a diligência da apreensão e perícia. É aí que surge a dúvida de interpretação.

Cremos que o prazo decadencial da ação penal privada por crime contra a propriedade industrial é de seis meses, não importando que a infração tenha deixado vestígios ou não. O art. 529 do Código de Processo Penal não dispõe sobre a decadência do direito de queixa. Como ensina João da Gama Cerqueira, referendado por

José Frederico Marques, a citada disposição "não importa decadência do direito de queixa". Tem a finalidade de "impedir que o requerente da diligência" (busca e apreensão) "mantenha em depósito, indefinidamente, os objetos apreendidos, causando injusto prejuízo à parte contrária" (ops. e locs. cit.). Para tanto, requeridos apreensão e laudo dentro do período de seis meses, o ofendido deve oferecer a queixa antes de terminar o prazo de trinta dias, contados a partir da intimação da homologação. Após, a queixa deverá ser rejeitada por falta de condição para o seu exercício. Essa rejeição, porém, não importa em extinção da punibilidade pela decadência (arts. 108, inciso IV e 105 do Código Penal). Tanto que o ofendido poderá oferecer nova queixa fundada em outra perícia, desde que não ultrapassado o semestre. (Comentário de Damásio E. de Jesus).

EXTORSÃO. SÚMULA 145. AGENTE PROVOCADOR

No julgamento da AC 1330, em 12/ago/76, decidiu a 1a. CCTJRJ, por maioria de votos, tendo por relator o eminente Des. Lopes de Sousa, aplicar a Súmula 145 do STF à hipótese de extorsão praticada por via telefônica, na qual os agentes, após ameaça de morte, exigiam Cr\$ 50.000,00 da vítima. Esta, contudo, ao invés de efetuar o pagamento, recorreu à autoridade policial, que se colocou no lugar da vítima e, valendo-se desse expediente, passou a manter contatos por telefone com os extorsionários, ajustando preço e lugar de pagamento, para ulteriormente capturá-los (DO de 13 out. 76, Parte III pág. 2).

O enunciado da súmula 145 ("Não há crime quando a preparação

do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação"), não é explícito quanto ao requisito de instigação ou induzimento, imprescindível para que efetivamente se elida a tipicidade. Nesse sentido, assegura Heleno Cláudio Fragoso: "Só há crime putativo, no caso do flagrante preparado, quando há ação de agente provocador..." (Jurisprudência Criminal, Rio, 1973, I, p. 170). No mesmo sentido o STF, em sessão do Tribunal Pleno, realizada em 17/jun/1977, julgou o RHC 55.361 (DJ 12/ago/1977, p. 5.471).

No caso de que ora nos ocupamos não parece adequado falar-se em ação de agente provocador, de vez que os autores do crime já se haviam deliberado a praticá-lo, chegando a dar início à execução com a ameaça inicial dirigida à vítima, antes mesmo da interveniência policial. Não é possível determinar alguém à prática de um crime, se o agente já deliberou e iniciou a execução. Também não ocorreu ação de agente provocador, instigando ou prestando auxílio, porque as ações desenvolvidas pela autoridade policial (ajuste de preço, de local de pagamento, etc.) foram simples artifícios, com o exclusivo escopo de capturar os responsáveis.

Exemplo rigorosamente similar bem como a sua adequada solução, é apresentado por Nelson Hungria (Comentários ao Código Penal, Rio, 1958 v. II, p. 77). Heleno Cláudio Fragoso adverte exatamente para a possível confusão entre a situação do agente provocador e da predisposição da autoridade policial, asseverando que "responde por tentativa de extorsão o indivíduo que, mediante grave ameaça, exige indevidamente certa quantia de outro, e este, vencendo a

intimidação ou confiante na polícia, mas fingindo ceder, empraça-o para o recebimento e o faz prender "com a boca na botija". A intervenção policial aqui não é mais que a circunstância, alheia à vontade do agente, que impede a consumação do crime e caracteriza a tentativa" (Comentários ao Código Penal, Rio, 1978, V. II p. 435).

