

REVISTA DE DIREITO PENAL

ÓRGÃO OFICIAL DO INSTITUTO DE CIÊNCIAS PENAIS
DO RIO DE JANEIRO
CONJUNTO UNIVERSITÁRIO CÂNDIDO MENDES

Diretor: Prof. Heleno Claudio Fragoso
Redator-Chefe: Prof. Nilo Batista
Secretário: Prof. Arthur Lavigne
Redatores: Augusto Thompson
Celso Fernando de Barros
Cláudio Ramos
Delfim Salum de Oliveira
Heitor Costa Jr.
Juarez Cirino dos Santos
Luiz Fernando de Freitas Santos
Maria Cristina Palhares dos Anjos
Sérgio Verani
Técio Lins e Silva
Yolanda Catão

(c) Copyright

Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro

Rua Paulino Fernandes, n.º 32, 1.º andar — Botafogo
22270 Rio de Janeiro - RJ

Nº 044 /P

Revista de direito penal, v. 1
n. 1 1971

Rio de Janeiro: Forense: Instituto de
Ciências Penais do Rio de Janeiro, 19
v.

1. Direito penal — Periódicos I. Instituto
de Ciências Penais do Rio de Janeiro

CDU J 343 (05)

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

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

Impresso no Brasil

Printed in Brazil

EDITORIAL

Com este número apresentamos a nossos leitores um conjunto de trabalhos do mais alto mérito. A parte de doutrina se inicia com a Carta aberta a um jovem criminólogo, na qual o professor Roberto Lyra Filho realiza, com mão de mestre, penetrante análise das tarefas atuais da Criminologia Crítica. Em seguida publicamos, em excelente tradução, o notável relatório apresentado pelo professor Peter P. Lejins ao III Congresso Internacional do Centro de Pesquisas de Política Criminal, sobre a crise da Política Criminal nos Estados Unidos, focalizando problemas da maior atualidade. Nesta parte aparece também o estudo sobre violência institucional, de nosso colaborador permanente, o professor Juarez Cirino dos Santos, apresentado ao simpósio sobre criminalidade violenta, realizado pelo Conselho Federal da OAB, no Rio de Janeiro, em abril de 1980. Na perspectiva radical analisa-se nesse trabalho um dos aspectos mais importantes do tema. Esta seção se encerra com a brilhante conferência do professor Manoel Pedro Pimentel, sobre problemas contemporâneos do crime e da pena, na qual se apresenta uma lúcida visão crítica do sistema.

Na parte de "Comentários e atualidades", publicamos diversos estudos, começando pela comunicação do professor Nilo Batista sobre a sexualidade nas prisões do Rio de Janeiro, apresentada ao Simpósio Internacional de Psicanálise, realizado no Rio de Janeiro, em outubro de 1978. O leitor encontrará aqui também estudos do professor Sérgio Demoro Hamilton ("Reflexos da falta de atribuição na instância penal"), do juiz Sílvio Teixeira Moreira ("Penas pecuniárias"), do advogado Antonio Carlos Barandier ("Habeas corpus: competência ratione personae e informações ineptas"), do advogado

Celso Delmanto ("Exercício e abuso de direito no crime de estupro"), e do professor Antonio Acir Breda ("Aspectos da crise do sistema processual penal brasileiro").

Publicamos também, nesta edição, excelente parecer do mestre Hélio Tornaghi, sobre desaforamento.

Na parte de leis e projetos aparecem várias leis importantes, promulgadas no período a que se refere a revista, entre as quais estão a lei que concedeu anistia (e seu regulamento) e o novo Código de Menores.

H.C.F.

DOCTRINA

CARTA ABERTA A UM JOVEM CRIMINÓLOGO: TEORIA, PRÁXIS E TÁTICAS ATUAIS

Roberto Lyra Filho

A carta foi redigida em 1979, para discutir o trabalho dum criminólogo brasileiro, que estuda no Canadá. Publico-a, porque tem análise e propostas de alcance geral, além de constituir um posicionamento claro sobre as tarefas atuais da Criminologia Crítica. Omito, no entanto, a indicação do texto debatido, porque, na forma aqui tratada, permaneceu inédito. Foi posteriormente impresso com várias alterações. Nada obstante, os equívocos mencionados aparecem, com frequência, na produção dos criminólogos de vanguarda. Nasce daí o interesse da discussão. Mantive o estilo formal da comunicação epistolar, que em nada afeta a seriedade do conteúdo e até pode ser um alívio para quem se habituou a ver os mesmos assuntos abordados com sisudez acadêmica.

Caro amigo:

Podes estar certo de que a tua crítica não me aborreceu. Em primeiro lugar, porque não me prostro em chilikues, diante de qualquer farpa. Em segundo lugar, porque a tua é rombuda e passou longe do alvo.

Há tempos, dizias que fui um marco no teu itinerário. Senti-me honrado, pois todo orientador é como escada: eleva o orientando, ainda que lhe receba as patas ao dorso, na hora da superação. Se tu me houvesses acertado em cheio, eu não estaria abatido; porém eufórico. O treinador, que adestrou bem o pupilo, acaba derrubado, mas esta queda é propriamente gloriosa. O tombo recomenda a pedagogia, pelo excelente resultado.

O que lamento — a minha única decepção — é que não tenhas conseguido a ultrapassagem pretendida.

O ensaio é bom, em termos relativos e enquanto referido ao teu próprio avanço e inquietude; não se deve parar. Sob este ponto de vista, estás certo e vais bem. Contudo, acho o trabalho "não

bom", em termos absolutos; isto é, encarado como projeto de contribuir para o esclarecimento do tema. Digo "não bom", já que ruim é palavra antipática, e sinto, apesar de tudo, a presença duma inteligência que poderá florescer, quando a domares, noutros exercícios.

Encaro o teu *paper* (vá lá o termo gringo, muito adequado, na espécie) como um acidente no roteiro científico a que te votaste. E já que solicitas um parecer fundamentado, chamo a atenção para três tipos de erro: o tático, o teórico e o técnico.

Vivemos numa sociedade não-socialista e presumo que ambos desejamos encontrar o modelo correto para o cancelamento desse "não". Tudo o mais é problema relativo ao como e quando inserir o nosso esforço pessoal no processo visando ao socialismo democrático. Nesta expressão, refiro-me, é claro, ao que toma, da herança liberal, o resguardo de direitos e garantias individuais; e, do repertório socialista, o princípio de igualdade efetiva, não apenas formal. "O socialismo será democrático, ou não existirá" (Poulantzas, 1978: 294).

Mas a floresta do capitalismo tem o cipoal das ditaduras, tanto quanto as clareiras demo-liberais. Se estas são, em larga parte, uma ilusão de ótica política, aquelas, ao revés, constituem a realidade crua de dominações que entram pelos olhos e abalam o coração.

No ambiente brasileiro, o capitalismo selvagem torna-se patente. A burguesia urbana alia-se aos grupos rurais em decadência, dando-lhes a moratória sócio-econômica, enquanto se escora nos depredadores externos e multinacionais. Não subestimo as contradições, mas essencialmente ficamos no sufoco, procurando aberturas que não sejam pequenos buracos no queijo suíço da estrutura esclerosada, que os tapa quando quer.

Nesse clima, uma conscientização gera as tensões que não experimentas aí, na plutocracia liberal que te hospeda. Corres, então, o risco duma espécie morna de alienação. Porque nós vemos a cara nua; vós outros, canadenses *pro tempore*, a máscara rendada. Isto, é óbvio, nas rotinas da vida, pois cada momento de crise entremostra o punhal oculto sob as flores da retórica política ou acadêmica.

Pensa nos rituais obesos da universidade burguesa, nos recursos da escrita "objetiva", "isenta", de flácida "erudição". Pensa nas quantificações de falsas correspondências biunívocas, para dar verossimilhança aparente aos produtos ideológicos. Pensa nas resenhas jamais levadas à raiz duma sociologia não despistadora do conhecimento. É o blabláblá teórico em torno de minúcias rococós; é o *patchouli* pseudotécnico, deitado sobre o fedor dos calhamaços de bes-teirinhas.

Gente como eu, que se reformulou a duras penas e ainda luta para eliminar as próprias contradições, lê tudo isso com o estômago embrulhado e a sensação de estar perdendo um tempo enorme com tolices e cavilações. Debaixo do modelo podre, está o poder dos grupos

que financiam ensino e pesquisa. Quanto mais brilhante (lantejoulas), hermético (falsa profundidade) e anódino (requisito essencial), melhor (para eles) o discurso. Pode-se até condimentar a prosa com o molho picante d'algum marxismozinho *ad usum delphini*; é tempero muito apreciado, pois demonstra largueza de espírito... sem afetar o esquema básico. Um adorno à ADORNO.

Repara bem que não estou fazendo juízos morais. A *intelligentia* pequeno-burguesa poderia lançar-me, com razão, o "macaco", olha o teu rabo!". O que pretendo oferecer é um diagnóstico e uma classificação. Porque importante não é xingar os tíbios (e eu não sou herói); o importante é evitar que se faça uma questão de princípio das fraquezas humanas, com os mitos da isenção, sutileza e obscura profundidade. Isto se conhece no *jet set* dos PhDs internacionais como *sophistication*, um termo que junta a semântica do requinte à etimologia do sofisma. As concessões adquirem boa consciência, porque se apresentam como abordagem matizada, complexa, cheia de manhosas "divergências", ante a forma reta de pensar. Tais "divergências" lembram-me *A Curva da Estrada*, do Ferreira de Castro, que lhes descreveu a origem e o desfecho (Ferreira de Castro, 1960). Abaixo o mito de *Academicus*!

De qualquer jeito, a alienação, no Brasil, nunca é morna; é es-caldante e dramática. A realidade queima; as repressões são brutais; a miséria popular, extrema; a demissão, um escândalo. É preciso a inconsciência absoluta ou a completa falta de caráter para dormir no "berço esplêndido".

Não me furto à autocrítica. Sou um velho professor que rompeu com o seu passado reacionário. Vivo só, não pertenco a qualquer seita, grupo ou partido; nem tenho, como outros, fama, fortuna e imunidades. A minha independência não é poltrona macia; é cama de faquir, cheia de pregos. Terei de fazer o possível, dentro das minhas limitações. Não é muito, nem me gabo de atitudes retumbantes. Mas, em todo caso, não enfeito as minhas contradições e debilidades com álibis teóricos. Ao contrário, procuro aguçar-me, intelectualmente, realçando o compromisso democrático.

Revoltam-me, portanto, as teorias despistadoras, o *distinguo* solerte dos intelectuais desfibrados e autocomplacentes, a pseudocultura derramando-se nas erudições de fachada, os rendilhados ontog-nósio-epistemológicos flatulentos, os metadiscursos eleáticos, todas essas coisas pegajosas, sibilinas, estruturalistas, fenomenológicas, de falsa *epoché*, limpando o sangue que se esparramou nas calçadas e tapando os ouvidos ao clamor popular. *Words, words, words...* É a pose de Hamlet para repetir o discurso de Polônio. Esta, a delícia pequeno-burguesa, bem falante, bem pensante, bem (subterraneamente) ciosa do seu conforto, seu carango, seu *scotch* e suas fugas erótico-etílicas entorpecentes. Tudo muito brilhante e tudo estéril.

A massa, ali, é tema. As discussões intermináveis separam os grupos e criam torres de argumentos, como um refúgio que adia a hora de tourear, ainda que verbalmente, o miúda da reação. É a festa de caridade, consumindo parcelas da mais-valia a título de beneficência. É a solenidade dos órgãos da opinião dita sadia ou equilibrada. É o arroto dos políticos de espinha dobrada, os “realistas”, os “pragmáticos”. É a molecagem do anarquismo, no seu *happening* destrambelhado, que assusta o pequeno-burguês e fortalece a reação. É a eructação universitária dos catedráticos. É a irreverência anódina dos panfletários, que esgotam a crítica inconsequente nas piadas. É a “moderação” das oposições “confiáveis”. É todo o grande circo armado às portas do palácio, que até se diverte com o espetáculo.

Acho que os intelectuais brasileiros têm dupla missão: a inflexibilidade dos princípios e a flexibilidade conjuntural das táticas. Se afrouxam os princípios, a caverna platônica os engole; se enrijecem as táticas, ajudam sem querer o adversário, pelo triunfalismo arrogante com que escondem a própria impotência. O anarquismo teórico e prático, no modelo francês de 68 ou de safra diversa, acaba tropeçando sua rebelião nos braços do Estado paternalista, como garotos egressos dum *chienlit* desarvorado. Esse tipo de inconformista logo completa o ciclo da agitação sem objetivo à rendição total. Ontem, as loucuras de maio; hoje, os *nouveaux philosophes*...

Vós, do mundo rico, por direito de cidadania ou pela estada eventual, talvez precisásseis um pouco de nossa rudeza; nós certamente lucraríamos com um pouco da vossa finura cosmopolita. Mas seria necessário evitar que ela nos transformasse em cachorrinhos de colo ou gente de salão. Porralouquismo ou bom-mocismo deliciam os donos do mundo, porque não levam a coisa alguma. Balbúrdia, luta de grupelhos favorecem às dominações. E o teorismo desbragado desempenha a mesma função. Corta manteiga, sem chegar ao pão e ao miolo do que é socialmente retrógrado.

Tu, meu caro A., estás numa crise de teorismo sufocante. Não digo que sejas um daqueles casos de capitulação disfarçada. Mas o vício acadêmico é perigoso, e não sei aonde ele te pode conduzir afinal. Tu nívelas doutrinas; ergues e derrubas teorias; misturas alhos e bugalhos, nos teus esquemas; e, a título de conclusão, libertas um flato. É o tipo acabado e perfeito da dissertação entupida de irrelevantias, confusões e badulaques. Li e reli o teu longo ensaio; li com esforço e reli com obstinação, para vencer o ímpeto de passar adiante, sem mais comentário do que um palavrão. Verifiquei e confirmei que dali não se extrai nada, nem dado aproveitável, nem sugestão fecunda: apenas água salobra com virtudes eméticas. Fiquei desolado.

Conheço-te bem e sei que não te sentirás magoado com a minha sinceridade. Por isso, digo mais: digo que teimas em lidar com assuntos que ao mesmo tempo te obcecaram e ultrapassam. Essas questões globais, panorâmicas, de encruzilhadas — como o fundamento duma

ciência, o seu perfil epistemológico — não podem ser tratadas sem grande amadurecimento. Quando falas, por exemplo, em dialética, tu derrapas à superfície dos próprios autores consultados, a começar por Lefebvre, que leste pela rama e tresleste em profusão. Se insistires neste rumo, poderás até conquistar uma reputação de “filósofo” entre os que ignoram superlativamente a filosofia. Como naquelas obras de Pinatel, cujo lastro é tomado a De Greef, em si o porta-voz duma filosofia morta e enterrada.

Li tudo. Reli. E pensei: deu em nada. Mas não foi isso que chamei de erro tático. O rodeio aqui empreendido visava a situar o teu ensaio no *background* dos produtos da universidade tradicional.

O erro tático é este: em lugar de acertares as porretadas nos adversários tu desancas os companheiros. Não me refiro à amável crítica a Roberto Lyra Filho. Este não vale consideração exagerada, e podes malhá-lo com a minha bênção. Só te digo que, na minha autocrítica, eu o descomponho melhor, e bem no alvo.

O que me parece errôneo é, de forma geral, a tua microscopia, a tua preocupação de catar pulgas nos cachorrões da Nova Criminologia, abafando o rumor de seus melhores latidos. Focalizar os vultos e doutrinas de importância desigual ou desimportância absoluta; desenhar esquemas classificatórios em que se perde a linha mestra das antiteses e superações; omitir lutadores destacados, cujas deficiências não anulam o seu aspecto positivo; criticar sem rumo certo, perdendo o fio da meada — é o que me parece de total inconsciência.

Há uma espécie de promiscuidade que não faz coquetel: apenas água turva. E que impressão deixa a alauza? Certamente, para os reacionários, a de que existe uma ciência tradicional razoavelmente empostada e em funcionamento, e, como tu mesmo assinalas, uma Criminologia Crítica ainda carente de epistemologia aceitável. Portanto, a alternativa, neste plano, seria continuar na faina tradicional ou ver sumir a Criminologia mesma. Sei que não é este o teu propósito, mas a isto chegam as consequências das tuas colocações. Em síntese, tu “confessas” que estamos diante duma Criminologia que desconhece o próprio objeto direto, uma vez que afastou os critérios antigos, para delimitar o conceito de crime, sem oferecer, em troca, um parâmetro defensável. Basta isto para que os outros revertam às suas rotinas, alentados pelo teu esforço destrutivo. *Ce cher A... lui-même avoue*... — dirão no tom de pêsames deleitados.

Entregaste os pontos, devido ao simples fato de que situas um falso problema, engolindo os pressupostos da Criminologia idealista e verificando que a eles não atende a Criminologia Nova. Nem poderia atender. Porque o falso problema não tem solução. Ela certamente não está no conceito legal de crime; no delito “natural”, à moda de Garofalo e sucessores; ou no conceito manhoso das constantes normativas (Lyra Filho, 1976 A: 344-351). Isto era o arsenal

dos criminólogos antigos. Mas a Criminologia Crítica, meu bom A., simplesmente rejeita o problema, como tentarei mostrar-te adiante. A abordagem liminar e "conteudística" de crime é eliminada.

Em todo caso, a situação é semelhante à que emerge no debate sobre a Antipsiquiatria. Então, é cobrada ao antipsiquiatra uma suposta inacessibilidade dos resultados clínicos, a partir do posicionamento que teria destruído o conceito de doença mental. É óbvio, entretanto, que sempre restam uns cidadãos estranhos, que se crêem Napoleão Bonaparte ou pretendem assar um churrasco à campanha com os miúdos de papai e mamãe. Algo há de ser feito com eles, por eles e para os genitores amedrontados, ante a perspectiva de se transformarem no item de cardápio. Nada disso destrói a obra dum Basaglia; porque é preciso ver que Basaglia faz uma *outra* Psiquiatria, e não apenas uma destruição da Psiquiatria mesma. Faz — e é o título de uma das suas obras uma *Psiquiatria Alternativa* (Basaglia, 1979). Ele tem algo a dizer, no ângulo positivo.

Se fosse indispensável começar a ciência, definindo crime, nos termos "conteudísticos", tal como acreditas, qualquer Criminologia, clássica ou crítica, se tornaria inviável. Mas aí é que o teu erro tático se transforma num erro teórico.

Em suma, o que urge fazer é demonstrar que existe uma nova Criminologia; que as divergências entre os seus adeptos não impedem que ela traga uma contribuição construtiva e de alcance prático; mais: que a Criminologia clássica se perde em discussões estéreis, a ponto de ver um dos seus corifeus declará-la falida (Ferracuti, 1975:53).

É preciso também sublinhar corretamente a inconsistência teórica da Criminologia burguesa e a imprestabilidade dos velhos parâmetros, já que nos cobram a "solidez" idealista que os seus princípios mesmos não têm (Cirino, 1979: *passim*). É preciso, finalmente, *destacar que a Criminologia está evoluindo, e não desaparecendo*. A crise criminológica é de crescimento; a crise do Direito Criminal e sua dogmática é que manifesta a decadência (Barata, 1979: 147-183).

O essencial, nesse propósito, é a *alternativa*, mantendo em vista o que separa um criminólogo clássico da Criminologia Crítica, seja qual for o subgrupo desta a que nos filiamos. Sobre a alternativa, direi algo mais adiante, porém desde logo assinalo, para reforço de sua imprescindibilidade, a análise de Juárez Cirino dos Santos (Cirino, 1979A: 31-32).

Para a separação entre clássicos e críticos, não vejo melhor critério do que o resultante desta colocação de Chambliss: "O ponto de partida para o estudo sistemático do crime *não é* indagar por que alguns se tornam criminosos, e outros, não; mas perguntar, primeiro, por que alguns atos são definidos como criminosos, e outros não. A Criminologia começa, portanto, com a Sociologia do Direito: o es-

tudo das instituições que criam, interpretam e aplicam normas que toleram e estimulam uma série de condutas, enquanto proíbem e desestimulam outra" (Chambliss, 1974:7). Sob tal aspecto, o estudo "conteudístico" de crime passa, de preliminar da ciência criminológica, ao interior da disciplina. O que é crime — ou, noutras palavras, por que se definem como crime certas condutas de variável conteúdo — é objeto do afazer criminológico, e não pressuposto dele. O mais é conversa de epistemólogo idealista.

Nas tuas análises de tanta gente secundária, sinto, inclusive, a omissão do que nós, brasileiros, temos a oferecer e tu, brasileiro exportado, o dever de divulgar. Posso fazer esta reclamação sem constrangimento, porque tu me citas com imerecido destaque.

Numa resenha da Criminologia Crítica, é lamentável que esqueças os grandes precursores nacionais. Menciono, por exemplo, a página de Afrânio Peixoto sobre vagabundos ricos. Ali se desmitifica a imagem do marginal e vadio, que a ideologia corrente ainda veicula.

Também acho que foste injusto com Roberto Lyra (pai), cuja definição de criminalidade é de nítido sabor crítico (Lyra, pai, 1964: 51ss). Vê que ele *se antecipa* ao critério destacado por Chambliss: "o importante não é o óbvio — o fato das variações (na definição de crime) — e, sim, a causa destas, somente explicável através da Sociologia" (Lyra, pai, 1964:54). Lendo-se com atenção o raciocínio de Roberto Lyra, pode-se observar, inclusive, que ele está bem adiante do que hoje se chama desincriminação, insistindo em *novas incriminações*, que o modelo socialista exige (Lyra, pai, 1964: 59-63).

E, entre os mais jovens, da tua própria geração, olvidas Juárez Cirino dos Santos, que é a figura mais destacada e já, nos trabalhos amadurecidos e recentes, se volta para a *alternativa* (Cirino, 1979A: 31-32). Ele superou aquela espécie de nihilismo, que acarretaria, não o desenvolvimento da Criminologia Crítica, mas a extinção da Criminologia, sem mais.

A tua hora atual, meu caro amigo, não seria a de tentar o grande recorde epistemológico e o largo painel da ciência criminológica, pois eles exigem uma visão e uma experiência que não aparecem no início da carreira.

Por outro lado, e já que resolveste ficar neste difícil setor, acho que deverias meditar sobre o exemplo de Marx. Na mocidade, ele anunciou uma obra sobre a dialética, e ainda hoje existe quem lhe cobre o metadiscurso lógico-gnósio-epistemológico. Por que Marx abandonou essa abordagem? Creio, de minha parte, que reconheceu ali um contrabando idealista. O metadiscurso, antecedendo a prática científica, a iniciar-se quando estivesse pronto e acabado, trairia a dialética mesma. Fazer o método e, com este, criar a ciência é adormecer nos braços de Kant, como de Morfeu... Em Marx, houve a execução do projeto, noutra perspectiva; isto é, em vez de traçar a metodologia como um pressuposto conclusivo, ele a inse-

riu no próprio trabalho científico, onde se pode analisá-la em devenir, na imbricação de discurso e metadiscurso. Foi o que fez Rosenthal, aliás, desentranhando, n' *O Capital*, as duas linhas (Rosenthal, 1959 *passim*).

O discurso epistemológico é construído *in actu exercitu*, ou não será dialético. É circuição teórico-prática em dois sentidos: prática científica e práxis social, de que inevitavelmente estamos participando. O "intelectual livre" de Mannheim é um mito narcisista e meio bobo.

A imbricação a que me referi, de discurso e metadiscurso, não importa, entretanto, no empirismo dos *facts, facts, facts*, à maneira do retrógrado Radzinowicz. Já Lucien Febvre, noutra ciência do homem, dizia que o historiador não se confunde com o trapeiro, que vai agarrando tudo para enfiar no mesmo surrão. Também não se trata de um dedutivismo, a partir de esquemas lógico-formais, intuições nebulosas ou *epochés* fenomenológicas. O velho Lukács gostava de ironizar as fenomenologias, todas idealistas, que atingiam a "essência", em "reduções", variando de fenomenólogo para fenomenólogo. Não há "fatos" brutos, nem ligação direta com a "verdade" ontológica fixa. Pelo menos isto não pode ser admitido por um dialético.

A metodologia se reorienta, não antes ou depois do percurso científico, mas *durante* esse percurso, como poderias aprender nas teses contra Feuerbach, a partir da gnoseologia mesma (Lyra Filho, 1972: *passim*). Estas, porém, dão panos para as mangas e têm gerado falsas leituras, que Goldmann resume e comenta admiravelmente (Goldmann, 1970: 151-196).

Passo ao lado teórico, e enfrento o que ficou dito, na tua crítica. Segundo pensas, "não se trata de garantir ao Estado o monopólio da declaração (em primeira ou última instância) do que é lícito ou ilícito. E não nos atribuam o que não dizemos: não definimos o crime pela lei penal e não reduzimos o direito à sua expressão formal. Afirmamos, tão-só, que a lei penal, com a ajuda dos aparelhos repressivos, constitui, inventa o crime e a criminalidade, enquanto realidade social e enquanto forma de tê-la e manipulá-la". Foste no "conto" de Foucault e saiu-te esta mixórdia! Uff! Que coisa tortuosa! Se bem te entendo, o direito existiria acima e além do Estado: o crime não se reduz à lei penal. No entanto, a lei penal "constitui", "inventa o crime e a criminalidade", enquanto realidade social que ela, a lei, manipula e "lê" à sua moda. Em que ficamos? Se a lei "inventa" um elenco repressivo da classe dominante, o que é que define o crime não-legal e para que serve ele? Onde se faz, e de que maneira se faz, a *outra* leitura? Há um direito metafísico e um direito "positivo"? Ou tudo acabou, após a "manipulação" estatal? Ademais, *toda* defi-

nição legal de crime é expressão de um domínio de classe? Que mecanicismo é este? No elenco dos delitos, definidos em lei, nem tudo é *mera* expressão, sem contradições, da infra-estrutura. Ademais, nem todos os crimes, que *realmente* ofendem a comunidade social (e não apenas a classe dominante, que muitas vezes os pratica ou favorece), encontram-se definidos em lei. E numa sociedade socialista? Vai desaparecer a noção de crime? Volta-se, deste modo, à apreciação simplista das teses sobre o desaparecimento de Estado, Direito e, por via de consequência, de crime. Em oposição a ela, precisamente, é que se desenvolvem os ensaios do casal Weyl (Weyl e Weyl, 1974: *passim*). Porque, afinal, aquele entendimento encerra um paralogismo: depois de identificar o direito (e, assim, o crime) como simples dominação classística (sem contradições? e para onde foi, nisto, a dialética?), o "crime" é tomado como "invenção" cavilosa, a ser derubada... em nome de que direito? A agressão anti-social à sociedade não-capitalista é reprimida segundo que "criminalidade" nela manifesta? O controle social é exercido, então, por que "coisa" não jurídica? Vê o idealismo da tua forma de pensar: ele te leva a considerar o Estado, de forma abstrata, sem distinguir Estado (capitalista) e Estado (socialista), e a falar em aparelho repressivo como fatalmente burguês, donde só poderia resultar, implicitamente, um apelo àquele anarquismo, que é expresso, em Taylor, Walton e Young, no decepcionante fecho duma obra de tanto vigor crítico (Taylor, Walton & Young, 1973:281-282). Neste caso, que haverá, numa sociedade socialista? Nada? Nenhum controle? Nem mesmo no "período de transição" que *nenhuma* estrutura social, já manifestada historicamente, sequer pretende haver transposto? E depois? Será um paraíso terrestre definitivo, com a cirandinha, dançada por toda uma população limpa, linda e boa, fazendo o "bem" e amando o próximo como a si mesma? Nota que o paralogismo está em *pressupor* que todo o direito é esse direito "positivo" da burguesia e, depois, numa etapa mítica, dar por findo qualquer direito possível. Mas isto, pelo menos, vai numa linha só. Tu chegas a adotar os *dois* critérios impossíveis: 1.º) o direito, o crime e a criminalidade são "inventados" pelos aparelhos repressivos estatais; 2.º) o direito, o crime e a criminalidade não são "reduzidos" à lei estatal, que, nada obstante, é quem os "inventa". Francamente, A., que baralhada é esta?

Se o Estado classista pratica o crime (sem aspas) de incriminar muita conduta, por sua conveniência e bel prazer (aceito isto, embora ressaltando as contradições do sistema), qual o teu critério para reconhecer um direito ou crime não "inventado" pela lei penal, nem a ela "reduzido"? O vento, as nuvens, a metafísica fixista, o imperativo categórico ou a própria dialética social "não inventada"?

De toda a tua dissertação crítica, emerge... o vácuo, onde bóia um *non-sense*. No entanto, vens cobrar-me isto: "não há um só cri-

tério — e Lyra Filho silencia a respeito — capaz de nos permitir saber o que *deveria ser* o crime” (aí mostras o rabo: é o *sein-sollen* kantiano! Como se a própria norma não fosse um fato social, um *sein*, e os critérios críticos, outro *sein*, outro produto da dialética social) — “ou se uma lei civil positiva (eficaz, válida e legítima) deveria ser, de fato, penal, ou vice-versa”.

Antes de mais nada, que é *lei civil* não positiva?

O problema do crime, como o do direito, há de ser encarado *dentro* do processo global sócio-político. O importante é dinamitar a separação kantiana entre ser e dever-ser e, consequentemente, o “arranjo” epistemológico, separando os saberes sobre fato, norma e valor. A norma é um fato social; o valor não é “puro”, uma vez que se constitui e se realiza, não baixando de caverna platônica, mas em decorrência da própria dialética social. Não há dialética *a posteriori* ou soma de “dialequinhas” monadológicas. O ponto essencial da dialética (sem o qual ela se torna proudhonesca) é a categoria da totalidade e o reconhecimento de que não há nenhum átomo *fixo*.

Se isolarmos cada “aspecto”, de fato, norma e valor, para, em seguida, pô-los na interação dialética, é esta mesma que desaparece, porque só podem restar, para a oposição, os “fatos” do positivismo sociológico, os “valores” do idealismo metafísico, as normas do “puro” voluntarismo estatal ou da formação consuetudinária (da classe dominante) e a juris-dição do poder judiciário (que não paira acima da divisão de classes, tampouco).

O direito não é uma coisa, posta à mesa, como “fato”, para a refeição positivista. Direito e, portanto, crime são elementos de um processo histórico-social e sócio-político. A respeito, corretíssimos Bourjol *et alii*, quando analisam o iurisnaturalismo (Bourjol, 1978: 117-124 e *passim*). Notadamente ao falar no “iurisnaturalismo” in-conformista, a crítica e a reconstrução parecem-me excelentes, apesar da timidez de grafar certos direitos entre aspas. As conclusões do livro, todavia, têm certa afinidade com as propostas que venho desenvolvendo.

Vê tu que a *constituição* do direito é, mesmo, uma faceta do processo histórico-social e sócio-político. Por isso é possível descrevê-lo cientificamente: fato, norma e valor podem ser vistos em sua dialética *intrínseca* e, não, apenas com enlace de perspectivas, que também existe, mas pressupõe a visão dialética dos três elementos, em si e nas suas relações. Da mesma forma, o conteúdo progressista ou reacionário de cada resultante pode ser avaliado, segundo os parâmetros do nível histórico em que se apresenta. O que não pode ser feito é aprisionar o “dever-ser” de toda norma, em uma definição prévia e “conteudística”, perene e abstrata (fora de conjuntura e conscientização).

Os parâmetros não de ser estudados, a cada momento, e eu os indiquei, nas conclusões da *Criminologia Dialética* (Lyra Filho, 1972A: 121-124; Lyra Filho, 1980B; 71-78), embora tenha, posteriormente, aprofundado e aguçado as minhas colocações. O que é falso é dizer que Roberto Lyra Filho silencia sobre o que “deve ser” crime, em conteúdos fixos, como se coubesse fabricar este receituário. Seria o mesmo que cobrar à ciência política a omissão da linha específica dos partidos — o que só a práxis reorienta, em cada etapa. A tabela de crimes ou, mesmo, a direção geral e *fixa* das incriminações seria uma grande bobagem política, um disparate filosófico e um contra-senso científico. O valor da Criminologia Crítica é precisamente este: acabar com a mania de “definir o crime” no prólogo dos tratados, uma forma idealista e burguesa de pensar. O conceito de crime, na medida em que trata dos *conteúdos* incriminados, passou para o *interior* da disciplina, como nota Chambliss. Não se parte mais de — “o crime é isto” — para seguir perguntando: “por que ele ocorre?” Parte-se do *processo* de normação, incriminação e desincriminação, isto é, da Sociologia do Direito, como já notava a excepcional antecipação de Roberto Lyra (pai).

O deslocamento não cria, como tu pensas, um *impasse*. O *impasse* está no idealismo, que precisa saber, primeiro, o que é “bem” e o que é “mal”, o que é “dever ser” e o que é “ser”, destacados e isolados da totalidade e do movimento.

O raciocínio idealista sempre gera falsos *impasses*. Vê, por exemplo, a que egrégias bobices ele pode conduzir, nalguns exemplos, que dou, ao acaso. Se me indagas sobre a “legitimidade” duma lei de Segurança, com os seus inevitáveis tipos penais, respondo que a atitude pequeno-burguesa, a respeito, é apenas uma diarreia de palavras como democracia, ordem, segurança, liberdade, tomadas em *abstrato*. Isto é, aquele pensamento as faz circular, imaginando que portam, *em si*, um modelo fixo, que é, mais propriamente, o produto ideológico nascido com a ascensão burguesa e montado, na superestrutura, como ideologia liberal e sua contrapartida autoritária. Por outro lado, a resposta mecanicista, mascarada de dialética, seria a de que em toda Lei de Segurança existe uma conspiração de aparelhos repressivos, resguardando o domínio de classe. Uma abordagem propriamente dialética perguntaria: segurança de quê? repressão para quê e em nome de que estrutura? A segurança duma sociedade socialista pode ser confundida com a segurança duma sociedade capitalista? E estas duas podem ser medidas em *abstrato*, para se dizer o que “deve ser” ou “não deve ser” uma lei de Segurança? Considera os resultados práticos de uma visão idealista (o mecanicismo é idealista, também): para admitir ou rejeitar, *a priori*, uma Lei de Segurança, engloba a defesa de classe nas ditaduras e nas plutocracias demoliberais, *nivelando-a* com a defesa da comunidade numa estrutu-

ra efetiva e basicamente democrática, isto é, a estrutura que, ao invés de defender o domínio classístico, se estabelece para neutralizá-lo. Assim, teríamos que admitir o disparate de que Carter, Giscard, Schmidt, Videla, Pinochet, Breznev, Kadar, e assim por diante, representam a mesma coisa.

Não é evidente que resulta impossível avaliar uma defesa de Estado, sem saber de que Estado se fala?

Outro exemplo: os abusos da liberdade de imprensa, com repercussões penais, devem ser afastados com ruibarbosiana invocação, em tese, do *non toccate la stampa*? Ou se pode reconhecer que é, pelo menos, diferente a repressão dos abusos, quando diversos modelos (infra-estruturais) de Estado a desencadeiam? É, ou não, legítima a limitação, por certo Estado (que Estado?) da liberdade (liberdade, mesmo, ou “liberdade” para criar os ratinhos pavlovianos do reflexo condicionado pelo domínio econômico multinacional?) de expressão e comunicação, em resguardo da “ordem político-social” (que ordem? a serviço de que infra-estrutura? com que grau de legitimidade democrática?) Não é possível equacionar e resolver a questão, pondo-a nos termos abstratos e absolutos do idealismo. Isto importaria em estabelecer padrões idênticos de restrição ou liberdade, em todas as estruturas, capitalistas ou socialistas, demoliberais, social-democratas ou ditatoriais. E assim o problema se obscurece, em lugar de esclarecer. Em toda parte, há restrições que *nunca* são as mesmas... *Et pour cause*.

A linha concreta de juridicização, em sentido amplo, e, portanto, de incriminação ou desincriminação, é a resultante *móvel* duma progressão que atravessa diferentes mediações (em níveis diferentes), a partir da infra-estrutura, para culminar no processo sócio-político e nas derivadas normativas, retas ou torcidas por interesses de grupos e classes. E o critério, a cada instante, para a aferição, será, sempre, a diretriz do processo histórico, em termos globais, isto é, o itinerário humano do processo de libertação — as aventuras humanas da liberdade *na história*. Isto é que nos conduz às tentativas de balizar, em declarações, os direitos humanos (e jamais em termos definitivos).

O fato de que fique indefinido o conteúdo, naquele aspecto de renegar um “metro” (como o dos iurisnaturalismos fixistas ou o de voluntarismo estatal), não importa em relegar o assunto ao vago, ao insatisfatório, ao subjetivo, ao caprichoso. Os parâmetros existem e a questão em nada difere de outras opções sócio-políticas, em qualquer ângulo da práxis social. Assim, uma linha partidária, um projeto de governo, uma legislação, *implicam* orientações e reorientações, diante da práxis e do processo histórico. Dialética é, sempre, consciência de um devenir, projetada nas conexões da Totalidade.

O que desejo assinalar é que não houve omissão de minha parte, mas *recusa* de enquadrar-me no modo idealista, maniqueísta, da

razão “pura” e do “imperativo categórico”, seja ele o que se vale duma leitura presa à literalidade das tábuas de Moisés ou à “inspiração” da “lei moral *dentro* de mim”, como queria Kant. Porque, afinal, esta lei do foro íntimo é apenas a intra-subjetivação (Goldmann, 1970: 104 ss) do que Kant hauriu, dentro duma estrutura e ao nível e jeito de sua classe.

A negação pura e simples, diante desse fato, duma Criminologia, por desconhecer o exato perfil de seu objeto, é um equívoco igual à destruição da Psiquiatria, porque o conceito de doença mental é, também, fortemente condicionado pelo *mesmo* processo histórico-social (Lyra Filho, 1967: 27-31).

Malgré tout, a Criminologia progride.

Em síntese, a tua crítica é mal orientada, porque as tuas premissas (como as de todo o teu trabalho) são falsas (ao menos em ponto de vista dialético, a que pretendes aderir, porém que te escapa). A “exigência” daquela definição “conteudística” é ilegítima.

Os parâmetros existem, é claro. E são objetivos (análise do processo e suas resultantes); são sociais, e não individuais (não sou eu, nem é o Estado quem pode fixar um *sein sollen* para o indiscutível *sein* da norma). Tal como em qualquer determinação da práxis, para orientar a conduta, a eficácia e legitimidade, em todo projeto de formalização normativa, está na consideração do processo mesmo, na *totalidade* do processo histórico-social. Assim, também, os critérios de incriminação e desincriminação.

Péteri faz uma análise muito rica e sutil do problema, a propósito de iurisnaturalismo e positivismo (Péteri, 1966: 45-61). O que há de expressivo, nesta abordagem, é que ela evita o legalismo socialista, que é um positivismo também.

Péteri sustenta, em resumo, que a deficiência maior do iurisnaturalismo clássico é separar os objetivos sociais e os juízos de valor, ou os valores mesmos, atribuindo-lhes uma existência como que “acima” do que ocorre no processo histórico-social. Esse idealismo do valor que “deveria” ser realizado, nega a correlação essencial entre os juízos estimativos e os padrões que estes seguem da existência material e social. Assim, a estimativa jurídica fica dependente duma noção de “verdade” ou “justiça”, partindo de algum *suposto* ponto fixo (onde se *mascara* a origem social do padrão).

Do ponto de vista dialético, toda estimativa, ao revés, está ligada à práxis social. Péteri faz remontar esse vínculo, desnecessariamente, à “teoria do reflexo”. Ponho de parte esse tombo gnosiológico, devido às notórias opções filosóficas “oficiais”. O importante, afora essa descaída antidialética no marxismo “bruto” (Lefebvre, 1966-10), é que se estabeleça que o valor ou desvalor de um projeto se encara a partir das condições emergentes nas relações sociais de produção — o que *não* deve significar, entretanto, um puro relativismo sociologista infra-estrutural. Péteri assinala que, na formali-

zação jurídica, há elenco de normas (não forçosamente estatais e às vezes *contra* as normas do Estado, dependendo de que Estado se cogite) que atuam, *simultaneamente*, como expressão de uma determinada estrutura social (descontadas as mediações e eventuais contradições supra-estruturais) E COMO elementos que *podem* ensejar o desenvolvimento rumo ao modelo superador. Nem de outro modo, acrescento, se entenderia a razão de um direito, até duma legislação, até dum Estado socialista.

O conflito entre o direito eventualmente formalizado e o projeto progressista há de ser deslindado, *segundo o parâmetro* da continuidade histórica e das rupturas (na substituição, também histórica, de modelos). Isto, sem que o direito formalizado se ponha de um lado (direito “positivo”) e o direito “justo”, de outro (direito “natural” idealista). Ao limite, cumpre assinalar que a justiça é meramente a *concretização* de quotas de libertação, na ultrapassagem e *dentro* do processo histórico.

O “verdadeiro direito”, observa Péteri, tal como se capta, a certa altura do processo, e serve de critério para toda crítica às formalizações tortas (segundo interesses de grupos e classes), *não* corresponde, nem a um valor apriorístico, nem a um valor dissolvido na relativização, mas ao pólo que atrai o processo inteiro.

Temos, portanto, o coeficiente valorativo a ser então realizado, como *parte* do programa da práxis em conjuntura. Daí, enfatizo, é que podem partir a crítica, a hermenêutica progressista e a atuação superadora, pela reforma ou pela ruptura.