Essa distinção — entre a conduta de agente provocador e a simples predisposição da autoridade policial — há de ser propriamente definida, sob pena de justificar o argumento do voto vencido, do eminente Des. Cláudio Vianna de Lima, no sentido de que prevalecendo a aplicação indistinta da Súmula "não haverá solução para as vítimas do crime cogitado, que somente se poderão curvar às exigências dos extorsionários, sem possibilidade de recorrer à autoridade policial, sob pena de se ter a busca de prisão dos malfeitores como flagrante preparado". (Nota de Alexandre Moura Dumans).

MOTORISTA NÃO HABILITADO. IMPERÍCIA PRESUMIDA

Julgando a apelação de réu condenado por homicídio culposo, decidiu o TJDF — relator o eminente Des. José Júlio Leal Fagundes, na AC nº 3.292, pelo desprovimento do recurso, em vista do apelante ser motorista não habilitado e ser presumível sua imperícia. A ementa do julgado ficou assim redigida: "Acidente de trânsito. Homicídio culposo. Motorista não habilitado. Desprovimento do recurso do condenado, até por imperícia presumida". (DJ 27/jun/77 p. 4.343).

A decisão não parece correta, e desde logo convida à reflexão, posto

que pela ementa não é possível saber se se tratou de tipo básico ou de tipo qualificado.

Caso estejamos operando com tipo básico, parece pacífico no Direito Penal dos nossos dias, que a simples inobservância de regra técnica não se confunde com o tipo objetivo de homicídio e das lesões corporais culposas, como ensina João Mestieri, comentando julgado do antigo TAGB (RJD 13-14/142).

Para a integração típica, será sempre necessária relação de causa e efeito entre conduta com ausência de capacitação técnica para o desempenho de atividade regulada por normas de direito administrativo e o evento. Tal exigência — da essência do art. 11 do CP — é fator impeditivo da presunção de que a simples inatenciosidade a uma imposição administrativa e o consequente desconhecimento e desrespeito das regras que regulam a conduta, possam, por si só estabelecer a culpa (cf. Nilo Batista, Decisões Criminais Comentadas, Rio, 1976, p. 18).

A CC do antigo TARJ, decidindo a AC nº 189, relator o eminente Juiz Paulo Gomes, afirmou que "a falta de habilitação legal para dirigir automóveis não pode constituir fator de presunção de culpa" (loc. cit.).

Esta interpretação coincide com a do legislador de 1940 (nº 13 da Exposição de Motivos). "Assim, na definição da culpa *stricto sensu*, é inteiramente abolido o dogmatismo da "inobservância de alguma disposição regulamentar", pois nem sempre é culposo o evento subsequente".

Vista sob esta ótica, é inconteste que a violação de regra técnica, não

constitui o tipo básico objetivo, bem como, um fator que viabilize a possibilidade de presunção de culpa.

Se, entretanto, a decisão examinada diz respeito ao tipo qualificado do art. 121 § 4º do CP, que determina aumento de pena de um terço "se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício, etc...", não é certo confundir imperícia — violação de uma *lex artis* — com o sentido literal da palavra, ou seja, ausência de conhecimento específico relativo a determinada atividade técnica. É evidente que só pode ser considerado imperito, em sentido jurídico-penal, precisamente, aquele que possuindo conhecimento técnico inerente a atividade que se propõe a executar profissionalmente, o faz, em detrimento das regras objetivas de cuidado que sabe ser parte integrante do conjunto de elementos de capacitação à atividade profissional exercida.

Não é jurídico que alguém receba uma pena maior por ter violado regras técnicas correspondentes a uma profissão, quando resulta provado que, ao contrário, não estava legalmente obrigado a proceder de acordo com as normas de conduta — por desconhece-las — exigíveis aos profissionais daquela atividade. Em se tratando de condutores de veículos automotores, só pode agir com imperícia aquele que for condutor profissional.

In casu, o apelante não era habilitado.

É preciso não olvidar que tratamos com tipo, e com tipo derivado por qualificação. Ora, se a violação de regra técnica não constitui evidentemente o tipo básico objetivo, como

é possível constituir presumidamente o tipo agravado? É óbvio que o *plus* de censurabilidade da conduta tem por fundamento, justamente, a responsabilidade mais acentuada do profissional.