O essencial é notar que o processo é TODO jurídico (e *não* apenas o instante da formalização, como pensa o positivista). Porque o direito é um ângulo do processo político-social, que o envolve e nele se exprime: normas reacionárias ou progressistas correspondem a práxis reacionária ou progressista, em *todos* os setores: legislação, aplicação espontânea, aplicação contenciosa, anomia (entendida como rejeição de normas e reivindicação de outras). Não se pode cindir o processo, para instaurar uma dogmática em compartimentos estanques, pois, nela, o direito se transforma num fóssil e, não, no que é, um fenômeno histórico-social, em devenir.

Voltando a Péteri, nota bem que ele escreveu a partir duma estrutura socialista implantada e nem assim negou a possibilidade de formalização defeituosa ou até ilegítima. Fica, portanto, rejeitado o estrito legalismo socialista, que Imre Szabò chamou, com razão, de “marxismo kelseniano”.

Não quero alongar-me na análise de outros indícios do retorno à dialetização, contra esse positivismo. Citarei apenas mais um exemplo: o de Podgorecki, na Polônia, tanto em posicionamento teórico, sobre o conceito de direito (Podgorecki, 1973: 65), como na resenha de pesquisas que rejeitam positivismo e dogmatismo jurídico e enfo-

cam, no terreno da Criminologia, coeficientes de anomia na sociedade polonesa (Podgorecki, 1966: 178-212).

Aplicando-se *el cuento* à Criminologia, posso oferecer-te o exemplo de um discurso concreto, no qual verás essas idéias em militância crítica. É uma entrevista concedida por mim a certo jornal de Porto Alegre, na qual respondo às perguntas sob o ponto de vista dialético. Reproduzo, aqui, um largo trecho, em versão completa, isto é, sem os cortes que a autocensura do jornal então realizou. Aliás, não me queixo. O repórter, que é um rapaz progressista, conseguiu fazer passar o essencial. Não te mando a íntegra, mas um lance ilustrativo, porque o diálogo foi longo e ocupou toda uma página do jornal. Vai, porém, e restabelecido o que se “cortou” na redação, esta passagem característica: nela, atendo à seguinte pergunta — “a criminalidade aumenta com o subdesenvolvimento e diminui com o desenvolvimento?”.

Eis o que disse, então:

“Acho que o assunto foi mal colocado. Que é país subdesenvolvido? Que é país desenvolvido? Os Estados Unidos são considerados um país desenvolvido e lá continua aumentando a criminalidade. Porém o que é criminalidade? Você se refere ao que a lei considera crime? Há aspectos da lei americana que o pensamento progressista e crítico já denunciou e em que um dever jurídico inais alto impõe ao homem conscientizado uma posição militante, oposta à própria legislação, à hermenêutica tradicional e ao sistema tradicional de aplicação das normas legais pelo judiciário. Pense no libelo extraordinário que é, sob o ponto de vista liberal, o livro de Ramsay Clark (Clark, 1970). Este ex-Procurador Geral americano traça um panorama desolador, sobre o mecanismo da “justiça” no seu país, para concluir que “a ciência da mudança institucional há de ser o maior empreendimento” (Clark, 1970:322).

“Durante o macartismo, os mais corajosos, que se recusaram a denunciar seus colegas, terminaram com sentenças de prisão, e hoje estão sendo reabilitados pela opinião pública alertada. Na própria tradição liberal, já Thoreau escrevia um tratado sobre o dever da desobediência civil (Lyra Filho, 1977: 83-95). Entre outras coisas, Thoreau recomendava o não-pagamento de impostos, negando fundos às guerras de conquista. Em nossos dias, o povo organizou-se e pressionou o governo à mudança da sua política, levando ao fim da guerra do Vietnam. As minorias raciais, sexuais, pugnam contra a iniquidade duma velha legislação (...).

“Mais gravemente ainda, no setor internacional, desapareceu, das definições de genocídio, o genocídio cultural, que é indiscutivelmente um crime contra a humanidade (e não precisa abrir aspas aqui, nesta palavra — crime). Enquanto se discutia o genocídio, o assunto passou, por motivos fáceis de adivinhar, para a comissão de assuntos *econômicos*. Deixei isso documentado no verbete que redigi a res-

peito para a *Enciclopédia Mirador*. Está aberto o campo da atividade celerada. Os nossos jovens sofrem as pressões subliminares, através dos órgãos de comunicação de massa com seus enlatados estrangeiros, que destroem nossa cultura, nossa arte, nossos costumes, até nosso idioma. É o desbunde em portinglês!

"O aumento da criminalidade, em termos gerais, está ligado à esclerose das estruturas. Pois a sociedade, com os seus condutos áporos, espreme a grande massa desprotegida, sob o andor de minorias privilegiadas (Lyra Filho, 1976: 26-37; Cloward & Ohlin, 1960:210-211). Isto, e nada mais. A crise é social.

"Em muitos debates sobre aumento da criminalidade, o que se faz é desviar a atenção dos grandes crimes para incidentes criminais derivados. Concentra-se a visão no furto dos trombadinhas, que são produto de abandono, mas nisto se esquecem os trombadões, que comprometem os dinheiros públicos e alienam as riquezas nacionais. Pensa-se num homicida que matou o desafeto, em briga de botequim, mas se esquecem, com isto, os índices de mortalidade infantil. Anne Philipe, tomando uma estimativa modesta, da nossa mortalidade infantil, em 300.000 crianças por ano, calcula os óbitos em meses, semanas, dias, horas e minutos. Resulta daí que, para equiparar-se a tal hecatombe, um assassino teria a cumprir o programa de matar uma criança de dois em dois minutos, sem parar para comer ou dormir. O que o assassino não faz, a estrutura realiza (Philipe, 1971: 45-48).

"Enquanto isso, o jurista clássico fica tecendo, com o fio "domág-tico", arrancado ao papo da legislação, o seu discurso, cheio de badulaques tecnicistas, que mal escondem as chagas do corpo. É a *muié rendêra* que ensina o Poder a *fazê renda*, enquanto ele a ensina a *namorá* (...).

"Desenvolvimento? A colocação é simplista. Aqui se chama desenvolvimento a tecnologia capitalista aplicada ao maior requinte da expansão multinacional. O Jari é progresso para o Brasil?

"O modelo *aperfeiçoa* uma sociedade de consumo que está em crise na matriz e se derrama no imperialismo, para sugar as "veias abertas da América Latina". Este desenvolvimento é apenas a perícia (perdão! o *know how*) da dominação, azeitando o mecanismo do que aí fica.

"Posso mencionar crimes gravíssimos (sem aspas, sr. repórter), crimes contra direitos humanos, contra a saúde pública — não definidos em lei ou não punidos, de fato. Kurt Mirow terminou com um processo criminal tão honroso para ele que os seus juizes, no Superior Tribunal Militar, cumprimentaram o acusado, após a absolvição. E a outra etapa? Quero dizer, não é preciso, agora, coibir, com leis, e perseguir criminalmente, de fato, as manobras dos que lesam a nossa economia?

"A indústria farmacêutica estrangeira vende, aqui, no mercado submisso, o que está proibida de vender na terra donde estende a sua *longa manus*. E não é a vida ou saúde individual que põe em risco, e lesa; é a saúde pública. O senador Jaison Barreto fez dessa agressão uma tônica do seu trabalho parlamentar, quando era deputado. Mas as coisas não mudaram".

Volto ao teu trabalho, depois da amostra dum discurso criminológico em estilo de comunicação de massas. Não me digas que é demagogia. Demagogia é o nome que usa o conservador para qualificar o que diz o progressista, com argumentos irresponsáveis e ade-são popular. Sei, porém, discutir o mesmo assunto, com os ouropéis eruditos. Acho até necessário fazê-lo; mas, fazendo-o, recuso-me a tapar o sol com a peneira tecnicista. Na *Criminologia Dialética*, de 1972, eu dava exemplos históricos (Lyra Filho, 1972A: 123-124). Hoje, esgrimo, intelectualmente, com exemplos atuais.

De qualquer sorte, a "definição alternativa de crime", nos termos em que a preconizas, é um caminho falso, exceto se entendermos a "definição" à guisa de estabelecimento da linha mestra, parâmetro e direção adaptada à conscientização dum *momento* do processo histórico-social, interno e externo entrosados. Mas isto eu não omiti nos meus trabalhos. Há muitos anos, venho, ao contrário, insistindo, precisando, aguçando o pensamento, a tal respeito.

Não se trata de mandar às favas a Criminologia, numa espécie de niilismo epistemológico, decorrente do falso *impasse* idealista deglutido por muitos que se crêem avançados. Trata-se de *superar* a Criminologia Clássica, no que ela tem de morto; isto é, fazer o que dialeticamente se chama uma *Aufhebung*, e que retoma, reenquadra e *ultrapassa* os roteiros antigos. O harakiri conservador de Ferracuti, que já mencionei, é um golpe tático. Isto ficou bem claro, nos termos superlativamente hábeis e corteses com que ele debateu comigo a Criminologia Dialética, de certo modo cooptando a minha proposta, escoimada do que lhe pareceu incômodo: as conotações e irradiações político-sociais, de sentido reestruturador básico; isto é, a reestruturação social que ela implica e preconiza, em termos amplos e com adaptação tática, em cada conjuntura.

Os erros técnicos, em que também incorres, derivam-se do niilismo à Foucault, que é um beco sem saída, como tentei provar. O material da Criminologia Clássica há de ser, agora, retrabalhado, à luz da Criminologia Crítica e não simplesmente destruído, numa porretada anarquista.

Daí o projeto em que avança cada vez mais. Porque a Criminologia Crítica tem muitos subgrupos. O que há de comum é apenas em todos a rejeição do modelo epistemológico tradicional. A Criminologia Clássica, optando por uma definição liminar de crime (conceito legal, conceito "natural" à Garofalo ou "constantes normativas"), passava a indagar por que um indivíduo ou um grupo de indivíduos

delinquentes. E os seus resultados, embora iluminando muitos aspectos do *como*, não davam o *porquê*. Nem poderiam dar, uma vez que se pretendia fazer uma correspondência entre causas ou fatores bio-psíquicos e uma conduta cujo parâmetro é social. Mas a chamada Criminologia Sociológica tampouco encontraria sucesso. Ela perguntava, sempre, por que o indivíduo ou o grupo delinque, dando como premissa a delinquência mesma, segundo a concepção clássica; isto é, variava na sugestão das causas ou fatores, mas continha o "crime" numa daquelas três fórmulas liminares citadas. Assim, tivemos criminólogos marxizantes que, engolindo a abordagem positivista de crime, ficaram muito satisfeitos consigo mesmos, porque debitavam o seu aparecimento a causas econômicas. É a linha que vem de Ferri, positivista, e continua Bonjer e sucessores.

O que a Criminologia Crítica trouxe foi ... a crítica; mas esta pode deter-se num ponto infecundado. O ponto é o *mesmo* que cria obstáculo, quer para o anarquismo niilista, em que se abandona o crime, como se ele fosse desaparecer, quer para o marxismo que Lefebvre chamava de "bruto", que põe crime e direito numa só linha de mero desaparecimento, também. Crime é "criação" de direito, que é criação da lei, que é criação do Estado burguês. Eis como pensam estes, cujas posições, tal qual te quis mostrar, estão abaladas. O "positivismo marxista" reduz o jurídico ao jurídico-positivo, o jurídico-positivo à superestrutura garantida pela classe dominante, e acaba chegando, pela via ortodoxa, à conclusão anarquista; acaba o Estado, acaba o direito e não há mais crime. Aí, os conceitos de direito e de crime são fulminados, mecanicisticamente, mas *nunca* dialetizados. E isto, em nome da dialética...

Na Filosofia Jurídica, já vai apontando a reformulação. Mostrei-te alguns elementos dela. E continuo trabalhando neste setor (Lyra Filho, 1980A), embora não caiba, nesta carta, excessivamente longa, um resumo das pesquisas e sugestões. Assinalo apenas que elas visam a mostrar o direito como um setor peculiar das normas sociais em sua dialética, apanhada, não no instante positivista da formalização estatal, mas no processo global, dentro duma pluralidade de ordenamentos conflitantes (que, internamente, decorre da divisão clássica da sociedade — Santos, 1977: *passim*) e em conexão com o processo histórico geral (onde medram os parâmetros dos direitos humanos, sempre revistos, enriquecidos e superados, a cada *declaração* — Lyra Filho, 1980A).

Sobre este pano de fundo é que emerge a minha proposta específica, em nossa área criminológica — uma Criminologia realmente Dialética.

A Criminologia Dialética é caracterizada pela visão dirigida constantemente para a totalidade e o devenir. Assim, a dialetização começa na abordagem do direito, a que apenas fiz menção nesta carta e que constitui a tônica dos meus trabalhos iurisfilosóficos e

sociológico-jurídicos; passa pela dialetização do conceito de crime, enfatizada, em síntese, no que te expus aqui; e chega à dialetização no estudo da conduta criminal, eliminando os compartimentos estanques da Criminologia clássica, entre os aspectos micro (bio-psíquicos) e macrocriminológico (sociais).

Manuel Atienza entendeu muito bem a proposta, mais longamente exposta no escrito que ele traduziu para o castelhano (Lyra Filho, 1976A: 329-351): "As contribuições de Roberto Lyra Filho no campo da Criminologia são importantes, já não só pelo seu valor intrínseco, mas também pela influência de sua Criminologia Dialética na obra de prestigiosos investigadores de muitos países. Sua proposta de elaboração duma Criminologia Dialética é, penso eu, magnífico exemplo de como podem engrenar-se frutiferamente os conhecimentos filosóficos e científicos. Uma aproximação dialética, segundo ele, implica a aceitação de diversos estudos parciais, setoriais, que devem ser *aufgehoben*, numa síntese totalizadora em que se fundem todas as focalizações parciais. Isto significa uma atitude necessariamente interdisciplinar, que tampouco se pode reduzir a vagas noções de interdisciplinariedade, enquanto a Criminologia deve focalizar-se a partir dum prévio esquema antropológico" (Atienza, 1976: 36).

Venho sobretudo assinalando o ângulo prático, no sentido de prática científica e ligação com a práxis social, donde emergiu o discurso epistemológico do meu ensaio. Assim, na pesquisa do *plagium* (redução à condição análoga à de escravo), com base na lei e na jurisprudência, mostrando que, neste caso, a estrutura sócio-econômica aniquila uma definição jurídico-formal que a ela se opõe. As contradições determinam, em consequência, os paliativos que constituem "aberrações" (no caso, úteis e até necessárias), conforme a ótica duma ciência ("dogmática" do direito (por exemplo, *habeas corpus* contra ato de particular, devido à impotência para fazer cumprir a lei incriminadora — Lyra Filho, 1967: 26-31; 62-68). Da mesma forma, a análise dos tipos penais que constituem "normalidade sociológica", tais como o aborto, a casa de prostituição, o adultério, o consumo de certas drogas proibidas e a não-proibição de outras — segundo os estilos de sociedade, classe, costume e região diversificados (Lyra Filho, 1976: 26-37). Mais: o exame da teoria da personalidade delinquencial de Pinatel, mostrando que os aspectos da agressividade, egocentrismo, labilidade e indiferença afetiva são, pelo menos em parte, *decorrentes* da estrutura social, senão por ela favorecidos e até consagrados (Lyra Filho, 1976A: 336ss). Também, a demonstração de que resulta errôneo o esquema separando fatores exógenos e endógenos, pois ele olvida que o elemento endógeno carrega determinantes exógenas intra-subjetivadas (Lyra Filho, 1976: 30ss). Donde emergem os recalques e sublimações, governados pelo *superego*? É óbvio que de parâmetros externos, hauridos pelo sujeito, conforme

a estrutura social em que vive, a posição que nela ocupa, a educação que recebeu e a maior ou menor capacidade de conscientizar tais parâmetros e, assim, libertar-se do seu influxo.

Esta carta apenas resume um longo itinerário. É o que se pode fazer na comunicação epistolar, que não se avoluma num tratado postal.

Quanto a ti, penso que falta ao teu discurso um domínio da totalização dialética e um senso do devenir, sem os quais a dialética mesma, ou é abandonada, ou frustrada. Então, a soma de elementos, em lugar de trazer a síntese (dado o idealismo fundamental da perspectiva mantida), produz um "erro composto". A observação é de Marx, a respeito de Proudhon (Marx, 1965:93). Dialética não é postura que se adote, sem uma completa reformulação mental.

Não me apresento como reto e insuperável modelo. Mas o importante é descobrir o rumo e andar corrigindo, sempre, os desvios de visão e formulação, com o olho voltado para a práxis e com a certeza de que a teoria emerge do contato com ela. O melhor modo de teorizar corretamente é posicionar-se corretamente, no engajamento que assumirmos, dentro do processo histórico-social. Por isso, continuo estudando, pesquisando e emendando o que já se refletiu, em mim, como doutrina, a partir do que fiz e corrigi, como cientista e como cidadão. Mas emendas e superações nada têm a ver com a tua crítica. Repito que ela não me aborreceu: apenas, em sentido jurídico, foi impertinente, isto é, alheia ao assunto de que se trata.

Recebe o meu abraço de amigo, colega e também admirador, pois reconheço as tuas qualidades e intenções, que são excelentes. O teu trabalho é, como dizia Manuel Bandeira a respeito do primeiro livro de Mário de Andrade, dum "ruim esquisito", um ruim no qual se entremostam o talento e a reflexão desgovernados. Tens todo o necessário lastro para a produção do bom. Sem o idealismo filosófico. Sem nihilismo. Uma contribuição crítica, mas enfiada e positiva.

BIBLIOGRAFIA

- ATIENZA, MANUEL (1976) — *in Anuario de Sociologia y Psicologia Jurídicas*, Barcelona, Colegio de Abogados.
- BARATTA, A. (1979) — *in La Questione Criminale*, 5 (2): 147-183, Bologna, Il Mulino.
- BASAGLIA, FRANCO (1979) — *A Psiquiatria Alternativa*, São Paulo, Brasil Debates.
- BOURJOL et alii (1978) — *Pour une Critique du Droit*, Paris, Maspéro.
- CHAMBLISS, W. J. (1974) — *in DANIEL GLASER, org., Handbook of Criminology*, Chicago, Rand MacNally.
- CIRINO DOS SANTOS, JUAREZ (1979) — *A Criminologia da Repressão*, Rio, Forense.

- CIRINO DOS SANTOS, JUAREZ (1979A) — *in Revista de Direito Penal*, 26:19-32.
- CLARK, RAMSAY (1970) — *Crime in America*, New York, Simon and Schuster.
- CLOWARD, R. & OHLIN, L. (1960) — *Delinquency and Opportunity*, New York, The Free Press.
- FERRACUTI, FRANCO (1975) — *in Revista do STM*, I, 1:55, Brasília, Gráfica do Senado.
- FERREIRA DE CASTRO (1960) — *A Curva da Estrada*, São Paulo, Difusora Européia do Livro.
- GOLDMANN, LUCIEN (1970) — *Marxisme et Sciences Humaines*, Paris, Gallimard.
- LEFEBVRE, HENRI (1966) — *Pour Connaître la Pensée de Marx*, Paris, Bordas.
- LYRA (pai). ROBERTO (1964) — *Criminologia*, Rio, Forense.
- LYRA FILHO, ROBERTO (1967) — *Perspectivas Atuais da Criminologia*, Recife, Imprensa Oficial de Pernambuco.
- LYRA FILHO, ROBERTO (1972) — *A Conceção do Mundo na Obra de Castro Alves*, Rio, Borsol.
- LYRA FILHO, ROBERTO (1972A) — *Criminologia Dialética*, Rio, Borsol.
- LYRA FILHO, ROBERTO (1976) — *in Revista de Direito Penal*, 21-22:26-37.
- LYRA FILHO, ROBERTO (1976A) — *in DIVERSOS, Estudos em Homenagem a Aliomar Baleeiro*, Brasília, EdUnb.
- LYRA FILHO, ROBERTO (1977) — *A Filosofia Jurídica nos Estados Unidos da América*, Porto Alegre, Fabris Editor.
- LYRA FILHO, ROBERTO (1980) — *Para um Direito sem Dogmas*, Porto Alegre, Fabris Editor.
- LYRA FILHO, ROBERTO (1980A) — *Humanismo Socialista e Direitos Humanos* (em preparo).
- LYRA FILHO, ROBERTO (1980B) — *in CLAUDIO SOUTO e JOAQUIM FALCÃO, Sociologia e Direito: Leituras Básicas de Sociologia Jurídica*, São Paulo, Pioneira.
- MARX, K. (1965) — *Oeuvres*, I, Paris, Gallimard.
- PETERI, Z. (1966) — *in DIVERSOS, Studies in Comparative Law*, Budapest, Akadémiai Kiadó.
- PHILIPPE, ANNE (1971) — *Spirale*, Paris, Gallimard.
- PODGORECKI, A. (1966) — *in RENATO TREVES, La Sociologia del Diritto*, Milano, Edizioni di Comunità.
- PODGORECKI, A. (1973) — *in Knowledge and Opinion About Law*, London, Martin Robertson.
- POULANTZAS, NICOS (1978) — *L'Etat, le Pouvoir, le Socialisme*, Paris, P.U.F.
- ROSENTHAL, M. (1959) — *Les Problèmes de la Dialectique dans Le Capital de Marx*, Paris, Éditions Sociales.
- SANTOS, BOAVENTURA SOUSA (1977) — *The Law of the Oppressed, in Law and Society*, XII (1): 5-126.
- TAYLOR, I.; WALTON, P. & YOUNG, J. (1973) — *The New Criminology*, London, Routledge and Kegan Paul.
- WEYL, M. & WEYL, R. (1974) — *Révolution et Perspectives du Droit*, Paris, Éditions Sociales.

A ATUAL CRISE DA POLÍTICA CRIMINAL NOS ESTADOS UNIDOS *

Peter P. Lejins

É um grande prazer e uma honra para mim ter sido convidado para participar, como relator, do III Congresso Internacional do Centro de Pesquisas de Política Criminal, discorrendo sobre a atual crise da política criminal nos Estados Unidos.

O tema deste Congresso pressupõe que haja uma crise na política adotada, a fim de fazer frente ao problema criminal. Naturalmente, nunca houve nos Estados Unidos um consenso geral e completo a respeito do problema da criminalidade, da mesma forma que um tal acordo jamais existiu em nenhum outro país. Isto é verdade, seja no que concerne à interpretação dos motivos do comportamento criminoso, seja no que diz respeito aos meios mais eficazes para tratar o problema da criminalidade. Porém, não obstante a diversidade de posições, de uma maneira geral, desenvolveu-se uma política global mais ou menos uniforme para enfrentar o fenômeno da criminalidade. As controvérsias surgem geralmente a nível teórico. Se aceito a opinião de que, no curso dos últimos dez ou doze anos, tivemos uma situação de crise a respeito, é porque acredito que algo de mais radical e de maiores proporções do que as habituais divergências de opiniões no que concerne ao modo de considerar o problema da criminalidade foi verificada nos Estados Unidos. A discussão que se segue mostrará, espero, que existe uma situação, pode-se dizer, de crise, cujos aspectos mais significativos indicarei.

* Relatório apresentado ao III Congresso Internacional de Política Criminal, realizado em Paris, pelo Centro de Pesquisas de Política Criminal, nos dias 4 e 5 de maio de 1979.

Traduzido pela Prof^a. Paolina Leone Candia Hryniewicz, assistente da cadeira de Criminologia da Faculdade de Direito Cândido Mendes/Rio de Janeiro.

O abandono das ilusões no que diz respeito aos sistemas reeducativos

O principal fator desta crise é a perda geral de confiança na eficácia do tratamento reeducativo dos criminosos. É este o sistema de tratamento aplicável para o controle da criminalidade? Esta é a pergunta que tem sido feita nos Estados Unidos durante o último decênio e à qual sempre um maior número de pessoas responde negativamente. E o mais importante é que, no curso dos últimos anos, as implicações deste postulado teórico começam a penetrar, sempre mais profundamente, na prática dos tratamentos dos delinquentes por parte dos organismos operativos de luta contra o crime.

O significado de tal desenvolvimento não pode ser compreendido, senão em função da perspectiva histórica da luta contra o crime nos Estados Unidos, no curso dos últimos dois séculos.

História

Há cerca de dois séculos, dois acontecimentos de excepcional importância foram verificados nos Estados Unidos. O primeiro foi a descoberta da prisão como medida repressiva e a sucessiva substituição gradual, porém constante, da pena capital e das penas corporais pela detenção como sanção geral do comportamento criminoso. O segundo acontecimento foi o início de um longo processo que consistiu na paulatina substituição das sanções repressivas pelas medidas reeducativas: ou seja, a tentativa de eliminar as causas do comportamento criminoso em vez de combatê-lo através da aplicação das sanções repressivas. O entusiasmo pela prisão continuou por todo um século, até o momento em que a "probation" e a "parole" surgiram como tipos de tratamento baseados na comunidade, como diríamos em nossos dias. Ainda por todo um século estas duas medidas serviram de complemento à prisão, mas ninguém, de modo algum, duvidava da fundamental utilidade do próprio encarceramento. A prisão com suas três funções, a de constituir um lugar onde desenvolver um tratamento reeducativo e aquelas de ser um meio de punição e de neutralização, permanece até os anos sessenta quase sem ser posta em discussão.

A idéia de reeducar os criminosos e as medidas inspiradas nesta concepção surgiram nos Estados Unidos pouco depois do aparecimento da prisão como sanção repressiva, porém, no início do século XIX, com o surgimento das penitenciárias, a substituição da punição pela emenda constituiu o centro das atividades daquilo que foi chamado de reforma penitenciária, que perdurou até o século XX. Uma análise das reformas legislativas, administrativas e dos programas de tratamento dos criminosos nos séculos XIX e XX mostra que estas reformas consistem quase que exclusivamente no desenvolvimento de uma abordagem voltada para a emenda e para o tratamento associado

a uma gradual regressão da pena-castigo. O desenvolvimento dos programas compreendendo a "*probation*" e a "*parole*", acima mencionados, a separação em setores dos jovens e dos adultos, o sistema penitenciário dito progressivo, o movimento de reforma, o inserimento entre os agentes prisionais de professores, seja de formação profissional, seja de ensino geral, de psicólogos, de psiquiatras, de assistentes sociais, de especialistas do tempo livre, etc., tudo isso representou um esforço gradativo, porém constante e maciço, no sentido da substituição da pena-castigo, pelas medidas de reeducação. A *intelligente* liberal daquele período constituiu um aliado natural daquela reforma, considerada como elemento de progresso de uma sociedade civil. Aqueles que se dedicavam à causa da reeducação possuíam o apoio de grupos sociais denominados progressistas e, sem excitações, se consideravam os campeões, às vezes os mártires, de uma nobre causa.

Este movimento, que se transformou em uma tendência que se desenvolveu por mais ou menos dois séculos, penetrou e radicou-se na literatura quer científica quer popular. Isso foi cristalizado sob a forma de uma orientação tradicional e progressista que os círculos intelectuais e liberais assumiam como inarredável. Nos anos sessenta a vitória do tratamento sobre a punição dos criminosos parecia conquistada. Os órgãos legislativos e as comissões de estudos, seja nos Estados Unidos, seja no Canadá, pensavam seriamente em mudar o nome dos códigos penais para códigos de reeducação (códigos correccionais).

Das pesquisas de opinião resulta que uma crescente maioria de cidadãos nos Estados Unidos expressava preferência pela emenda dos criminosos mais do que pela sua punição. Em alguns dos meus escritos ressaltei que o testemunho mais espetacular nos Estados Unidos, da influência exercida pela idéia da eliminação das causas da criminalidade, foi o primeiro grande programa federal no campo do crime e, em particular, no da delinquência juvenil e no das infrações cometidas pelos jovens.

Este era baseado no *Juvenile Delinquency and Youth Crime Control Act* de 1961, lei sobre a delinquência juvenil e a luta contra a criminalidade dos jovens que fora introduzida durante a administração Kennedy e que esteve em vigor durante cinco anos. A sua base teórica era a teoria etiológica da conduta criminal fundada no conceito de anomia, na diversidade de possibilidades e na alienação da juventude urbana, resultante do conflito econômico. A delinquência e a criminalidade estavam entre as soluções a que recorria a juventude alienada. Os programas de ação decorrentes desta lei estavam em completa harmonia com a referida teoria. Vultosas dotações e muitas energias foram despendidas em projetos tendentes a melhorar, quer as estruturas que poderiam assegurar à juventude alguma alternativa a fim de impedir sua alienação, quer com a finalidade de desenvolver ocupações para os jovens que, tendo em vista sua alie-

nação, deixavam a escola, destruindo, desse modo, as próprias possibilidades de inserimento na sociedade modernã. É importante mencionar que Lloyd Ohlin, professor e pesquisador e um dos autores da principal obra doutrinária daquele período, "*Delinquency and Opportunity*", nomeado para ser assessor do Ministro da Saúde, da Instrução e das Questões Sociais foi encarregado da atuação de todo o programa.

Esta longa descrição da tendência que dominou durante dois séculos visou colocar em relevo a amplitude da crise da política criminal nos Estados Unidos, quando, quase logo após o programa federal mencionado, a própria possibilidade de aplicar um sistema de tratamento para os criminosos foi colocada em dúvida e negada veementemente pelos novos entendidos neste campo, enquanto a prisão era criticada como uma estrutura extremamente nociva e, de fato, uma das principais causas da criminalidade moderna. É esta a situação em que nos encontramos atualmente.

O impacto da descrença no sistema reeducativo

A perda de confiança no tratamento reeducativo dos criminosos traz conseqüências e põe em risco muitas das orientações e das políticas tradicionais, não só no que concerne ao tratamento dos criminosos mas também no que concerne aos métodos de estudo e pesquisa. Não há como não considerar a íntima relação existente entre a política do tratamento reeducativo e a criminologia. Quando Lombroso disse que o comportamento dos criminosos é nada mais do que um fato social, entre outros tantos, e que, como todos os demais fatos, tem suas causas, deduziu que o melhor método para eliminá-lo seria eliminar as suas causas; donde a necessidade de estudar essas causas, vale dizer a criminologia e, em particular, o seu elemento construtivo mais importante, a etiologia da conduta criminal. Assim, a criminologia tem sua origem na necessidade prática de conhecer as causas da conduta criminosa a fim de eliminá-las. Isto é compreensível quando se pensa que a origem e o desenvolvimento da criminologia remontam à origem da filosofia pragmática da ciência fundada por John Dewey. Desse modo, a criminologia deve não só, as suas origens mas também o seu desenvolvimento durante os cem anos da sua existência à sua justificativa prática: à criação, através da pesquisa, de uma base operativa para a política criminal. Este objetivo prático e esta confiança na utilidade dos conhecimentos criminológicos para a humanidade na sua luta contra o crime encorajaram os estudiosos, abriram ao ensinamento e à pesquisa as portas das universidades e trouxeram a ajuda financeira indispensável. A tomada de consciência do poder da criminologia faz transparecer o verdadeiro significado e o inevitável impacto causado pelo ceticismo quanto à possibilidade de aplicação do método de eliminação das causas da criminalidade ou do

tratamento na luta contra o comportamento criminoso. A perda de um significado pragmático das consciências criminológicas faz desaparecer o sentido desta disciplina. Esta perda reduzirá, sem dúvida, a importância que lhe é atribuída e, ao mesmo tempo, influirá sobre a obtenção de subvenções, seja tratando-se do ensino, seja da pesquisa ou mesmo da atuação dos programas reeducativos. Trata-se, portanto, de uma crise séria com repercussões profundas que terá um sensível efeito na política criminal.

Para determinar a extensão e as futuras perspectivas desta crise é necessário analisar-lhe as causas: portanto, por primeiro, é preciso examinar o porquê da perda de confiança na abordagem reeducativa.

Em outro estudo (*Criminogenesis*, tese apresentada no VIII Congresso Internacional de Criminologia) analisei de forma detalhada estas razões. Aqui, limitar-me-ei a enumerar rapidamente os principais aspectos, através de uma breve síntese sobre cada um deles.

1. Os dados estatísticos e as conclusões das pesquisas mostram que os métodos reeducativos não impedem a reincidência criminal. Numerosos relatórios, realizando tal avaliação negativa, foram recentemente publicados nos Estados Unidos. Resultando de uma pesquisa empírica, estes relatórios, nos quais se utilizou uma metodologia muito mais sólida, colocaram em dúvida as afirmativas de sucesso, propagadas pelos encarregados de organizar os programas reeducativos. Estas afirmativas não mais parecem resistir ao crivo da sofisticada e moderna pesquisa avaliativa.
2. O atual aumento da criminalidade e da delinquência, claramente confirmado pelas estatísticas dos órgãos de justiça criminal, e, mais recentemente, pelas vastas pesquisas sobre vitimização nos Estados Unidos e as repetidas tentativas anteriormente feitas para colocar em dúvida as provas estatísticas de tal aumento revelaram-se pouco a pouco sem fundamento. Se é um fato que a principal característica da política criminal nos Estados Unidos, durante os últimos decênios, foi a de substituir as medidas repressivas pelas reeducativas, o paralelo aumento das atividades criminais não deixou de pôr em dúvida a eficácia de tal política. Logo, se do ponto de vista das ciências sociais esta conclusão não se pode considerar justificada dado à presença de outras variáveis, a opinião pública, normalmente menos prudente em suas conclusões, não raro vê um ponto de ligação entre os dois fenômenos.
3. O retorno da crença nas sanções repressivas — Este retorno deve ser analisado através de uma perspectiva apropriada: Dois fatos devem ser considerados. Primeiramente, nos Estados Unidos, o grande público, a literatura popular, os *mass media* e o próprio direito penal tradicional nunca renunciaram à idéia de que as sanções repressivas constituíssem a resposta apropriada ao com-

portamento criminoso. Outrossim, o ceticismo com relação às sanções repressivas decorre, em medida sempre maior, do fato de a *intelligentzia* liberal e alguns grandes especialistas ligados aos órgãos operativos da luta contra o crime abraçarem a aplicação das medidas de reeducação. Estes grupos foram pouco a pouco levados a perceber a idéia de que as sanções repressivas constituíam algo de bárbaro e arcaico, e, por isso, indignas da nossa sociedade civil. Os mesmos grupos não chegaram a eliminar as sanções repressivas, considerando-as, porém, um mal necessário, incapaz de constituir objeto de pesquisas e avaliações. Se hoje falamos de um retorno da confiança nas sanções repressivas é porque foi verificado que um considerável número de especialistas, de juristas e de criminólogos, expressam essa confiança e estão dispostos a demonstrar a eficácia das penas repressivas, através de pesquisas avaliativas, muitas das quais já iniciadas.

Não se deve esquecer que estes novos líderes da política criminal possuem o apoio direto de largos estratos da população que, na verdade, nunca seguiram a orientação traçada pelos entusiastas dos métodos reeducativos e que permaneceram fiéis ao sistema fundamentalmente repressivo.

O retorno da crença nas sanções repressivas, além da real consciência de sua unidade, recebe nos Estados Unidos apoio em razão da reação contrária. Com o descrédito das medidas reeducativas criou-se um enorme vazio no que diz respeito à questão de como tratar o criminoso. Desse modo, o retorno aludido, mais do que uma neutralização pura e simples, aparece como uma alternativa neste vazio imprevisto.

4. Outro fato que contribuiu para o descrédito da perspectiva reeducativa é o atual movimento de proteção aos direitos constitucionais do indivíduo ou aos direitos do homem. Este cuidado para com os direitos humanos tende a incluir também os dos criminosos. Esta evolução não pode ser compreendida senão em função dos acontecimentos que tiveram lugar nos Estados Unidos nos anos sessenta e que perduraram até os anos setenta. A inesperada conscientização do desfavorável estatuto das minorias, particularmente da minoria negra, cujos direitos foram sistematicamente violados, não obstante as garantias constitucionais, tornou-se uma das principais preocupações para os Estados Unidos. Esta preocupação estendeu-se à situação das mulheres, dos jovens, dos estudantes e também dos criminosos. Esta última foi bem cedo traduzida em um movimento nacional para corrigir as injustiças acima referidas, garantindo sobretudo os direitos do homem. A constatação da existência de qualquer discriminação com relação a esses grupos, ou a seus membros, foi confiada aos tribunais, particularmente aos federais. O criminoso

representou uma hipótese especial de indivíduo desfavorecido, enquanto a situação de desfavor no que concerne aos seus direitos não constituía o resultado de uma violação ilegítima de tais direitos por parte dos concidadãos mais poderosos, mas teria sido produzida em conformidade com as disposições contidas na própria constituição, isto é, naquelas relativas às penas previstas para os crimes. Sobre este ponto houve uma evolução muito particular. Os partidários da causa dos direitos humanos não atacaram as sanções repressivas como consequência necessária dos atos criminosos, mas voltaram-se contra as normas reeducativas enquanto violações dos direitos do homem tendentes a impedir o indivíduo de ser aquilo que ele quer ser. Sendo um fato que a essência das normas reeducativas sempre foi a de eliminar as causas do comportamento criminoso para tentar transformar o criminoso em não criminoso, começou-se a interpretar o objetivo do pessoal penitenciário, dos assistentes sociais, dos psicólogos, dos psiquiatras, etc., como uma violação dos direitos dos indivíduos e especialmente do direito de privacidade, os quais competem também ao criminoso. Na sua essência a reeducação é uma modificação do comportamento, que imposta ao indivíduo tornou-se uma expressão que soa mal. Segundo esta interpretação, infligir uma pena por um ato criminoso que foi cometido constitui uma violação dos direitos do homem de menor peso do que exercer uma pressão para obter uma mudança no curso do processo de reeducação. Cumpre ressaltar que o impacto do atual movimento de proteção dos direitos humanos não deve ser tomado como indício de uma adesão do autor destas notas a esta interpretação.

Outra consequência do movimento relativo à proteção dos direitos do homem na política criminal é, nos Estados Unidos, a moderna tendência em favorecer às sentenças com penas determinadas. Quando se dá relevância à punição pela infração cometida e à imparcialidade no que concerne ao grau de sofrimento imposto, decorre, como consequência lógica, que as infrações semelhantes devem corresponder penas semelhantes. Ao contrário, a solução reeducativa, assim como o tratamento médico do paciente, implica em que a duração do tratamento penitenciário deva depender do tempo necessário para que este possa ser levado a efeito: a sentença indeterminada, ou melhor, a determinação da duração da detenção ou da fiscalização é confiada ao pessoal encarregado do tratamento. É esta autoridade administrativa exercida sobre o criminoso pelo pessoal penitenciário que é particularmente criticada pelos defensores dos direitos do homem. Atualmente, resulta que, por um lado, reclamam-se sentenças determinadas, baseadas na gravidade da infração e totalmente independentes ao progresso que pode ser alcançado pelo criminoso

durante a execução da pena e, por outro lado, insiste-se sobre a natureza opcional de cada programa de tratamento. Esta última política baseia-se na afirmação de que as medidas de tratamento só podem dar resultado positivo se o criminoso as aceita. A política seguida atualmente em relação aos objetivos dos estabelecimentos federais pela direção da administração penitenciária nos Estados Unidos (United States Bureau of Prisons) e as recentes leis segundo as quais o conhecido *Patuxent Institution*, em Maryland, não pode ser senão opcional para as diversas categorias de criminosos, ilustram muito bem a penetração das idéias recentemente desenvolvidas nos programas operativos. Estudei profundamente estes dois exemplos no artigo "*The Patuxent Experiment*" publicado no *The Bulletin of the American Academy of Psychiatry and the Law*, em 1977, e no relatório "*La criminalité, le maladies mentales, et l'approche clinique aux Etats-Unis: la situation actuelle*", que apresentei no VI Congresso Internacional de Criminologia Clínica Comparada, realizado em Santa Margherita, Liguria, em 1978.

5. Intimamente ligada à questão dos direitos do homem delinqüente está a modificação imposta na *intelligentzia* liberal que por dois séculos constituiu o principal sustentáculo da ideologia que se opunha às sanções repressivas e se colocava a favor do tratamento dos criminosos. No curso dos últimos decênios assistimos a uma mudança radical desta posição. É a *intelligentzia* que ataca a orientação tendente a fazer do criminoso um não criminoso, por ela considerada como uma violação da vida privada e dos direitos do homem e que imprime sua preferência pelas sanções repressivas.

Crise é uma mudança para uma situação nova em que reina a incerteza sobre que caminho seguir e onde as opiniões divergem sobre que direção tomar. Se esta é a definição correta de crise, não há dúvida de que os Estados Unidos atravessam no momento presente uma grande crise. As observações anteriormente feitas ilustram de modo amplo a importância das mudanças ocorridas neste setor, no curso dos últimos dez anos. É um fato que existem divergências e incertezas no que concerne às previsões de tudo o que está por acontecer. De um lado, vemos a *intelligentzia* liberal formar uma frente unida com os conservadores tradicionais que sempre sustentaram que a pena-castigo é a resposta apropriada ao ato criminoso. De outro, temos um pessoal penitenciário especializado na reeducação, estimado em cerca de trezentas mil pessoas, com estudos e especialidades várias, todos interessados na continuação dos programas reeducativos. A força deste grupo consiste no fato de que, enquanto surgem numerosas inovações de acordo com as novas idéias, a "reeducação en-

quanto hábito" continua sendo perseguida como antes nos Estados Unidos.