Anibal Bruno ensina que "não é a imperícia do agente, que se torna agravante na primeira hipótese, mas a incensuração com que age desprezando as regras de seu ofício, e, por esse desinteresse, provocando o fato punível" (cf. Direito Penal, Forense, 2a. ed., IV, p. 130).

Heleno Fragoso (Lições, Bushatky, P.E., 1976, p. 72) referindo-se a imperícia como causa de aumento de pena nos chamados delitos de circulação, afirma que "tal dispositivo só se aplica quando se trata de um profissional", e referindo-se a Burns (*Strafzumessungsrecht*, 1967, p. 96/335) adverte de perigo da dupla valoração das características do tipo, consideradas pelo Juiz, com relação às circunstâncias qualificativas.

A lembrança é oportuníssima.

O antigo TAGB, já em 1973; preocupava-se com o assunto, e por repetidas vezes ao prover apelações de acusados que sofreram um acréscimo imerecido na pena, houve por bem adequá-las à tipicidade básica, impedindo que as circunstâncias do fato que constituíram o núcleo da atividade do agente, sejam novamente valoradas, na aplicação da pena, servindo de exemplo a decisão transcrita: "Delito de Trânsito. O elemento de fato que constitui por si só a culpa nos chamados delitos de trânsito não pode ser novamente considerado para exasperar a pena por inobservância de regra de profissão". (1a. CC relator o eminente Juiz Jorge Alber-

to Romeiro, AC. nº 2.439, publicada no DO de 01/07/74).

Sobre o assunto, é ainda de consulta obrigatória, o estudo da lavra do mesmo Heleno Fragoso, à guisa de comentário à revisão criminal nº 61 do antigo TAEG (in Jur. Criminal nº 149), destacando-se o judicioso voto do eminente Juiz Eliezer Rosa, relator do processo.

A imperícia, assim considerada, não é concorrente da imprudência — culpa in comitendo e da negligência — culpa in omitendo — como forma de culpa. Ela é, praticamente, estranha ao tipo básico do homicídio, eis que se constitui na essência de uma das modalidades do tipo agravado do § 4º do art. 121 do CP.

A decisão, se não for esporádica, encerra lamentável retrocesso no TJDF. Este Tribunal decidiu recentemente, no HC 1.947, relator o eminente Des. Mario Dante Guerrero, publicada no DO de 4 de março de 1977, que “o exame perfunctório dos elementos de convicção que lastreiam todo o feito, não demonstram a culpa própria, direta e pessoal do paciente na causação do acidente. Assim sendo, não é possível que continue a ter existência fenomênica a ação penal contra ele intentada, que se reveste de manifesto constrangimento ilegal. Concede-se a ordem a fim de trancar a ação penal”.

Decidir presumindo culpa, tendo em vista o fato do agente não ser habilitado para dirigir automóvel, é reviver a tenebrosa regra do *qui in re illicita versatur etiam pro casu teneatur*, é desprezar o esforço do moderno direito penal para varrer de seus domínios os resquícios de responsa-

bilidade objetiva. (Nota de José Mauro Couto de Assis).

SÚMULA 146: ORIENTAÇÃO ATUAL DO STF

Nos termos do que dispõe o art. 109, caput, CP, a prescrição da pretensão punitiva (prescrição da ação penal), salvo a exceção do art. 110, parágrafo único, do mesmo estatuto, é regulada pelo máximo da sanção privativa de liberdade. Significa que antes do trânsito em julgado da sentença final o prazo prescricional deve ser considerado em face da pena máxima cominada. Há, porém, uma exceção: caso em que, não obstante tratar-se de prescrição da pretensão punitiva, não é a pena em abstrato que regula o prazo, mas a pena em concreto, isto é, a imposta pelo juiz na sentença. Diz o preceito excepcional: “A prescrição, depois de sentença condenatória de que somente o réu tenha recorrido, regula-se também pela pena imposta e verifica-se nos mesmos prazos”. Se a acusação não recorreu, significa que se contentou com a quantidade da pena cominada na sentença. Então, a pena concreta passa a constituir o máximo que poderá ser imposto definitivamente ao réu. Se ele praticou crime de lesão corporal leve e foi condenado a seis meses de detenção, terá duas alternativas favoráveis na decisão do Tribunal: redução da pena ou absolvição. A pena, diante da inexistência de recurso da acusação, não poderá ser agravada. Diante disso, temos a seguinte situação: antes de a sentença transitar para a acusação, a prescrição era regulada pelo máximo da pena que poderia ser imposta ao réu; condenado este, e não tendo recorrido aquela, o máximo agora é a pena de