Os novos movimentos

Neste ponto, cabe ressaltar o atual fermento de idéias no campo da política criminal nos Estados Unidos, no que concerne a certos problemas fundamentais, em particular com relação à mudança quanto à reeducação como método de tratamento da criminalidade.

Outras questões menos diretamente ligadas às controvérsias acima expostas, surgiram recentemente.

A luta contra o crime como fator criminógeno

Foi a teoria da etiquetagem ou do *labelling* que assinalou o desenvolvimento revolucionário das perspectivas sobre a relação entre o comportamento criminoso e as medidas previstas de luta contra o crime. Em vez da interpretação tradicional, segundo a qual os atos criminosos provocam uma reação natural por parte da sociedade que tende a eliminá-los através de determinadas medidas, introduziu-se o postulado de que a utilização de tais medidas transforma o comportamento humano em criminoso, rotulando-o como tal. O maior ou menor peso à lógica deste postulado é dado naturalmente, pelos defensores desta teoria. Alguns estabelecem uma diferença entre criminalidade primária e secundária, reduzindo o objetivo da etiquetagem no efeito da estigmatização devido à intervenção das autoridades encarregadas da luta contra o crime. Outros, ao contrário, parecem realmente dizer que o comportamento é criminoso tão-somente porque a sociedade exerce sobre o mesmo uma ação através de seus órgãos de controle. Seja qual for a orientação que assumamos, o seu postulado fundamental, mesmo na sua posição mais acurada, permanece: o recurso das sanções repressivas age, pelo menos em certos contextos, como fator criminógeno. Esta idéia, pouco importando o entusiasmo suscitado pela teoria da etiquetagem, parece, no que concerne ao problema da criminalidade, ter já penetrado no pensamento americano.

Poder-se-á recordar, seja dito entre parênteses, que a concepção aqui indicada com relação à função dos órgãos de luta contra o crime foi formulada de modo dramático muito tempo antes de aparecerem os partidários do *labelling*, ou seja, da teoria marxista sobre o crime. Mais de um século antes, Marx e seus seguidores sustentaram que o sistema legal em mãos da elite do poder constituía um instrumento para manter o seu domínio. O código penal serve para dividir os indivíduos e os grupos que são chamados criminosos após a aplicação da lei por parte da elite, representada pela classe dominante. Logo, os elementos essenciais da teoria da etiquetagem foram já definidos naquela época.

O estudo das atividades dos diversos órgãos de luta contra o crime vistos como fatores que contribuem para o desenvolvimento da criminalidade secundária é atualmente muito popular nos Estados Unidos e numerosos projetos, generosamente subvencionados, objetivaram a pesquisa neste setor. Estas pesquisas, sobre o objetivo criminógeno dos organismos encarregados de aplicar as leis, contrastam, naturalmente, com a interpretação tradicional. Presentemente, não parece ainda claro de que forma estes novos resultados e idéias poderão ser inseridos no sistema de justiça criminal. Existem numerosas controvérsias sobre tais questões e é lícito incluir este argumento no tema deste congresso, já que esse constitui um dos motivos da crise da política criminal da justiça.

Críticas à prisão

De certo modo, o atual ceticismo com relação à prisão pode ser interpretado como um aspecto da finalidade criminógena atribuída às medidas de luta contra o crime, referida anteriormente. Por outro lado, a crítica às prisões surgiu já antes e de todo independente da formulação da teoria da etiquetagem. Assim, ainda mais uma vez assistimos a uma mudança de atitudes com relação à prisão e sua interpretação. Durante todo o séc. XIX a prisão foi considerada uma invenção social notável, que substituiu as punições corporais e a pena de morte. Sua enorme popularidade foi provavelmente devida ao fato de que a prisão englobava de maneira muito mais flexível três funções na luta contra o crime. Suprimindo a liberdade, satisfazia os que acreditavam nas sanções repressivas. Tornando acessíveis em um só lugar os criminosos condenados, permitia a aplicação dos programas de reeducação e tratamento, os quais satisfaziam os que acreditavam na reeducação mais do que na pena-castigo. E, finalmente, a prisão constituía um método de neutralização mais humana.

Significativo é constatar, no início dos anos sessenta, o aparecimento de perspectivas e interpretações inteiramente novas no que concerne à finalidade da prisão. O fato de que a prisão reunia e constituía um grupo permanente, ou pelo menos duradouro, começava a ser visto como um terrível erro à luz das teorias criminológicas como as das associações diferenciais ou das subculturas criminais e delinqüenciais.

Os educadores e as pessoas especializadas no tratamento de ressocialização começaram por ridicularizar a idéia de que a posição dos criminosos no quadro artificial de uma instituição social, constituída exclusivamente de criminosos, pudesse ser também, através de um esforço de imaginação, considerada como útil à preparação de uma vida que viesse a respeitar as leis como em uma comunidade normal. Aqueles que acreditavam na finalidade do *labelling* sublinhavam que a prisão é um dos instrumentos mais eficazes e mais duradouros da

estigmatização, muito mais eficaz em nossa sociedade moderna do que as penas infamantes impostas aos criminosos nos tempos antigos.

As críticas aqui lembradas constituem as principais objeções, embora pudessem ser acrescentadas muitas outras análises críticas. O problema global, todavia, permaneceria o mesmo. A prisão é por muitos considerada como fator que produz delinquentes, quer habituais, quer profissionais. Mesmo aqueles que não vislumbram uma forma de enfrentar o problema do crime sem a prisão a consideram um mal necessário.

Porém, malgrado todas essas críticas, tornando-se consciência de que nos Estados Unidos a prisão permanece ainda como a espinha dorsal da luta contra o crime e de que a população carcerária, no curso dos últimos anos, aumentou, *grosso modo* de 200.000 para 300.000, isto é, em 50%, pode-se entender facilmente que temos uma situação de crise que exige seja a nossa política criminal repensada segundo as linhas renovadoras.

O retorno das teorias biotipológicas e constitucionalistas

O recente interesse suscitado pela criminologia biológica, seja no campo do ensino, seja no da pesquisa, é um fato novo e outra vazão da crise na política criminal, particularmente nos Estados Unidos. Tradicionalmente, os Estados Unidos dedicaram-se ao estudo da etiologia do fator cultural e social do comportamento criminoso, e isto a tal ponto que toda a interpretação biológica e constitucionalista era recebida não somente com incredulidade, mas com hostilidade. Isto, não obstante o fato de que os Estados Unidos assistiram de perto aos estudos de antropologia criminal de Ernest Hooton e os de tipologia somática de William Sheldon. O fato destes estudos não terem obtido nenhum impacto significativo, tendo sido completamente rejeitados por parte da principal corrente criminológica americana, torna claro a tendência às interpretações puramente culturais e sociais do comportamento criminoso. O aparecimento da criminologia biológica nos Estados Unidos é, conseqüentemente, um sintoma de outra mudança radical e de outra situação de crise que exige uma resposta por parte da política criminal.

A criminalidade do colarinho branco e a criminalidade econômica

O conceito de criminalidade do colarinho branco, criado pelo professor Sutherland, cerca de 40 anos atrás, teve uma ressonância limitada nas estruturas teóricas e nos programas de ação no campo da justiça criminal. Só recentemente, a nação no seu complexo, particularmente no meio dos *mass media*, conscientizou-se da extensão das atividades ilegais da classe e das profissões privilegiadas da po-

pulação, das quais muito poucas estão correlacionadas com a chamada criminalidade comum (ou convencional). Nunca os Estados Unidos estiveram tão preocupados com as atividades relativas à criminalidade do colarinho branco e da criminalidade econômica, mesmo considerando como sendo vagos os conceitos neste campo e mesmo se os limites entre legalidade e ilegalidade são mal definidos. Esta preocupação pela criminalidade do colarinho branco, pela corrupção política e pela criminalidade econômica começa a introduzir-se nos programas de ação do sistema da justiça penal. Nestes, avanços importantes pairam no ar. E aqui nos encontramos, mais uma vez, perante outra crise, em razão da situação de todo nova que a política criminal deve enfrentar.

Esperamos que a análise e os exemplos expostos mostrem amplamente quais as profundas inovações que estão para ser introduzidas na política criminal nos Estados Unidos. Inúmeras mudanças e rápidas inovações, aliadas à incerteza quanto ao modo de enfrentá-las, fazem com que se possa falar de crise.

VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL

Juarez Cirino dos Santos

I. Introdução

Toda formulação teórica de um problema concreto toca duas ordens de questões: concretamente, a questão do problema real existente, objetiva e independentemente da vontade humana; e teoricamente, a questão dos conceitos ou categorias de pensamento capazes de permitir a apreensão intelectual do problema concreto. A relação entre o sujeito cognoscente e o objeto real a ser conhecido não é imediata ou direta, mas sempre mediatizada pelas teorias já construídas sobre o objeto, postas em hipóteses gerais admitidas como válidas pelos critérios científicos dominantes, cujos enunciados serão testados, refinados, redefinidos ou revolucionados, no processo contraditório de produção da realidade e de seu conhecimento.¹

O método positivista em ciências sociais separa os objetos históricos dos processos que os produzem, e os reifica em dados quantificáveis ou unidades calculáveis, por procedimentos pretensamente neutros de uma ciência aparentemente objetiva, que identificaria as causas constitutivas do objeto estudado, pela aplicação sistemática do método de produzir ciência: a indução de leis gerais, pela observação e experimentação.² Aplicado a objetos históricos, como a violência criminal, institucional ou individual, as formas concretas e particulares de existência e desenvolvimento desses objetos são substituídas por abstrações indeterminadas, do tipo 'a violência', 'o crime violento', personificadas no 'homem violento', etc., um produto mecânico de fatores biopsicológicos ou sociológicos, definido como defeituoso, desajustado, carente ou intrinsecamente anti-social, necessi-

¹ Cf. K. MARX — 'Introdução à Crítica da Economia Política', Editorial Estampa, Lisboa, 1973, p. 228 e seguintes. M. MIAILLE — 'Une Introduction Critique au Droit', François Maspero, Paris, 1977, p. 35 e 42-3.

² Cf. J. CIRINO DOS SANTOS — 'A Criminologia da Repressão', Forense, Rio, 1979, p. 42-55.

tado de correção, adaptação, assistência ou ressocialização, mediante técnicas sofisticadas, desde propostas de intervenção na estrutura de sua personalidade, até reformas sociais tangenciais, nas áreas chamadas subculturais, etc.

Na base desse tipo de teorização da violência, e dos programas de política criminal oficial, atua uma ideologia de 'lei e ordem', caracterizada pelo não-questionamento dos fatores formais do crime (as definições legais e a atuação dos aparelhos de repressão), excluindo a mediação ideológica para a crítica estrutural das relações de produção das formações sociais capitalistas. A retórica positivista de lei e ordem, e sua lógica determinista, constrói a tecnologia do controle social sobre uma requintada descrição da fenomenologia do comportamento humano, cujos significados concretos e esquemas funcionais são isolados das estruturas materiais e ideológicas da sociedade, explicando-se por si mesmos: as técnicas de proveta e a linguagem funcionalista, reduzidas às causas eficientes da conduta, legitimam procedimentos manipuladores, difundindo uma falsa representação da realidade, mistificando as relações de dominação de classe, e ocultando as desigualdades em poder econômico e político, subjacentes às formas de violência social.

O problema das instituições sofre distorções semelhantes. A orientação positivista, predominante em ciências jurídicas, reduz o objeto da sua ciência às normas vigentes, limitando a legitimidade à legalidade válida (eficaz ou não): o direito existe como técnica de controle social, a ciência do direito como tecnologia jurídica, e o conjunto das instituições políticas e jurídicas do Estado (definidas em normas e aparelhos), constituem uma tecnocracia do poder, otimizada pela ação de 'cientistas' servidores do *status quo*.³ A orientação sociológica fundamenta as instituições jurídicas e políticas na teoria da solidariedade social, com a variante jurídica do solidarismo jurídico, exprimindo, ao mesmo tempo, solidariedade e técnica para resolução de conflitos: suas formas mais elaboradas (o funcionalismo, o estruturalismo, o sistemismo, etc.) se fundam na sincronia dos fenômenos jurídicos e políticos, com base no modelo cibernético (*inputs/outputs*), negligenciando a diacronia desses fenômenos, movidos pela luta de classes. Cumpre uma função ideológica, afirmando uma inexistente unidade e coordenação sincrônica, propondo mais integração para situações de anomia (especialmente nas relações de trabalho, como greves) e exigindo formulações jurídicas para as reivindicações classistas (ou seja, pelas guias tecnológicas do controle social).⁴ O jusnaturalismo, na linha permanente de um direito posi-

³ Cf. M. BOURJOL, *et al.* — 'Pour une Critique du Droit', François Maspero/Presses Universitaires de Grenoble, 1978, p. 136-46. R. LYRA FILHO — 'Para um Direito sem Dogmas' (Encontros na UnB), Brasília, 1978, mimeografado.

⁴ Cf. M. BOURJOL, *et al.* — *op. cit.*, p. 124-6.

tivo subordinado a princípios superiores, retoma sua função crítica ao substituir a fórmula tradicional dos sentimentos/necessidades inatos de justiça, segurança, liberdade, etc., pela fórmula moderna do direito natural de conteúdo variável, com o repúdio aos princípios imutáveis, a noção da historicidade do justo, e de justiça como proporção concreta, com a negação das igualdades abstratas, a subordinação da legalidade da ordem à sua legitimidade, a defesa dos oprimidos, etc., mas enreda-se em uma contradição insolúvel: a tentativa de conciliação entre o capital e o trabalho.⁵

O que é comum nessas orientações é a noção idealista de que o direito produz a sociedade (e não inversamente), de que as relações econômicas são reduzidas às relações jurídicas (e não o conteúdo necessário da sua forma) e de que o direito das sociedades capitalistas é o ponto culminante da evolução histórica (eternizando categorias transitórias como instrumentos de compreensão e disciplina do real).

Como definir as instituições jurídicas e políticas do Estado? Parece melhor defini-las pelo que elas são: formas ideológicas de existência do poder de classe e de reprodução das relações sociais nos processos de produção e circulação da riqueza; como tais, não podem ser explicadas por si mesmas, mas pela estrutura econômica da sociedade (o conjunto das relações de produção), de que são as formas superestruturais, e assim, a sua explicação se encontra na base estrutural que as produz, e é, por elas, reproduzida, em um processo contraditório ativado pela luta de classes.⁶

II. A violência social: conceitos gerais

Nas sociedades humanas, a violência compreende todas as formas de destruição ou dano à vida, saúde, integridade, liberdade e dignidade do ser humano. Existe sob a forma individual, direta e ostensiva de ações traumáticas pessoais, patrimoniais ou sexuais (homicídio, roubo, estupro, etc.), e sob a forma institucional, indireta e encoberta dos sistemas, processos e ações predatórias ou fraudulentas, produzindo mortes, mutilações, desnutrição, subalimentação, e todas as modalidades de exploração violenta e fraudulenta da coletividade.

O objeto deste estudo é definido pela violência institucional, e o método mais cômodo consistiria na descrição da sua fenomenologia e sistematização em tipologias, com recomendações moralistas sobre a 'necessidade de maior respeito à lei', ou constatações convenientes sobre a 'inutilidade dos procedimentos criminais', nessa modalidade

⁵ Ibidem, p. 117-24.

⁶ Cf. K. MARX — 'Prefácio' à Contribuição para a Crítica da Economia Política, Editorial Estampa, Lisboa, 1973, p. 28.

de violência, etc.⁷ Esse método separa o objeto de seu contexto, e tende para uma teoria 'neutra', construindo formas de saber comprometidas com a reprodução do poder e a legitimação da ordem existente. A atitude científica correta não separa o objeto das relações que o produzem, que são as relações de poder das formações sociais constituídas de classes, e movidas pela luta de classes, com a formação de um saber que reproduz e legitima o poder, convertendo-se em mais-poder, que produz mais saber, para o controle social nos limites da ordem. Para romper o círculo vicioso da ideologia dominante, é necessário utilizar conceitos que exprimam as contradições dos objetos históricos e identifiquem as relações de poder que os constituem: o conceito básico, e mais rigoroso, é o do *modo de produção* da vida social. Finalmente, para produzir conhecimento que não seja reprodução ilusória da realidade, mas a apropriação intelectual simplificada de processos históricos concretos, é preciso delimitar a formação social em que certo *modo* e *formas* de produção e reprodução da existência social criam as situações definidas como violência institucional: a formação econômico-social brasileira, no atual período de seu desenvolvimento histórico.

III. A violência institucional

O modo de produção capitalista, que estrutura a formação social brasileira (propriedade privada dos meios de produção e venda da força de trabalho, pelo preço do salário), produz, sobre o elemento primário da propriedade privada, formas ideológicas que, inversamente, o reproduzem: as superestruturas *políticas* (constituição e definição dos poderes do Estado e dos aparelhos administrativo/burocrático e de controle, que o implementam, etc.) e *jurídicas* (expressão do direito em forma legislativa e centralizada, redefinindo o poder político em formas de harmonização abstrata das contradições sociais). O tipo de Estado, e a redefinição do poder político nas formas jurídicas privadas (civil, trabalhista, etc.) e públicas (penal, administrativa, etc.), legitimando as relações de propriedade e a exploração de classe, pelos processos de extração de mais-valia (diferença de valor entre o trabalho produzido e o salário pago), institucionalizam parâmetros de violência social legalizada, cujos efeitos não são difíceis de identificar: constituem a base de todo um sistema de violência institucional, exacerbada nas formas monopolistas (determinadas pela reprodução ampliada do capitalismo), aparentes nas condições de moradia, saúde, educação, vestuário, alimentação, família, etc., respectivamente, miseráveis, precárias, inacessíveis, deprimentes, insuficientes e desagregadas, do conjunto das massas trabalhadoras.

⁷ Cf. A. LIAZOS — 'The poverty of the sociology of deviance: Nuts, Sluts and Perverts', in GALLIHER & MCCARTNEY — 'Criminology (power, crime and criminal law)', The Dorsey Press, Ill., 1977, p. 133-58 (esp., 144-9).

O modo de produção capitalista desenvolve a forma monopolista pela concentração dos capitais produtivo, comercial e financeiro, controlando a produção e distribuição da riqueza e reorganizando a economia, a partir da base nacional (com a absorção ou reagrupamento de empresas) e em direção à área internacional, em que a capacidade financeira, tecnológica e administrativa, o poder de mobilizar grandes capitais e de atuação exclusiva em setores estratégicos das áreas subdesenvolvidas (por filiais, associação com outras empresas, o governo, etc.), definem a hegemonia das multinacionais e condicionam o desenvolvimento das economias locais (com lugar e funções determinados na divisão internacional do trabalho), integradas no mercado mundial sob a égide do capital imperialista.⁸ Esse processo é estimulado pela maior valorização do capital nas áreas subdesenvolvidas, ligada ao baixo nível de composição orgânica das empresas, à mão-de-obra e matéria-prima baratas, e ao protecionismo oficial (entrega das fontes de matérias-primas, negligência nos controles de poluição, contenção dos salários, etc.), às condições para a produção do lucro máximo pela máxima exploração das forças de trabalho e naturais da sociedade. Esse quadro é garantido pela existência de uma burguesia local monopolista (indiferente às tecnologias poluidoras, ao esgotamento dos recursos naturais e sociais, etc.) e pelo fortalecimento do poder do Estado, como aparelho político de gestão, controle e repressão da força de trabalho, estruturando as relações de produção, com fundamento na propriedade privada, mediante a disciplina jurídica dos processos de trabalho (circulação do trabalhador livre, como mercadoria (força de trabalho), trocada por equivalente (salário), numa relação jurídica entre sujeitos iguais), em que as desigualdades das relações coletivas (de classe) de trabalho são mistificadas sob a forma individual do contrato.

As consequências são a marginalização social (a) *econômica*, ampliando o exército de reserva de mão-de-obra (lumpenproletariado urbano e rural), concentrado nas favelas e cinturões de miséria dos centros urbanos (as populações flutuantes de 'bóias-frias'), e impondo condições de trabalho inseguras, insalubres ou indignas às massas incorporadas no sistema produtivo (proletariado, trabalhadores rurais e outras categorias), e (b) *política*, excluindo as classes trabalhadoras dos centros de poder do Estado, ocupados pela burguesia imperialista e nacional, e exercido por militares e tecnocratas, orientados por uma ideologia autoritária, a forma de existência do poder monopolista nas economias subdesenvolvidas e dependentes do terceiro-mundo.

⁸ Cf. P. FREIRE-CEDAL/CEDETIM — 'Multinacionais e Trabalhadores no Brasil', Brasiliense, São Paulo, 1979. J. CIRINO DOS SANTOS — 'Defesa Social e Desenvolvimento', in Revista de Direito Penal, Forense, Rio, 1979, n. 26, p. 19-32.

Esses efeitos definem a violência institucional ligada à estrutura de classes da sociedade, que não existe gratuitamente: seus beneficiários são as classes (e categorias) dirigentes, econômicas e políticas da formação social, com a mediação instrumental dos aparelhos econômico (empresas) e político (Estado e burocracia), e do sistema jurídico formalizado (a lei do modo de produção e do poder de classe). Essa violência institucional não é, simplesmente, uma variedade diferente da violência social, mas é a base histórica ou a origem primária (ou a variável independente, na linguagem da pesquisa) da violência individual, que, nessa ótica, aparece em sua dimensão de resposta pessoal irracional, em condições sociais adversas, de sujeitos em posição social desvantajosa, e, assim, existe como repercussão individual particular da violência institucional preexistente nas relações sociais, destruindo, variavelmente, a estrutura da personalidade e os sentimentos de solidariedade humana, que definem o homem como ser social. Não se trata de explicar a violência criminal individual como produto direto ou mecânico da violência institucional, mas de identificar uma relação de determinação fundamental, com todas as mediações e interferências, que, afinal, estruturam a natureza humana como o conjunto das relações sociais históricas.⁹

Essa relação não impede (ao contrário, explica) a repressão criminal seletiva sobre as classes dominadas, ligada à *criminalidade de rua* (violência pessoal, patrimonial e sexual) dos sujeitos sem poder, que produz inquéritos, processos e condenações criminais, fornece a clientela do sistema de justiça criminal e a população das prisões, oferecendo a base para uma criminologia do 'pobre diabo' (das infrações mais visíveis e dramáticas), sem meios de escapar à máquina da justiça, rigorosamente punido e estigmatizado pelos aparelhos de repressão, estampado na imprensa, contribuindo para a industrialização do medo em campanhas publicitárias sobre 'violência criminal', e legitimando as ideologias de segurança, os protestos de 'lei e ordem' de grupos interessados na restrição das liberdades, no aumento da repressão, na ampliação do poder da polícia e numa justiça mais severa.¹⁰ Nos períodos de crise econômica, pelo crescimento das desigualdades materiais, e de crise política, pelo aumento das reivindicações operárias, é óbvia a utilidade política da programação do medo criminal: legitimam a opressão autoritária, a repressão ilegal, a supressão das liberdades e o abuso de poder, preservando a coesão de uma ordem instável e ocultando a violência institucionalizada nas estruturas injustas de uma sociedade desigual.¹¹

⁹ Cf. K. MARX — 'Teses sobre Feuerbach', Textos, 1, Edições Sociais, São Paulo, 1975, p. 118. A. GRAMSCI — 'Concepção Dialética da História', Civilização Brasileira, Rio, 1978, p. 38 e seguintes.

¹⁰ Cf. M. BOURJOL, et al. — op. cit., p. 63.

¹¹ *Ibidem*, p. cit.

IV. As formas gerais da violência institucional

A violência institucional se manifesta em formas que podem ser sistematizadas em categorias definidas pela natureza do dano social produzido: 1) *a exploração predatória da força de trabalho* (redução da condição subumana, pela insuficiência salarial, exaurimento físico e mental, doenças ocupacionais e acidentes de trabalho ligados às condições inseguras e à fadiga excessiva pelo ritmo dos processos produtivos) e *dos recursos naturais* (destruição e poluição do ambiente vital, por dejetos químicos e gases tóxicos (rios, atmosfera e oceanos), a exaustão e deflorestamento do solo, alterando o equilíbrio ecológico e produzindo catástrofes), *produz danos à vida e à saúde da coletividade*; 2) *a exploração fraudulenta da economia do povo* (falências fraudulentas, manipulações no mercado de ações e fraudes fundadas em falhas ou deficiências legais), *do consumidor* (aumento monopolista de preços, especulação na distribuição de gêneros essenciais, publicidade mentirosa, etc., ou produção e distribuição de produtos industriais inseguros, de produtos químicos e farmacêuticos não testados ou nocivos, e de alimentos deteriorados ou prejudiciais), *produz danos ao patrimônio social da coletividade* (e, paralelamente, à vida e à saúde); 3) *a exploração de prestígio, tráfico de influência, corrupção administrativa, o suborno de funcionários* (o preço dos privilégios econômicos ou vantagens fiscais, as comissões e corretagens em contratos públicos, viciando concorrências e tomadas de preço, além das fraudes fiscais, da sonegação de impostos, etc.), *produz danos ao patrimônio estatal da coletividade*.¹²

Mas é possível, utilizando uma teoria que supõe uma base legítima na ordem econômico-social e no poder político (e, portanto, nos limites da ideologia dominante), sistematizar a violência institucional na categoria geral do *abuso de poder*, sob as modalidades de (a) *abuso de poder econômico* e (b) *abuso de poder político* (público ou oficial).¹³

1. O abuso de poder econômico

O abuso de poder econômico se caracteriza (a) pela difusão social de seus efeitos, tendo como vítimas coletividades anônimas, sem poder e sem consciência da vitimização, (b) pela extensão de suas consequências, indiscutivelmente superior à dos crimes convencionais, e, geralmente, imprevisíveis e imperceptíveis, (c) pelo emprego de métodos operacionais sofisticados, geralmente inacessíveis à investigação

¹² Cf. J. CIRINO DOS SANTOS — 'Projeto de pesquisa sobre a Criminalidade do Colarinho Branco', em execução no ICIPERJ, 1979, mimeografado.

¹³ Cf. *Relatório Final do Encontro Preparatório do VI Congresso das Nações Unidas, sobre 'Crime e Abuso de Poder: Crimes e Criminosos acima da Lei?'*, New York, 9-13/julho de 1979.

concreta, (d) sendo produzida por corporações (especialmente, multinacionais) e grupos poderosos, capazes de influir na formulação e aplicação das leis, cujos privilégios de classe os imuniza contra as consequências penais ou processuais.¹⁴

A tipologia do abuso de poder econômico compreende a poluição ambiental, a produção e distribuição de produtos inseguros, perigosos ou nocivos, especialmente drogas e alimentos, o suborno e a corrupção de funcionários públicos, mediante pagamentos ilícitos, comissões, corretagens, etc., as fraudes ao consumidor, a evasão de impostos, por registros e documentos falsos, receitas não registradas, etc., as falências intencionais, fraudes contra credores, as práticas monopolistas de restrição à produção e comercialização, as violações aos padrões mínimos de saúde e de segurança industrial, e o crime organizado. Esta última categoria aparece como uma modalidade do abuso de poder econômico, porque, assim como as corporações, o crime organizado explora as complexidades da vida organizacional (em proveito próprio e com objetivo de lucro), utiliza fachadas legítimas para suas operações (empresas regulares, etc.), implementa uma política de autoproteção com vastos recursos para a compra de suporte político (corrupção e suborno) e não pode ser controlado: a produção de lucros explora a chamada criminalidade sem vítima (a criminalização das drogas, jogos, e, também, prostituição e álcool, está alastrado por todos os setores da sociedade, conjugando executivos, figuras do submundo, industriais, comerciantes, banqueiros, políticos, etc., com agentes ou intermediários em cargos públicos e empresas privadas, e, finalmente, pelo sigilo bancário sobre origem e propriedade de fundos).¹⁵

2. O abuso de poder político (público ou oficial)

O abuso de poder político, público ou oficial, de um modo geral, afeta os direitos e o *status* social do indivíduo, e, se exercido por agentes da justiça criminal, afeta violentamente esses direitos e *status*, compreendendo *violações pessoais* (vida, saúde, liberdade, dignidade, etc.) ou *patrimoniais*, com o fim de proteger interesses econômicos ou políticos (objetivos espúrios de ganho material, particulares ou de classe, supressão das liberdades públicas, suspensão das garantias processuais, como a proteção e a defesa legal, etc.).

Os autores dessa modalidade de violência estão, literalmente, acima da lei (geralmente deficiente ou inexistente) e do poder policial ou judicial, praticando, impunemente, assassinatos, seqüestros, torturas (institucionalizada como método de investigação), desaparecimento de pessoas, prisões arbitrárias, e outras violações às liber-

¹⁴ Cf. *Relatório Final do Encontro Preparatório do VI Congresso das Nações Unidas, 'Crime e Abuso de Poder: Crimes e Criminosos acima da Lei?'*, ns. 25-26.

¹⁵ *Ibidem*, ns. 28-30.

dades civis e direitos humanos. Esse tipo de violência pode consistir em deliberado cometimento da ilegalidade, ou em recusa ao cumprimento do dever, conforme se trate de infrator poderoso ou sem poder: o uso discricionário do poder, por pressões ou para proteção política, é prática comum nos regimes autoritários, especialmente na América Latina.¹⁶

V. Estratégias alternativas e programas mínimos

As propostas de medidas ou estratégias de controle da violência institucional são desdobramentos ideológicos da posição de classe de seus formuladores: a criminologia tradicional, positivista e reformista, produzida por intelectuais ligados às classes hegemônicas, propõe reformas no poder econômico e político, pelo método jurídico de mudanças na lei; a criminologia radical, marxista e revolucionária, produzida por intelectuais ligados às classes dominadas, propõe a revolução do poder, pelo método político da ação organizada das classes trabalhadoras, para a conquista da hegemonia ideológica (direção e dominação política) da formação social.

Mas é possível estabelecer, sobre a base concreta da contradição principal do atual estágio histórico das sociedades subdesenvolvidas e dependentes (representada pelo antagonismo 'desenvolvimento nacional/capital monopolista internacional'), um programa mínimo, ou estratégia comum, para as classes e categorias sociais interessadas em mudanças, e situadas no aspecto secundário e subordinado da contradição principal (projeto político de desenvolvimento econômico independente), e que são as massas trabalhadoras e a burguesia nacional não-monopolista e fora do poder, que se opõem às classes e categorias situadas no aspecto principal e dominante da contradição principal (a hegemonia econômica e política do imperialismo internacional), e que são o capital monopolista das multinacionais, a burguesia local monopolista e as categorias tecnocratas e militares no poder (intelectuais que reproduzem a ideologia dominante).¹⁷

Esse programa se insere no quadro de estratégias de luta ideológica (a forma atual de luta de classes, na América Latina) das classes dominadas, incapazes da conquista do poder político e da transformação do modo de produção da formação social, mas capazes de influir nos sistemas ideológicos de controle social e reduzir o poder abusivo, político e econômico, das classes hegemônicas, exclusivamente interessadas na produção do maior lucro possível.¹⁸ Assim, questões como a da natureza do abuso de poder, definida como inerente ao poder, em geral, pelas teorias tradicionais ('o poder corrompe, e o poder absoluto corrompe absolutamente'), ou como inerente ao

modo específico de poder (poder de classe), em um tipo específico de Estado (o Estado capitalista), especialmente em certo estágio do seu desenvolvimento (forma monopolista), pelas teorias radicais, são, provisoriamente, deixadas de lado, em proveito de um programa comum (ainda que limitado), de redução da predação social ligada à violência institucional, e cujas linhas gerais apontam numa direção inconfundível: mais democracia para o povo.

Na base dessa estratégia geral, está o reconhecimento de aspectos incontroversos da violência institucional: o potencial criminógeno das grandes corporações, capazes de violações legais absolutas, com o maior número de vítimas e o mais extenso dano social; o seu poder de transferir as atividades ilegais, na área internacional, para regiões de menor controle sobre remessa de lucros, poluição, segurança industrial, ou maiores garantias ao capital estrangeiro, etc.; o melhor assessoramento sobre formas de fraudar as leis, ou explorar as deficiências do sistema legal. Esses aspectos são agravados pela maior vulnerabilidade das nações subdesenvolvidas, desprovidas de um corpo de investigação das atividades econômicas, ou com técnicos insuficientemente treinados ou equipados (por exemplo, toxicologistas capazes de testar a segurança de drogas, alimentos e outros produtos); pela incapacidade de responsabilizar criminalmente, por abusos devidamente identificados, os diretores das multinacionais e as elites locais, cujos interesses comuns fundamentam esquemas de proteção recíproca; e, finalmente, a ameaça de desemprego em massa, e o repasse ao consumidor das multas impostas, desestimulam as medidas de interdição ou de extinção de empresas, ou as sanções pecuniárias previstas em lei, reforçando a certeza da impunidade e encorajando a ampliação das práticas ilegais.¹⁹

1. Critérios de responsabilidade criminal

A verificação de que a criminalidade moderna é, muito menos, o produto de comportamentos individuais, e, muito mais, o resultado de uma atividade complexa, conjugando cadeias de causas e efeitos, e implicando intrincadas formas de interação social, entre sujeitos de diferentes níveis de poder político e econômico, propõe (ou repropõe) o problema de novos critérios de responsabilidade criminal, construídos especialmente para as corporações, ou coletividades econômico-jurídicas, superando os limites exíguos dos princípios tradicionais do direito penal, elaborados com base na psicologia individual e orientados para uma política criminal centrada na criminalidade individual, insuficientes e ineficazes em relação à violência institucional da era dos monopólios. Essa reformulação dos fundamentos da responsabilidade criminal, como base de uma nova política criminal, no período

¹⁷ Cf. J. CIRINO DOS SANTOS — 'Defesa Social e Desenvolvimento', loc. cit., p. 21-3.

¹⁸ *Ibidem*, p. 29-31.

¹⁹ Cf. *Relatório Final do Encontro Preparatório...*, ns. 15, 17, 19-20 e 22.

da absolutização dos danos produzidos pela violência institucional (mesmo na perspectiva limitada das modalidades de abuso de poder político e econômico), incide sobre questões jurídicas materiais e processuais, como a dos limites e meios de prova, a substituição das teorias de negligência por critérios de intenção, com ênfase especial no setor do dolo eventual, etc. As sugestões do *Encontro Preparatório do VI Congresso das Nações Unidas* (New York, julho/1979), sobre '*Crime e Abuso de Poder: Crimes e Criminosos acima da Lei*', considerando a complexidade dos problemas envolvidos, e com base na necessidade de procedimentos uniformes, apontam na direção de uma doutrina e legislação internacional, elaboradas segundo critérios gerais de justiça, e válidos como parâmetros para uma reformulação substancial, nas legislações nacionais das teorias convencionais sobre autoria, co-autoria, ação, resultado, relação de causalidade, etc.²⁰

2. Métodos de política criminal

A política criminal, relativa ao *abuso criminoso de poder econômico*, compreenderia sanções pecuniárias rigorosas, a apreensão de lucros ilegais, a prisão de empresários (por comportamento doloso, ou dano social sério), a interdição profissional, a extinção e interdição de corporações, etc., a maioria, aliás, já prevista, de modo fragmentário, nas leis existentes; em relação ao *abuso criminoso de poder político* (oficial ou público), os parâmetros gerais de incriminação se encontrariam (a) na 'Convenção Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais' (b) na Convenção sobre Direitos Civis e Políticos' (arts. 6.º e 7.º), (c) no 'Código de Conduta para Aplicadores da Lei', a serem complementadas por um 'Código de Infrações contra a Paz e a Segurança', definindo crimes de genocídio, tortura, e outros contra a humanidade, considerado de alta prioridade, além da instituição de tribunais criminais internacionais, com atuação e competência regularmente definidas.²¹

Entre as conclusões desse *Encontro Preparatório do VI Congresso*, está o reconhecimento de que as alternativas de controle se situam, exclusivamente, *ou* na ampliação dos processos democráticos, eliminando a maioria dos abusos e aumentando a probabilidade de identificação e denúncia do abuso criminoso de poder, auxiliado pelas pressões da opinião pública internacional, mobilizada por campanhas de organizações internacionais, *ou* na derrubada violenta das classes dominantes, com a destruição de sua hegemonia econômica e política, e dos aparelhos de sua dominação, pela ação revolucionária das classes oprimidas, como a história recente da América Central está demonstrando.

²⁰ *Ibidem*, ns. 41-6.

²¹ *Ibidem*, ns. 51-3 e 57.

A estratégia de prevenção/controlar da violência institucional definida como abuso criminoso de poder político e econômico, compreenderia (a) *medidas gerais*, como a subordinação ao princípio da legalidade e responsabilidade no exercício do poder público, a fiscalização democrática do exercício do poder, o respeito aos direitos humanos (acesso ao sistema judicial, com os direitos legais do processo devido, o exame médico por profissional de escolha do preso, a manutenção da jurisdição de tribunais civis, etc.), a implementação e promoção legislativa das convenções internacionais sobre direitos humanos, com a instituição de comissões permanentes sobre violações desses direitos;²² e, (b) *medidas especiais* (1) para infrações particulares: comissões sobre corrupção e suborno, normas penais e procedimentos simples e claros, publicidade dos casos de abuso de poder, realização de acordos internacionais de cooperação judicial e extradição de criminosos, entre outras,²³ e (2) para situações particulares: acesso a associações voluntárias, publicações sobre condições das prisões e inspeção regular de prisões e penitenciárias, por autoridades independentes.²⁴

3. As limitações do controle: crítica e opções

A atitude oficial, em face da violência social, negligencia a violência institucional, a nível de definição e de aplicação da lei, e concentra a estigmatização social e a repressão criminal sobre a violência individual; paralelamente, estimula a produção de teoria e pesquisa sobre a violência criminal individual, que reproduzem os fundamentos ideológicos das formas jurídicas e políticas do Estado, ou repensam a violência individual, nos limites desses parâmetros: a alocação de recursos para pesquisa, ou a implementação de programas de prevenção do crime, orientada para essa modalidade de violência criminal, exprime o cuidado com a intocabilidade das bases do poder político e de sua ordem jurídica, nas sociedades fundadas na divisão e exploração de classes. E, se a violência institucional não pode ser ignorada, o enfoque se orienta, de preferência, para aspectos ou idiosincrasias pessoais de seus autores, como a cupidez ou a imoralidade, ou, então, a definição do objeto de investigação reduz a violência institucional às modalidades mais escandalosas do abuso de poder: em ambos os casos, a violência do modo de produção capitalista, e do sistema institucional (o poder político e a ordem jurídica que o redefine e legitima), que reproduz a estrutura de relações sociais

²² No Brasil, o 'Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana' (Lei n. 4.319, de 16.03.64) tem sido, até o momento, uma instituição decorativa.

²³ O Brasil possui, apenas, 10 tratados de extradição. Cf. C. D. ALBUQUERQUE MELLO — 'Direito Penal e Direito Internacional', Freitas Bastos, 1978, p. 45, nota 13 (rodapé).

²⁴ Cf. *Relatório Final...*, n. 58.

injustas e violentas, não são colocadas. A explicação do fenômeno reside em que os beneficiários da violência estrutural, institucionalizada nas formas jurídicas e políticas do Estado, e os executores de sérios crimes de 'colarinho branco', são cidadãos respeitáveis e responsáveis, os 'pilares da comunidade', que matam, mutilam ou furtam milhões, mas não são criminosos.²⁵

O poder incontrolado e abusivo das elites dirigentes, econômicas e políticas, da formação social, indica a sua posição além dos limites da lei (comportamentos criminosos não definidos como crimes), ou da aplicação da lei (comportamentos definidos como crimes, mas não punidos): a circunstância de que o abuso de poder representa, basicamente, uma violação manifesta dos princípios de democracia, ou de igualdade perante a lei, denuncia a natureza ideológica desses princípios, como representação ilusória da realidade.²⁶

A natureza classista das instituições jurídicas e políticas do Estado capitalista, exacerbadas no período de reorganização monopolista da economia internacional, como efeito da particular articulação de classes no bloco histórico, hegemonizado pelas multinacionais (especialmente nas áreas subdesenvolvidas), define o Estado como a forma de existência do poder monopolista, na sua variante militarista e tecnocrata; não obstante (e, por isso), difunde, como ideologia legitimadora, a sua função instrumental na realização do bem comum, na redistribuição da riqueza social, etc. (como se as relações de distribuição fossem uma questão de aritmética, e não a forma de circulação das relações de produção). As formas legais do Direito realizam, de fato, uma proteção seletiva dos interesses econômicos e políticos das classes hegemônicas, e, no âmbito de sua aplicação, pelos aparelhos policial, judiciário e prisional, realizam uma repressão seletiva, concentrada nos indivíduos sem poder e influência das classes dominadas; não obstante (e, por isso), difundem os princípios da proteção geral e da igualdade legal, outra modalidade de representação ilusória da realidade, sob a forma de ideologia jurídica.²⁷ O problema, como se vê, é menos de *abuso criminoso de poder*, e mais de *abuso do poder criminoso* — o que não é simples questão de semântica.

Apesar das limitações, são importantes as estratégias gerais de prevenção e controle do *Encontro Preparatório do VI Congresso das Nações Unidas*, sobre *abuso de poder*, como o mais amplo e bem

²⁵ Cf. A. LIAZOS — op. cit., p. cit.