seis meses de detenção. E, como o parágrafo citado usa a expressão “depois de sentença condenatória”, isso quer dizer que a partir da condenação o prazo prescricional da pretensão punitiva passa a ser regulado pela pena concreta. É a lição de José Frederico Marques: “Quando a sentença condenatória recorível aceitar a qualificação jurídica da denúncia, ao réu impondo “in concreto” a pena cabível, — essa decisão produzirá efeitos “ex.nunc” no tocante ao cálculo do prazo prescricional, desde que só o réu haja apelado. Daí por diante, o tempo da prescrição será computado com fundamento na pena que a sentença fixou, e não mais na pena máxima abstratamente cominada” (Tratado de Direito Penal, Saraiva, São Paulo, 1956, vol. III, pág. 415, § 162, n. 2).

O Supremo Tribunal Federal, porém, na Súmula 146, passou a considerar o seguinte: a prescrição da pretensão punitiva, quando não há recurso da acusação, regula-se pela pena concretizada na sentença. Criou a chamada prescrição retroativa: a pena imposta na sentença tem efeito de retroagir para regular o prazo prescricional da pretensão punitiva. Suponha-se que, no exemplo dado, condenado o réu a seis meses de detenção, tenham decorrido dois anos e dois meses entre a data do recebimento da denúncia e a data em que foi publicada a sentença condenatória. Nos termos da prescrição sumular, o Estado já havia perdido o poder-dever de punir (pretensão punitiva) quando da condenação art. 109, inciso VI, do Código Penal).

Aplicando o princípio sumular, a Excelsa Corte, salvo votos isolados,

passou a aceitar todas as suas consequências lógicas. A partir de 1970, porém houve um movimento no sentido de restringir o seu alcance, exigindo-se os seguintes requisitos para a sua aplicação:

1º — sentença condenatória de primeiro grau;

2º — existência de recurso da defesa e inexistência de recurso da acusação;

3º — possibilidade de contagem somente entre a data do recebimento da denúncia e a data da publicação da sentença condenatória.

Ficou mantido o princípio da extinção da punibilidade pela aplicação retroativa da prescrição da pretensão punitiva, restrito a determinados requisitos, não podendo ser ampliado: “Como entendo que a Súmula é errada, e tenho que me submeter a ela, não amplio o erro — fico no erro, mas não além dele” (Ministro Luiz Gallotti — RTJ, 59/893, citação de Nilson Vital Naves, in O Supremo Tribunal Federal e o Princípio da Prescrição Pena em Concreto, Revista dos Tribunais, vol. 472, pág. 287; Justitia, vol. 88, pág. 290).

A prescrição retroativa, diante da restrição, não podia ser aplicada nos casos seguintes:

1º — existência de recurso da acusação, provido ou improvido;

2º — inexistência de recurso do réu;

3º — prazo entre a data do fato e a data do recebimento da denúncia;

4º — absolvição em primeiro grau e condenação no Tribunal;

5º — pena atenuada em segunda instância.

Essa orientação, segundo informa Nilson Vital Naves, vigorou com certa tranquilidade de meados de 1972 até final de 1974 (art. cit., págs. 289 e 292, respect.), quando a Excelsa Corte, com dois novos Ministros (Leitão de Abreu e Cordeiro Guerra), reviveu os debates a respeito do assunto, inclinando-se no sentido liberal.