²⁶ Cf. *Relatório Final...*, ns. 7, 13 e 16. H. FRAGOSO — 'O Direito Penal Comparado na América Latina', in *Revista de Direito Penal, Forense*, Rio, 1977, n. 24, p. 17 e s.

²⁷ Cf. H. FRAGOSO — 'Ciência e Experiência do Direito Penal', in *Revista de Direito Penal, Forense*, Rio, 1979, n. 26, p. 9, número 6. A. BARATTA — 'Criminologia Crítica e Política Criminal Alternativa', in *Revista de Direito Penal, Forense*, Rio, 1976, n. 23, p. 7 e seguintes. J. CIRINO DOS SANTOS — 'Defesa Social e Desenvolvimento', loc. cit., p. 26-8.

intencionado programa de política criminal, na área mais grave da violência social: a *violência institucional*. As diretrizes de pesquisa de sua incidência, compreenderiam (a) informações sobre crimes (natureza e métodos empregados), autores, vítimas, extensão do dano, etc., (b) recomendações sobre sistemas de relatórios, indicando tipos e níveis de incidência do abuso criminoso de poder, sua standardização em classes e a descrição dos métodos eficazes de redução ou controle, (c) estudos comparativos sobre a incriminação de violações de leis antitrustes, e natureza e eficácia dos controles legais e administrativos da poluição, da proteção ao consumidor, da segurança industrial, etc. Esse programa é proposto com a advertência de que as diferenças nacionais de controle determinam a transferência das atividades ilícitas para regiões mais favoráveis e estimulam as corporações multinacionais a lançarem um país contra o outro.²⁸

VI. Conclusão

O conceito de violência institucional pressupõe um conceito mais geral, de que é espécie ou forma, em conjunto com a violência individual, mas a relação significativa não se põe entre essas modalidades e sua expressão mais geral (entre realidades e abstração), e, sim, entre as duas espécies de violência, consideradas entre si: nessa relação, o que se discute são as questões fundamentais da natureza humana (violência individual), e do tipo e forma do Estado (violência institucional).

A criminologia tradicional coloca as questões nessa ordem, explicando as distorções institucionais pelas deficiências do homem, definido e limitado por sua individualidade, a origem primária do mal. Ignora que a humanidade de cada individualidade existe como síntese das relações existentes (organicamente, o indivíduo, os outros indivíduos e a natureza), cuja personalidade é definida pela consciência e experiência dessas relações, modificável na medida 'em que transforma e modifica todo o conjunto de relações, do qual é o ponto central' e, portanto, o seu resumo.²⁹ A noção de natureza humana como conjunto de relações sociais desloca a primariedade para as relações sociais, cujo conjunto é constituído pela estrutura da sociedade, o fundamento e a explicação dos fenômenos históricos. Assim, a violência institucional (radicada no tipo e forma do Estado), como violência originária das instituições jurídicas e políticas que exprimem e redefinem as relações de luta e de dominação de classe, é explicada pela estrutura da sociedade humana: o modo de produção (da vida social), explicação da natureza humana e origem de toda a violência social.

²⁸ Cf. *Relatório Final...*, n. 23.

²⁹ Cf. A. GRAMSCI — op. cit., p. 40.

A violência institucional, como objeto principal da criminologia radical, elaborada com base nos conceitos de modo de produção, luta de classes, ideologia, hegemonia, etc., possui um potencial expansivo, ligado ao desenvolvimento das contradições sociais, que reduzirá, progressivamente, os positivismos mecanicistas, descritivos e fenomenológicos da criminologia convencional, e sua ênfase no indivíduo, em sua correção e repressão, à sua dimensão de ideologia de classe, comprometida com os esquemas de poder político e econômico das sociedades capitalistas.³⁰

³⁰ Cf. J. CIRINO DOS SANTOS — 'A Criminologia da Repressão', p. 114-5.

CRIME E PENA: PROBLEMAS CONTEMPORÂNEOS*

Manoel Pedro Pimentel

1. Sejam minhas primeiras palavras de agradecimento ao Professor MIGUEL REALE JÚNIOR, presidente desta sessão de encerramento, pelas referências feitas à minha pessoa e ao meu trabalho, especialmente quando tive a honra de ocupar o alto cargo de Secretário de Estado dos Negócios da Justiça, no Governo PAULO EGYDIO MARTINS.

2. *APRESENTAÇÃO* — Era nossa intenção reunir, nesta última conferência, os principais tópicos de todas as conferências e debates realizados nos quatro dias em que se desenvolveu este Seminário. Entretanto, dada a dificuldade de resumir os notáveis trabalhos aqui apresentados, sem retirar-lhes a importância e o brilho, os organizadores deste Ciclo entenderam que seria preferível apresentar os problemas contemporâneos do crime e da pena, à luz das observações pragmáticas e dogmáticas, sob a minha ótica pessoal.

Concordei com esta colocação, porque senti que seria oportuno oferecer algumas considerações em referência a esse tema vastíssimo, menos com a preocupação de uma abordagem sistemática, mas tentando apresentar algumas idéias próprias que sirvam como sugestão para reflexões que permitam rever e repensar esses problemas.

O trabalho foi calcado, sempre que a oportunidade se ofereceu, em tópicos dos *relatórios* ou *planos* entregues ao Ministro da Justiça pelas Comissões de Juristas e de Cientistas Sociais, constantes de 163 páginas do Suplemento ao n.º 36, do Diário Oficial da União, de 22 de fevereiro de 1980.

* Conferência de encerramento do *Seminário sobre violência e criminalidade*, realizado nos dias 7 a 11 de abril de 1980, no Salão Nobre da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, patrocinado e organizado pela OAB — Seção de São Paulo, Associação dos Advogados de São Paulo e Departamento de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

3. **CRIME** — A primeira parte desta palestra será dedicada às considerações sobre o crime, especialmente o crime praticado com violência, pois este é o núcleo das preocupações atuais. A criminalidade contra o patrimônio, parece-me, se constitui em foco de atenção geral, notadamente o crime de roubo, que se reveste de crescente violência.

De fato, há uma preocupação generalizada com esse tipo de delito, tornando-se inseguros os cidadãos, quer nas ruas, quer nas residências, ou em logradouros públicos, nos restaurantes, nos cinemas, enfim, em todos os lugares.

Entretanto, se é real o aumento da criminalidade violenta, entendem alguns que existe uma verdadeira *campanha de dramatização da criminalidade*, fabricando o clima de extrema tensão, propiciador de reclamos gerais, ora pedindo a instituição da pena de morte, ora pleiteando que as Forças Armadas venham para as ruas, ou outras soluções igualmente agudas.

José Manoel de Aguiar Barros, em excelente trabalho denominado "A utilização político-ideológica da delinquência", transcreveu, a propósito, as denúncias apresentadas pelo *Sindicato da Magistratura Francesa*, em seu 8.º Congresso realizado no ano de 1975, assim resumidas:

— "O primeiro objetivo da campanha sobre a insegurança e a delinquência é, bem entendido, o de estabelecer uma cortina de fumaça que desvie a atenção dos problemas objetivos que o governo não quer ou não pode resolver. Ele prefere falar do aumento da violência, que daquele do desemprego e dos preços".

— "O segundo objetivo é de designar responsáveis aqueles que estão o mais afastados possível do governo e da classe social que ele representa. É a técnica bastante conhecida do "bode expiatório". Os responsáveis pelo clima de insegurança, portanto, não seriam os responsáveis pela política econômica e social, mas alguns de alguns delinquentes perigosos e violentos".

— "O terceiro é mais sutil. Focalizando a opinião pública sobre certas categorias de delinquência, desvia-se sua atenção das outras formas de delinquência. Fixa-se assim no pelourinho uma delinquência que transgride as regras do sistema vigente, e particularmente o direito de propriedade, para deixar no esquecimento a delinquência que interessa ao sistema. A delinquência de colarinho branco, por exemplo, ou os acidentes do trabalho".

— "O último objetivo, o mais importante, é o de estimular o clima de medo e portanto de tensão e de violência que justifique o crescente controle do Estado sobre os cidadãos e a existência ou o reforçamento do aparelho repressivo. A existência de uma delinquência contra a qual é importante lutar é, bem entendido, a principal justificação de um aparelho repressivo, da polícia e dos tribunais".

Estas denúncias foram acompanhadas por outras apresentadas por advogados do *Movimento de Ação Judiciária*, em que se salientava o fato de apresentar-se como perigosa somente a criminalidade convencional, enquanto que os comportamentos específicos da burguesia (os crimes de colarinho branco, os acidentes de trabalho, etc.), que constituem uma "maximização da lógica especulativa que caracteriza nossas relações sociais, não aparecem como sendo da mesma natureza dos primeiros. Sua repressão é simbólica ou inexistente."

Mesmo que não se aceite como inteiramente corretas essas denúncias, devemos convir em que há muito de verdade em seu conteúdo. Se bem atentarmos para o que se passa hoje em nossa sociedade — vamos cuidar preferencialmente da sociedade brasileira, que mais nos interessa —, chegaremos à conclusão de que vivemos uma etapa de *anomia*.

A página 111 do *plano* ofertado pelos Cientistas Sociais, tratando da *alienação*, ficou consignado o seguinte: "Um terceiro entendimento de alienação tem a ver com a situação em que as *normas sociais perderam a eficácia*, em que os indivíduos não se orientam em seus atos por normas aceitas como regras de conduta. Há *ausência de normas*: Corresponde ao conceito de *anomia* de Durkheim."

Desenvolvendo um pouco mais a idéia, o relatório prossegue, à pág. 114, dizendo: "Internamente em um grupo social pode surgir um processo em que, através da interação, indivíduos mudem as regras unilateralmente, ou o próprio grupo altere as regras na direção de novas bases. Em alguns casos pode haver uma paulatina descalada, ou degradação, nas normas, à medida que o grupo avance nessa nova direção. Quando as regras básicas, as 'regras constitutivas', são rompidas, a situação torna-se 'confusa', o que pode levar, seja à fuga, ou à retração das pessoas à interação, seja à 'redefinição do que é conduta não aceitável, em termos da consideração de significados alternativos quanto ao que é normal ou aceitável'."

E, completa: "Esta 'normalização' continuada de condutas antes inaceitáveis é admitida no processo de interação, em termos de atendimento de valores, enquanto for julgado que o sacrifício das normas anteriores é compensado pela satisfação de valores contingentes. Perde-se de vista o significado das 'regras constitutivas', ou básicas para atender a valores também básicos. Está então caracterizada uma situação de anomia, um estado de confusão, em que não se encontram significados alternativos que justifiquem de fato o abandono das normas constitutivas fundamentais."

E, para finalizar este exame da situação de *anomia*, voltemos ao *plano*, agora à pág. 117, para ler: "A anomia pode ser causada 'pela ênfase exagerada e por vezes exclusiva ao valor de certo objetivo (*goal*), implicando comparativamente pouca preocupação com os meios prescritos institucionalmente no esforço para atingi-los'. Este

comentário cai como uma luva, ao considerarmos a situação brasileira nos últimos anos. Não terá sido exatamente a ênfase exagerada na 'segurança nacional', por parte de certos grupos, ênfase 'por vezes exclusiva', que levou ao menosprezo, ainda por esses mesmos grupos, de outros objetivos prioritários? Esse menosprezo levou sem dúvida, durante um período de alguns anos, em que esses grupos tiveram maior influência, a que normas de conduta, em particular as que dizem respeito aos direitos humanos, 'perdessem sua eficácia', ou fossem postas de lado. Isso desencadeou, ou foi fator importante no desencadeamento, parece-nos não haver dúvida, de uma situação de anomia acentuada. A noção de relatividade dos valores, que caracteriza a posição de certos 'pragmáticos' que têm influência em áreas do governo, e a confusão entre o que seriam normas legítimas ou ilegítimas, tomaram formas agudas. Assim desencadeou-se todo um processo de 'perda de eficácia' cada vez maior de normas de conduta em outras áreas. Se certos valores básicos passam a ser entendidos como contingentes, relativos, haverá outros 'valores básicos'?"

O relatório oferece, então, um conceito básico para as nossas considerações, e que diz com a *anomia*, por um lado, e com a idéia definitivamente incorporada na Criminologia de *conduta desviante*. Denuncia, o relatório, à pág. 118, o que nos parece ser muito importante para a exata compreensão, que se impõe, do papel que as *condutas desviantes* exercem na gênese da violência e da criminalidade: "Admitindo ainda a hipótese de que tenha havido, em certo grau, uma situação de anomia crônica no país, isto é, uma eficácia reduzida das normas, e uma atitude mais ou menos generalizada de desrespeito à lei, desde possivelmente longo tempo, as consequências de um quadro como o levantado pelos autores citados agravariam ainda a situação de desorientação e de insegurança quanto ao modo aceitável de conduzir-se. A definição de conduta desviante tornar-se-ia, assim, particularmente dificultada."

Justificada estaria, portanto, uma das conclusões desse mesmo relatório, à pág. 118: "Esse quadro deve ser considerado ao estudar-se o processo de quebra de normas de conduta, normas com bases culturais já frágeis; um processo de interação de grupos sociais não muito simples, que teve com toda probabilidade uma influência acentuada no crescimento da violência e do crime em geral no país."

Desvende-se, aqui, uma significativa parte da face da criminalidade crescente e do aumento da violência. Trata-se de um processo generalizado de desrespeito à lei, fundado na mudança paulatina do comportamento social, que foi aceitando como desculpáveis os *comportamentos desviantes*, e criando um grande número de normas informais desagregadoras, que se impuseram em derrogação das normas de cultura até agora existentes.

Desta forma, a realidade tornou transparente a lei, num processo de acromia, estabelecendo-se o princípio já enunciado, em outras

condições, por Maquiavel, de que "os fins justificam os meios" e de que "o mundo é dos espertos". Repete-se com muita frequência na televisão um anúncio que diz "leve vantagem você também".

Em um trabalho que escrevemos em 1973 — "O crime de colarinho branco", Rev. da Fac. de Dir. da USP, vol. LXVIII, 1973, 1.º fasc. — págs. 115 a 133 —, tivemos ocasião de anotar o seguinte: "Pensamos que, na origem, esses desvios éticos se apresentam como uma forma especial de descaso à lei, à ordem e à autoridade, ensejando o repetido comportamento contrário às regras estabelecidas, com o apoio e o reforço da sociedade em que vivem. Corriqueiras infrações de trânsito, tais como a ultrapassagem de veículos em lugar inadequado; estacionamento em local proibido; abuso de sinais acústicos; excesso de velocidade e a direção de veículo motorizado sem a competente habilitação, às vezes com a franca conivência dos pais, são comportamentos que preparam o terreno para o afastamento do jovem da esfera do respeito à lei e à ordem jurídica."

E, mais adiante, consignávamos: "O mesmo deve dizer-se das pessoas que comprem coisas contrabandeadas ou que praticam pequenos subornos, com o fito aparentemente inocente de obter alguma vantagem, sem maior importância, como, por exemplo, estacionar em fila dupla ou adquirir os ingressos de teatro já reservados para outros espectadores. O sucesso e a impunidade dessas condutas geram imitadores, cujo número crescente marginalizará os honestos. Projetado em ponto maior, veremos que esse tipo de comportamento leva ao mesmo resultado. Os infratores das leis ou dos regulamentos, se impunes, ou deixados à indiferença, criarão para os honestos uma sensação de frustração que pode acabar por cansá-los de obedecer e de cumprir as leis que quase todos ignoram."

Se escrevíamos isto em 1973, hoje muito mais teríamos a dizer, pois os *comportamentos desviantes* atingiram proporções alarmantes. Não são imunes a eles as próprias autoridades, com práticas freqüentes de infidelidade ao dever funcional. Fala-se hoje, e a imprensa noticia, de escândalos não muito bem explicados que ocorrem nas altas esferas da administração pública, tais como o vazamento de informações que permitiram, segundo consta, o enriquecimento de beneficiários com a maxidesvalorização do cruzeiro; a venda, que teria sido irregular, de elevado número de ações da Companhia Vale do Rio Doce; as mordomias exageradas verificadas em âmbito ministerial; as violências e as torturas praticadas por agentes do Governo no período ditatorial; o tráfico de influência; as nomeações para cargos públicos feitas por critério meramente político, e tantas outras que são diariamente comentadas pela imprensa.

No mundo dos negócios não é menor o número de *condutas desviantes*, consoante comentários feitos também pela imprensa: empresas multinacionais usam o suborno como forma de obter vantagens no mercado nacional; laboratórios farmacêuticos internacionais

vendem no Brasil, a peso de ouro, produtos condenados em outros países; a exploração do trabalhador, que se torna uma vítima indefesa das condições em que trabalha; a exploração indevida do solo; os ataques à natureza e à ecologia; a propaganda infiel; as comissões pagas indevidamente para obter vantagens em contratos com o poder público; os "dumpings", constatados especialmente nas áreas de fabricação e venda de cervejas e de pneus; a exploração do consumidor, com sobrepreços e com a má qualidade dos produtos; a proliferação de estabelecimentos de ensino com o objetivo puramente comercial, tudo isso gera um clima de *anomia*, em que as *condutas desviantes* acabam por se tornar regras de comportamento altamente prejudiciais à comunidade, mas que não encontram barreiras e permanecem impunes.

Há que se estabelecer, então, uma primeira diferença entre os conceitos de *crime* e de *conduta desviante*: aquele está previsto no Código Penal e é punível com rigor; esta não consta do elenco das infrações penais e fica impune.

Daí o acerto da opinião de Edwin Lemert, citado pelo relatório, à pág. 113: "Dominaria portanto, como critério para a escolha de procedimentos alternativos, a funcionalidade, a eficiência para atingir fins. A sociedade moderna teria secularizado valores básicos, 'sagrados', segundo o autor, que são considerados agora como alternativas para outros valores, desconhecendo-se seu significado moral. Por outro lado, meios tradicionais são modificados e meios ilegítimos passam a ser utilizados, na dependência de sua funcionalidade."

Não deve causar espanto, assim vistas as coisas, que a criminalidade cresça e que a violência aumente. Na verdade, o criminoso comum está inserido nesta mesma sociedade que apresenta tantos comportamentos desviantes tolerados. Por que não admitir a técnica do delinqüente, que passa a usar de meios ilegítimos, *na dependência da sua funcionalidade* e utilizando os recursos de que dispõe, uma vez que *a violência é adjetiva*?

De fato, o criminoso comum aprendeu com os subversivos os métodos mais eficientes, descobrindo que a ação violenta direta é mais eficaz. E o mendigo, que antes estendia a mão súplice, sem obter a esmola solicitada, aprendeu que a mão estendida com uma arma não admite negativas e o que ele pode ganhar é, praticamente, tudo. A violência não é privativa do crime. Ela existe em todos os lugares, difundida e empregada em todos os grupos sociais, como vimos recentemente no "trote" homicida empregado contra um "calouro" de escola superior; no trato policial; nas pressões feitas contra juizes, promotores e funcionários públicos; nas fábricas, nas ruas, no trânsito, na disputa de lugares em cinemas e teatros, nas praças esportivas. Enfim, o clima de violência é encontrado e sentido em toda a sociedade.

Resulta, então, que o Direito Penal se torna seletivo, pois o princípio da reserva legal exclui os *comportamentos desviantes*, contra os quais não se opõem sanções, e autoriza a punição severa dos *crimes convencionais*.

A propósito do assunto, escreveu Francisco Muñoz Conde ("Para uma ciência crítica do Direito Penal", Rev. de Dir. Penal, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1979, vol. 25, págs. 10 e 11): "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 antidemocráticas, 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."

Este pensamento, que nos parece bastante lúcido e correto, encontra sua complementação no seguinte texto do trabalho "Criminologia crítica e política penal alternativa", de Alessandro Baratta, publicado pela "Revista de Direito Penal", já citada, vol. 23, à pág. 11: "No que se refere à seleção dos bens protegidos e dos comportamentos lesivos, o 'caráter fragmentário' do Direito Penal perde as ingênuas justificações através da natureza da coisa ou da idoneidade técnica de certas matérias e, não de outras, para ser objeto do controle penal. Essas justificações constituem uma ideologia que oculta o fato de que o direito penal tende a privilegiar os interesses das classes dominantes e a imunizar do processo de criminalização os indivíduos pertencentes às ditas classes e ligados funcionalmente às exigências de acumulação capitalista, e dirige o processo de criminalização, principalmente, para formas de conduta desviante típicas das classes subalternas. Isso se realiza, não somente com a seleção das espécies de comportamento tipificado nas normas, mas, também, com a diversa intensidade da ameaça penal, que freqüentemente está em relação inversa com o dano social dos comportamentos, porém com a mesma formulação técnica das normas. Quando se dirige a comportamentos típicos de indivíduos pertencentes às classes subalternas e que contradizem as relações de produção e de distribuição capitalistas, estas formam uma rede bastante estreita, enquanto que a rede é bastante mais larga quando as normas têm por objeto a criminalidade econômica ou outras formas de criminalidade típicas de indivíduos pertencentes às classes que estão no poder."