Atualmente, é a seguinte a situação da Súmula 146 no Supremo Tribunal Federal:

1. A ausência de recurso do réu não impede a aplicação da Súmula 146.

"Furto qualificado. Condenação. Ausência de recurso do réu. Incidência da Súmula n. 146, segundo jurisprudência recentemente adotada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal (RHC. n. 52.432, 22.10.75). Recurso de habeas corpus provido (RHC. n. 53.450 — SP — 2ª Turma, em 4.11.75 — v. un. — Rel. Thompson Flores — DJU. de 26.12.75, pág. 9.638).

"Habeas corpus". Prescrição pela pena concretizada na sentença. Sentença transitada em julgado para a acusação. Recurso da defesa. Desnecessidade. — Aplicação da Súmula 146. Recurso provido (RHC. n. 53.551 — SP — 2ª Turma, em 31.10.75 — v. un. — Rel. Min. Leitão de Abreu — DJU. de 26.12.75, pág. 9.638).

Recurso de "Habeas Corpus". Condenação a (1) ano de reclusão, em sentença que transitou em julgado para o Ministério Público, nos termos do artigo n. 443, combinado com o artigo 526, ambos do Código de Processo Penal Militar.

Decurso do prazo de mais de quatro anos, mesmo sem recurso do réu.

II. Extinção da punibilidade pela prescrição, nos termos do artigo 125, II, seu § 1º, do Código Penal Militar, aplicada a Súmula n. 146, em seu sentido compreensivo, pelo Supremo Tribunal Federal (ERE. Cr. n. 76.320, e outros).

III. Recurso provido (RHC. n. 54.049 — PE — 2ª Turma, em 5.12.75 — v. un. — Rel. Min. Thompson Flores — DJU. de 27.2.76, pág. 1.281).

O Supremo Tribunal Federal entendia que um dos requisitos para a aplicação da Súmula 146 era a existência de recurso do réu:

"Prescrição pela pena concretizada na sentença. Se a defesa não recorre, deixando transitar em julgado a sentença condenatória de que também não recorreu a acusação, não tem aplicação a Súmula 146.

Recurso conhecido e provido — RE. Cr. n. 74.974 — SP — Plenário, em 24.5.73 — m. v. (contra o voto do Min. Aliomar Baleeiro) — Rel. Min. Xavier de Albuquerque — D.J.U., de 29.6.73, pág. 8.486.

No RHC. n. 52.432 o Pretório Excelso, em 22.10.75, em sessão plenária, decidiu que o recurso do réu é desnecessário para a incidência da prescrição sumular retroativa. O fundamento já constava de voto do Min. Bilac Pinto, que "não vislumbrava na ausência de recurso da defesa um meio de afastar a incidência da Súmula, pois textualmente ela não o reclama" (HC. n. 50.967, DJU de 7.12.73, cit. de Vital Naves, revs. cit., págs. 289 e 293, respect.).

2. O prazo prescricional sumular pode ser contado entre a data do fato e a do recebimento da denúncia ou entre esta e a da publicação da sentença condenatória.

"A prescrição pela pena concretizada, de que trata a Súmula 146, retroage, tanto ao período regressivamente contado da sentença condenatória ao despacho de recebimento da denúncia, quanto àquele compreendido entre este e o fato criminoso. — Restabelecimento da orientação do Supremo Tribunal, anterior a 1972, que dava interpretação à referida Súmula e dela extraía todas as consequências lógicas. Recurso de "habeas corpus" provido" (HC. n. 53.779 — RJ — 2ª Turma, em 31.10.75 — m.v. — Rel. Min. Cordeiro Guerra — DJU. de 26.12.75, pág. 9.638).

"Prescrição pela pena concretizada na sentença (Súmula 146). Sua consumação no período compreendido entre o fato criminoso e o despacho de recebimento da denúncia. Recurso de "habeas corpus" provido". (RHC. n. 54.111 — RJ — 2ª Turma, em 10.2.76 — m. votos — Rel. Min. Xavier de Albuquerque — DJU. de 19.3.76, pág. 1.745).

Entendia o Supremo Tribunal Federal que a contagem do prazo prescricional, nos termos da Súmula 146, só podia ser feita entre a data do recebimento da denúncia e a da publicação da sentença condenatória, vedada a contagem entre a data do fato e a do recebimento da peça vestibular da ação penal:

"Prescrição. Antes da denúncia, o prazo da prescrição se regula pelo

máximo da pena privativa da liberdade cominada ao crime, não pela pena que venha a ser fixada na decisão condenatória. Recurso de "habeas corpus" não provido" (Rec. Extraord. n.º 51.073 — GB. — 1ª Turma, em 11.5.73 — m. votos — Rel. Min. Rodrigues de Alckmin DJU de 15.6.73, pág. 4.327).

Agora, porém, a Segunda Turma do Pretório Excelso modificou seu entendimento, permitindo a contagem entre a data do fato e a do recebimento da denúncia ou entre esta e a data da publicação da sentença.

3. A Súmula 146 é aplicável aos casos de condenação imposta em segunda instância.

"Prescrição. Condenação em segunda instância. Aplicação da S. 146.

O recurso oposto pela acusação à sentença absolutória de primeira instância não é aquele que o texto da Súmula prevê como fator impeditivo da prescrição que determina. Assim pela pena concretizada no acórdão regula-se a prescrição. Aplicação da S. 146. Abandono de sua exegese restritiva. — Pedido de "habeas corpus" deferido (Reg. STF. art. 155, § 3º) (HC. n. 52.947 — SP — 1ª Turma, em 7.3.75 — Rel. Min. Bilac Pinto — DJU. de 11.4.75, págs. 2.302 e 2.303).

"Prescrição. Condenação em Segunda Instância — Aplicação da Lei número 5.154. O recurso oposto pela acusação à sentença absolutória de primeira instância não é aquele que o texto da Súmula prevê como fator impeditivo da prescrição que determina. Assim, pela pena concretizada no acórdão regula-se a prescrição.

Aplicação da Súmula 146. Abandono de sua exegese restritiva. — Pedido de "habeas corpus" deferido (Regimento STF, artigo 155, § 3º) (HC. n. 53.079 — SP — 1ª Turma, em 7.3.75 — m. v. — Rel. Min. Bilac Pinto DJU. de 11.4.75, pág. 2.303).

"Súmula 146. Interpretação compreensiva do seu enunciado. Sua aplicação aos casos de condenação imposta em segunda instância. Embargos conhecidos e recebidos" (RECr. n. 76.320 — SP — Plenário, em 11.9.75 — m. v. — Rel. Min. Aliomar Baleeiro — DJU. de 26.2.75, pág. 9.641).

"Prescrição pela pena concretizada. A Súmula 146 é aplicável aos casos de condenação imposta em segunda instância, segundo recentemente decidiu, ao modificar sua jurisprudência dos últimos três anos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (ERE. n. 76.320, 11.9.75).

Embora incabível, no caso, o recurso extraordinário, concede-se "habeas corpus" de ofício" (RECr. n. 80.051 — GB — 2ª Turma, em 23.9.75 — v. un. — Rel. Min. Xavier de Albuquerque — DJU. de 24.10.75, pág. 7.761).

"Prescrição pela pena concretizada. A Súmula 146 é aplicável aos casos de condenação imposta em segunda instância, segundo recentemente decidiu, ao modificar sua jurisprudência dos últimos três anos o Plenário do Supremo Tribunal Federal (RECr. n. 76.320, 11.9.75). Recurso extraordinário não conhecido" (RECr. n. 80.731 — RJ — 2a. Turma, em 23.9.75 — v. un. — Rel. Min. Xavier de Albuquerque — DJU. de 24.10.75, pág. 7.762).

"Crime do art. 172 do Código Penal. Condenação. Decisão suficientemente fundamentada não é nula. — II — Decretação da extinção da punibilidade pela prescrição, embora a condenação ocorresse apenas em Segunda Instância. Aplicação compreensiva da Súmula n. 146 do Supremo Tribunal Federal, em conformidade com decisão do Plenário, com a sua atual composição (ERE. CR. n. 76.320 de 11.9.75). III — Petição de "habeas corpus" processada indevidamente como recurso. Deferimento" (HC. n. 53.887 — CE — 2a. Turma, em 25.11.75 — v. un. — Rel. Min. Thompson Flores — DJU. de 13.2.76, pág. 899).

"Habeas corpus" — Prescrição. Sentença absolutória. Condenação em segundo grau. Reconhecimento face à Súmula 146, conforme julgado do Tribunal Pleno, que, por maioria de votos, lhe deu interpretação extensiva. Ressalva do relator. Extensão ao co-réu — artigo 580 do CPP" (HC. n. 53.840 — SP — 2a. Turma, em 9.12.75 — v. un. — Rel. Min. Cordeiro Guerra — DJU. de 27.2.76, pág. 1.281).

O Pretório Excelso, para a incidência da Súmula 146, exigia sentença condenatória de primeiro grau. Em face disso, a pena que regia a contagem retroativa era somente a imposta em primeira instância. Assim, não era aplicada a Súmula quando, absolvido em primeira instância, era o réu condenado pelo Tribunal em face de recurso de ofício ou da acusação:

"A incidência do verbete 146 da Súmula de Jurisprudência do Supremo Tribunal pressupõe condenação em primeiro grau e recurso interpos-

to somente pelo réu, pois esta Corte vem reafirmando que a mencionada regra jurisprudencial não pode ser ampliada para abranger o caso em que, absolvido em primeira instância, seja o réu condenado pelo Tribunal que julgue o apelo do acusador" (HC n.º 49.959 — SP — 2a. Turma, em 27.10.72 — v. un. — rel. Min. Antônio Neder — DJU de 21.12.72, págs. 8.770 - 71).

Agora, porém, em sua nova orientação, o Supremo Tribunal Federal, através de decisão plenária, entende que é possível a aplicação da Súmula 146 quando o réu vem a ser condenado em segunda instância, em razão de recurso de ofício ou da acusação. Assim, absolvido em primeiro grau e condenado pelo Tribunal, cabível é a prescrição retroativa. Diante disso, o recurso do Ministério Público contra a sentença absolutória não constitui impedimento ao efeito retroativo sumular. Como se viu, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal entende que "o recurso oposto pela acusação à sentença absolutória de primeira instância não é aquele que o texto da Súmula prevê como fator impeditivo da prescrição que determina" (HC. n. 52.947 — SP — 7.3.75 — Rel. Min. Bilac Pinto — DJU. de 11.4.75, págs. 2.302 e 2.303).

Em face disso, depreende-se que somente o recurso da acusação contra a sentença condenatória visando ao agravamento da pena constitui obstáculo à incidência da Súmula 146 circunstância que já havia sido esclarecida pelo Min. Bilac Pinto: "Então, pela pena concretizada no acórdão regular-se-ia a prescrição, desde que o Ministério Público não tivesse pretendido exacerbar tal pena pelas vias

recursais permitidas pela lei processual" (HC. n. 49.431 — DJU de 21.9.73; RECr. n. 73.180, RTJ 68/109 — cit. de Vital Naves, revs. e locs. cit.) Vê-se que não impede a prescrição retroativa o recurso do Ministério Público que visa exclusiva e expressamente a obstacular o princípio sumular. Nesse procedimento existe confusão de que a acusação está satisfeita com a quantidade da pena imposta, motivo pelo qual a prescrição não pode ser mais regulada pelo máximo da condenação abstrata. Não impede também a aplicação sumular a apelação do Ministério Público que, não pretendendo agravar a pena, visa a alterar parte da sentença, como, por exemplo, a cassação do sursis concedido ao réu.

4. Para efeito de aplicação da Súmula 146 pode ser considerada a pena reduzida em segunda instância, desde que não haja recurso da acusação visando ao agravamento da sanção imposta na sentença condenatória.

"Prescrição retroativa baseada na pena concretizada em segunda instância, menor do que aquela primitivamente imposta na sentença apelada e parcialmente reformada. Seu reconhecimento por se haver consumado no período compreendido entre o despacho de recebimento da denúncia e a sentença condenatória. Admissibilidade, nos termos da interpretação compreensiva que o Supremo Tribunal voltou a dar à Súmula 146. Recurso extraordinário conhecido mas não provido" (RECr. n. 80.713 — SP — 2a. Turma, em 28.11.75 — m. votos — Rel. Min. Xavier de Albuquerque — DJU. de 27.2.76, pág. 1.282).

"Prescrição. Pena reduzida pelo acórdão ao apreciar o apelo da defesa, único recurso oposto. Prazo contado entre o recebimento da denúncia e a sentença condenatória de primeiro grau. Aplicação da Súmula 146. Recurso da acusação conhecido, porém desprovido" (RECr. n. 79.026 — SP — Primeira Turma em 17.2.76 — v. un. — Rel. Min. Bilac Pinto — DJU. de 26.3.76, pág. 2.034).

"Prescrição retroativa baseada na pena concretizada em segunda instância, menor do que aquela primitivamente imposta na sentença apelada e parcialmente reformada. Seu reconhecimento por se haver consumado no período compreendido entre o despacho de recebimento da denúncia e a sentença condenatória. Admissibilidade, nos termos da interpretação compreensiva que o Supremo Tribunal voltou a dar à Súmula 146. Precedente: RECr 80.713, Segunda Turma, 28.11.75. Recurso extraordinário conhecido, mas não provido" (RECr n. 83.161 — SP — 2a. Turma, em 17.2.76 — v. un. Rel. Min. Xavier de Albuquerque — DJU. de 19.3.76, pág. 1.746).

"Prescrição. Pena reduzida pelo acórdão ao apreciar o apelo da defesa, único recurso oposto. Prazo contado entre o recebimento da denúncia e a sentença condenatória de primeiro grau. Aplicação da Súmula 146. Recurso da acusação conhecido, porém desprovido" (RECr. n. 81.934 — SP — 1a. Turma, em 17.2.76 — v. un. — Rel. Min. Bilac Pinto — DJU. de 26.4.76, pág. 2.734).

Era pacífico o entendimento do Pretório Excelso no sentido de exigir, para aplicação do princípio da pres-

crição retroativa, pena concretizada em primeiro grau, não admitindo que o Tribunal considerasse a pena por ele reduzida:

"Para o prazo prescricional entre o recebimento da denúncia e a sentença condenatória de primeira instância não se considera a pena aplicada em grau de apelação, embora esta haja sido interposta unicamente pelo réu" (RHC. n. 48.883 — SP — 2a. Turma, em 14.5.71 — v. un. — Rel. Min. Eloy da Rocha — DJU. de 20.8.71, pág. 4.252).

Diante da nova orientação, porém, o prazo prescricional pode ser regulado pela pena reduzida pelo Tribunal ao apreciar a condenação, desde que não haja recurso da acusação visando ao agravamento da sanção.

Resumo:

Era pacífica no Supremo Tribunal Federal, salvo o voto isolado do Ministro Aliomar Baleeiro, a orientação restritiva da aplicação da Súmula 146, exigindo-se:

- 1 — condenação de primeiro grau;
- 2 — recurso tempestivo do réu e inexistência de recurso da acusação;
- 3 — fluência do prazo prescricional entre a data do recebimento da denúncia e a da publicação da sentença. Agora, todavia, a Suprema Corte passou a adotar entendimento liberal e extensivo, restabelecendo a orientação anterior de 1972, "que dava interpretação compreensiva à referida Súmula e dela extraía todas as consequências lógicas", conforme esclareceu o Min. Cordeiro Guerra no HC.

n. 53.779, do Rio de Janeiro, em 31.10.75 (DJU. de 26.12.75, pág. 9.638). A vingar definitivamente o entendimento liberal, teremos as seguintes consequências da aplicação da Súmula 146: 1 — desnecessidade de recurso do réu, podendo o Tribunal decretar a extinção da punibilidade até de ofício; 2 — contagem do prazo entre a data do fato e a do recebimento da denúncia ou entre esta data e a da publicação da sentença; 3 — possibi-

lidade de aplicação da Súmula em segunda instância, quer quando, absolvido o réu em primeiro grau, venha a ser condenado pelo Tribunal em face de recurso de ofício ou da acusação, quer quando aquele reduza a pena imposta na sentença condenatória, desde que não haja recurso da acusação visando ao agravamento da sanção. (Nota de DAMÁSIO E. DE JESUS)