Isso quer dizer, em última análise, que o rigor do Direito Penal se exerce apenas sobre os humildes e pobres. Torna-se comum, então uma insuportável confusão entre *pobreza* e *crime*, levando muitas

peçoas a sustentar, erradamente, diante desse quadro, que a pobreza é *causa* de crime, quando na verdade é apenas um *fator de criminalidade*. Se a pobreza fosse *causa* de crime, todos os pobres delinqüiriam, o que felizmente não acontece. Segundo reportagem recente de Ramão Gomes Portão, publicada na "Folha da Tarde" de São Paulo, apenas 5% da população favelada delinqüe. Por outro lado, verifica-se estatisticamente que 98% das pessoas presas provêm dos estratos mais baixos da sociedade. Portanto, a prova provada é que a pobreza é *fator de criminalidade*.

Apesar disso, generaliza-se o entendimento de que os favelados, marginalizados socialmente e sem acesso aos benefícios sociais, constituem a legião dos criminosos potenciais. Nem mesmo o Ministro da Justiça, Ibrahim Abi-Akel, profundo conhecedor do problema, escapou a essa generalização. Consoante noticiou o "Jornal da Tarde", edição do dia 10 de abril de 1980, pág. 5, depondo perante a Comissão Parlamentar de Inquérito instaurada pelo Senado Federal, o Ministro teria dito o seguinte: "Como os grandes centros não têm condições de absorver esses contingentes de migrantes, continuou, surgem as favelas, outro fator de aumento da violência e da criminalidade, já que, por suas características, esses locais funcionam como verdadeiras áreas criminógenas."

Em sua tese de mestrado, intitulada "Mundo do Crime — A Ordem pelo Averso" ("Graal" Ed., Rio de Janeiro, 1979, pág. 12), José Ricardo Ramalho observa: "As características da *delinqüência* e os indícios do *crime* estão relacionados às características e aos indícios da pobreza. Basta ler os jornais, ouvir rádio ou ver televisão, para perceber uma evidente ligação entre o *crime* e os grupos sociais mais pobres, em geral componentes das classes trabalhadoras. O modo de identificar um *delinqüente* está sempre muito mais referido a aspectos próprios das pessoas enquanto membros desses grupos sociais do que à evidência de delitos cometidos por eles. Na verdade, o reconhecimento do *crime* está, essencialmente, no fato de estar desempregado, morar na favela, ser umbandista, ou ser analfabeto. São esses os indícios explicitamente admitidos pela sociedade para a identificação do *criminoso*. A *delinqüência* é, portanto, reconhecida através de atributos dos grupos sociais mais pobres."

Essa mesma observação foi feita por José Manoel de Aguiar Barros, em seu trabalho já citado, dizendo: "Os agentes dessa violência são os delinqüentes, os chamados 'anti-sociais', cujo estereótipo é o do homem humilde, do mulato, do embriagado, do operário estropeado, enfim, da quase totalidade da população brasileira."

Para fechar o círculo desta constatação, repetiremos as palavras de Heleno Cláudio Fragoso, em artigo intitulado "Ciência e Experiência do Direito Penal", publicado na "Revista de Direito Penal", n.º 26, pág. 15: "Como disse muito bem *Eduardo Novoa*, o direito penal é o direito dos pobres, não porque os tutele e proteja, mas sim porque

sobre eles exclusivamente faz recair sua força e seu rigor. Eles é que constituem a clientela do sistema e são por ele, virtualmente, oprimidos. Só os pobres sofrem os processos por vadiagem e só eles são vítimas das *batidas* policiais com o seu cortejo de ofensas e humilhações. Só os pobres são ilegalmente presos para *averiguações*. Os ricos livram-se facilmente, contratando bons advogados, recorrendo ao tráfico de influência e à corrupção. Eles nunca vão para as prisões. Quando, em situações excepcionais, isso vem a suceder, logo ficam *doentes* e são transferidos para os hospitais. Pode-se imaginar o impacto que tais constatações produzem nos que se ocupam com a elaboração técnica do direito penal, procurando aperfeiçoá-lo. Parece certo que a realização do sistema punitivo funciona como um processo de marginalização social, para atingir uma determinada clientela, que está precisamente entre os mais desfavorecidos da sociedade."

Portanto, constata-se que há uma *discriminação*, selecionando-se a clientela do sistema penal, evidenciando-se o fato de que a lei punitiva ignora as *condutas desviantes* altamente geradoras de criminalidade, desordem e violência, e faz recair todo o seu rigor sobre os que praticam os *crimes convencionais*, e que são os membros dos grupos sociais menos favorecidos.

No momento em que vivemos, as dificuldades de toda ordem, especialmente a crise econômica, geram uma forma *epidêmica* de crimes contra o patrimônio, especificamente os que são adjetivados pela violência, e contra os quais se reclama maior repressão. Mas, esse fenômeno tem explicação conhecida e a simples repressão não combaterá senão os seus efeitos, deixando íntegras as suas causas.

Bem a propósito, o relatório, à pág. 110, consigna: "Entretanto, ao identificar Durkheim a normalidade do fato criminal, lembra que pode ser 'patológico' e faz uma advertência importante: é possível que o crime, como fenômeno social, tenha formas anormais 'quando, por exemplo, sua taxa é inusitadamente alta. Este excesso é, indubitavelmente, de natureza mórbida.'"

Conclui, então, o relatório, à mesma pág. 110, de modo peremptório: "A ocorrência do crime como fenômeno mórbido — que não pode ser permanente sob pena de ameaçar a própria estabilidade social — exige necessariamente um esforço de compreensão das suas raízes estruturais e jamais será confrontado eficazmente apenas com ação repressora."

Pensamos que nada mais precisa ser dito. As corretas observações colocadas no relatório oferecido pelos cientistas sociais, apontam as verdadeiras causas do aumento da criminalidade e da violência que a acompanha, causas que precisam ser devidamente analisadas e removidas, de nada adiantando cogitar-se de reformas legislativas ou aumentar-se a repressão.

O penalista e o legislador penal nada poderão fazer, através de fórmulas legislativas. E, igualmente, pouco poderá fazer a polícia, preventiva ou repressiva, restando ineficaz, portanto, a atuação da própria Justiça Criminal.

4. *PENA* — Colocada, assim, a questão, torna-se fácil a tarefa de analisar o problema da pena, sobretudo da pena de prisão. A epidemia do crime sucede-se a epidemia da pena. Os presídios estão superlotados e é grande o número de mandados de prisão por cumprir. Se não for solucionado o problema principal; se não for reduzida a taxa de criminalidade; se não for estacionado o crescimento dos índices da delinquência, situando-o por volta do percentual relativo ao aumento da população, não haverá solução para o problema penitenciário e, muito menos, para o problema carcerário.

Parece-nos que deve ser feita uma distinção entre as duas expressões — *carcerário* e *penitenciário* — embora sejam vulgarmente usadas com o mesmo sentido. Consoante anotamos em nosso pequeno trabalho intitulado “Prisões Fechadas — Prisões Abertas” (Cortez & Moraes Ltda., São Paulo, 1978, 1.^a ed., pág. 19): “... infere-se que o *problema penitenciário* está relacionado apenas com o sistema penitenciário e suas implicações, enquanto que o *problema carcerário* abrange não somente os presídios do sistema penitenciário, mas também as cadeias públicas. E, mais precisamente, o problema penitenciário envolve questão de dimensões maiores, como as de tratamento e reeducação dos sentenciados, ensino e trabalho, segurança e disciplina, administração e saúde, diversamente do problema carcerário que se resume, segundo o nosso entendimento, na questão do número de cárceres existentes, e que servem para abrigar a grande massa de delinquentes, presos e por prender, etc.”

Ao aumento do número de mandados de prisão deveria corresponder igual crescimento do número de vagas nas prisões, o que evidentemente não ocorre em nenhuma unidade da Federação. No caso do Estado de São Paulo, é fácil levantar os dados, pelo menos por aproximação. Existe um excesso de população carcerária na Casa de Detenção, da ordem de 3.000 presos, uma vez que sua capacidade de habitação é de 3.500 sentenciados ou detentos e sua população está por volta de 6.500 homens. Nas cadeias públicas do Estado existe cerca de 7.000 presos à disposição da Justiça, que deveriam estar recolhidos às penitenciárias. Há, portanto, carência de 10.000 vagas, em números redondos, para abrigar todo esse contingente de presos.

Sabe-se, por outro lado, que há, aproximadamente, 50.000 mandados de prisão por cumprir, o que eleva a necessidade de vagas para o alto índice de 60.000. Conforme recomendação aceita internacionalmente, o número médio de presos em cada presídio deve ser da ordem de 500. Se se desejasse conferir condições ideais para o tratamento penal nas prisões de segurança máxima, deveriam ser cons-

truídas penitenciárias que abrigassem 500 sentenciados cada uma, tornando-se necessário, portanto, só no Estado de São Paulo, construir-se 120 penitenciárias. O custo médio de um estabelecimento penal desse tipo, avaliando-se pelo que custaram as construções das últimas penitenciárias, é, por baixo, de Cr\$ 100.000.000,00 (cem milhões de cruzeiros) cada um. Multiplicando-se esta cifra por 120, teríamos um total de Cr\$ 12.000.000.000,00 (doze bilhões de cruzeiros), quantia que é impensável em termos de orçamento estadual para uma única Secretaria de Estado, mesmo em um programa de 20 anos.

Mas, ainda que tal fosse possível, e que o tempo das construções não contasse, deveriam ser construídas mais duas penitenciárias por mês, porque os mandados de prisão crescem à razão de 1.000, nesse período...

Não cremos que haja condições para solucionar-se o problema carcerário no Brasil. As medidas sugeridas no relatório dos juristas, para solucionar este intrincado problema, nos pareceram ineficazes, porque omitiram a necessidade básica de grandes investimentos de recursos no setor.

Supreenderam-me, portanto, as declarações atribuídas ao Ministro Ibrahim Abi-Akel na Comissão Parlamentar de Inquérito do Senado, conforme noticiou o jornal já referido antes. Digo isso porque conheço pessoalmente o Ministro Abi-Akel e o respeito como um dos homens que mais conhece o problema penitenciário no Brasil. Como relator da CPI instaurada em 1975 pela Câmara Federal, ofereceu um brilhante relatório — no qual, aliás, apoiou-se o relatório dos juristas quando cuidou da questão penitenciária —, que se constitui, a meu ver, no mais completo estudo sobre o tema escrito nestes últimos cinquenta anos.

Achei até graça no ocorrido, pois não posso entender duas coisas: 1.^a — O Ministro Abi-Akel conhece o assunto melhor do que ninguém e preconizou as soluções que, como deputado federal, lhe pareceram ser as mais corretas para o problema penitenciário. Por que, então, como Ministro da Justiça, não coloca em prática suas idéias, preferindo recorrer à opinião de outros juristas, que talvez conheçam o assunto de modo menos completo? 2.^a — Por que o deputado de ontem, e hoje o Ministro da Justiça, é chamado a comparecer perante uma outra CPI, agora do Senado, para prestar depoimento, parecendo recomençar uma nova etapa de estudos e pesquisas, quando a CPI da Câmara Federal, instalada há mais de quatro anos, já percorreria todo o caminho?

Realmente, seria hilariante, se não fosse trágico! Parece até que, adiando sempre o momento de agir, o Governo procura ganhar tempo, na esperança de que o problema encontre uma solução mágica, ou acabe por se resolver sozinho. E o que se torna menos compreensível é que o Ministro Ibrahim Abi-Akel, no depoimento prestado à CPI do

Senado, acena com soluções que não se revestem de condições de exequibilidade.

De fato. Tomando-se como verdadeira a notícia estampada pelo "Jornal da Tarde", e já referida antes, o Ministro teria dito em seu depoimento à CPI do Senado que 'esse problema poderia ser resolvido com pequeno custo e por meio do estabelecimento de uma política penitenciária que crie um novo código, de execuções penais, devolvendo-se ao preso seus direitos fundamentais.'

Ora, em primeiro lugar, acabamos de demonstrar que o núcleo mais sensível do problema penitenciário é a superlotação dos presídios, e que não pode ser contornada senão através da construção de um grande número de vagas em prisões fechadas, cujo custo, também mostramos, não poderá jamais ser considerado pequeno. Em segundo lugar, a edição de um novo Código de Execuções Penais não terá o condão de modificar a realidade do mundo da prisão.

Iniciamos, aqui, uma série de considerações para tentar focalizar o problema mais especificamente chamado *penitenciário*, depois de concluir que a solução para o problema *carcerário* parece-nos, no momento, inteiramente inviável, pois os recursos orçamentários da União, bem como dos Estados, não são outorgados com a largueza suficiente.

Da mesma forma, a visão otimista de que um Código de Execuções Penais possa resolver o problema *penitenciário* esbarra com uma realidade inteiramente rebelde a qualquer disciplina legislativa. Houve durante um longo período de tempo a impressão de que a deficiência do sistema penitenciário se devia unicamente a essa crônica falta de verbas, pois se os presídios contassem com maiores recursos humanos e materiais, com um número maior de terapeutas, de guardas, de pessoal penitenciário melhor adestrado, a tarefa de ressocialização do sentenciado se tornaria factível.

Entretanto, assim não é. Mostrou o Dr. Augusto Thompson, no seu excelente livro "A questão penitenciária", que o fenômeno da *prisonização* ocorre sempre, e que o erro é do sistema de prisão fechada e não da falta de recursos humanos e materiais. Persistindo o sistema, pouco adiantaria supri-lo de maiores recursos. A verdade é que o mundo da prisão, ao contrário do que se acreditou durante muito tempo, não é uma miniatura do mundo livre. É uma sociedade típica, estruturada em bases reais diversas das que fundam a sociedade livre, com suas leis informais com alto sentido de vigência e de exigência, com seus padrões de valores próprios.

Por outro lado, a dupla função que se atribui à pena — *punir e recuperar* — não pode ser cumprida com sucesso. São impossíveis estas propostas e irrealizáveis, porque o sistema de prisão fechada acaba por eleger os valores *segurança e disciplina* como os mais importantes, sobrepondo-os à tarefa de uma reeducação metódica do

sentenciado. Quem conhece a realidade do dia-a-dia das prisões fechadas sabe que isto é a pura verdade.

Senão, vejamos. Quando um preso foge de uma penitenciária, o alarma que tal fato causa movimenta a opinião pública, a imprensa clama, aludindo à falta de segurança para a sociedade; as autoridades determinam a imediata instauração de inquérito para apurar a responsabilidade de quem deixou o preso fugir ou não evitou que a fuga se verificasse; os diretores e administradores de presídios fazem meticolosa revisão nos estabelecimentos que dirigem, para o que contam com os aplausos de todo o funcionalismo das prisões, visando evitar a repetição do fato; enfim, a celeuma que causa uma única fuga ocorrida é enorme.

Todavia, nunca houve reação da opinião pública, clamor da imprensa, preocupação maior das autoridades, metódica revisão dos fatores adversos, quando um sentenciado, depois de cumprir longa pena de prisão, volta ao presídio como reincidente. Ninguém pensou, jamais, em instaurar um inquérito contra o diretor do presídio, para apurar as razões pelas quais o preso não foi devidamente ressocializado.

Esta simples colocação demonstra que estão certos os diretores de presídios em se preocuparem muito mais com a segurança e a disciplina das prisões do que com a ressocialização do sentenciado. E, na prática, é isso que se verifica. Se um preso necessitar de um tratamento especial, preconizado pelo psicólogo do presídio, o diretor nega o regime excepcional, porque o tratamento desigual geraria indisciplina; se um preso pratica uma falta, fica recolhido à cela, privado das aulas ou do trabalho; se dois presos brigarem, ambos serão punidos, sem se indagar a respeito de quem é o culpado, pois assim o exige a disciplina. Então, o que se constata é que a segurança e a disciplina acabam comandando as ações regentes nos presídios de segurança máxima, ficando em segundo plano a meta formal da regeneração do homem.

Anote-se, também, que, no sistema prisional em foco, ao mesmo tempo em que se pretende dar ao prisioneiro um sentido ou um sentimento de dignidade humana, essencial para a sua ressocialização, na prática o que se faz é exatamente o contrário. Vejam-se, por exemplo, as revistas que são feitas periodicamente, para "varrer" as celas, com o objetivo de apreender objetos de uso não permitido. Isso é feito em nome da segurança, pois o preso pode ter em seu poder estiletes ou outras armas, colocando em risco a integridade corporal de seus companheiros. Entretanto, não há nada que mais retire do homem o seu sentimento de dignidade do que a revista. É, ao mesmo tempo, humilhante e punitiva tal prática. De nada adiantará, pois, a regra formal de a prisão ordenar que se ensine dignidade ao preso, se, na prática, informalmente, o sistema o avilta e humilha.

O mesmo se diga quanto a ensinar o sentimento de solidariedade valorizado. Os terapeutas e mestres dizem isso, mas, na prática, im-

pedem a solidariedade entre os presos ou a reprimem, em nome da segurança. Muitos outros exemplos poderiam ser alinhados para demonstrar que, no dia-a-dia, o sistema de segurança máxima se contrapõe violentamente ao esforço de ressocialização, estimulando "virtudes" como a delação, a submissão cega às ordens superiores, a tortuosa via que retira do preso toda e qualquer possibilidade crítica ou de participação na tomada de decisões que interessem à coletividade, a fingida ignorância dos reais problemas de convivência nas celas, onde os estupros e os atentados à integridade moral dos mais fracos ocorrem com indubitosa frequência, tudo isto prova que os vícios do sistema são irremediáveis.

Que papel fará um Código de Execuções Penais que pretenda encartar esta realidade nas dobras de normas cheias de bons propósitos, de regras preñhes de idealismo, mas sem nenhum poder real, capaz de modificar o dia-a-dia do sistema de segurança máxima? Como se poderá proibir a prática de atentados sexuais contra os presos mais fracos, na calada da noite, no sombrio ambiente de uma cela coletiva, onde a lei do silêncio calará mesmo aqueles que se revoltam contra o fato? Como se poderá dispensar a revista humilhante, se é necessário recolher objetos proibidos? Como se poderá fazer valer a lei que obrigue ensinar solidariedade aos sentenciados, se a segurança do presídio não se compadece com a prática de tal solidariedade?

São estas as verdades que não podemos ignorar mais. Não adianta sustentar a esperança vã de que a prisão fechada possa, com novos dispositivos legais, cumprir essa generosa missão de ressocializar delinquentes.

Podemos levar mais longe esta questão. A própria pena de prisão está sendo colocada em dúvida, quanto à possibilidade de servir para retificar o caráter do preso e ensinar regras de bem viver socialmente. Há hoje um movimento crescente de opiniões que denegam à pena de prisão qualquer sentido utilitarista, sustentando que a única finalidade da pena é, mesmo, *punir*. Foi esta a melancólica conclusão de um relatório feito nos Estados Unidos por Norman Carlson, estribada em uma pesquisa realizada durante três anos no sistema penitenciário norte-americano. No mesmo sentido a opinião de David Fogel, cuja visão de especialista torna bastante sombria a perspectiva da utilidade da pena de prisão, quando se pretenda cometer a ela a missão de ressocializar sentenciados.

O mais lamentável, porém, é que mesmo a chamada *prisão em comunidade*, entre nós conhecida como *prisão-albergue*, também está sendo posta em xeque, pois a experiência norte-americana, que já conta com cerca de 20 anos, está desacreditando o seu sucesso e desmistificando o seu ideário.

Foi muito direta a conclusão de Norman Carlson: deve ser posta de lado qualquer pretensão de usar-se a prisão fechada como meio de ressocialização e, mais, a pena de prisão não tem e não pode ter

qualquer conotação utilitarista e só serve mesmo para punir, para castigar.

Se assim é, cumpre fazer o que propõe, entre nós, o competente penitenciário Dr. Augusto Thompson: desmistificar esse aspecto utilitarista da pena, desmascarar o fingimento que existe quando se considera a pena de prisão como capaz de exercer o papel de agente ressocializador, desde que se aumente a verba destinada ao sistema penitenciário, provendo-o de maiores e melhores recursos humanos e materiais; aceitar, com coragem, a verdade dura de que a pena de prisão, pelas características que cercam o seu cumprimento, só serve para punir, para castigar.

Parece-me, portanto, que o enfoque dado pelo Ministro da Justiça ao problema, quando ouvido pela CPI do Senado, não é correto, pois insistiu em culpar o fracasso da pena às más condições do sistema penitenciário, dizendo na já aludida ocasião: "No caso das prisões brasileiras, disse que são verdadeiros 'depósitos humanos', sem a menor condição para receber criminosos, seja pela falta de uma pedagogia adequada para recuperá-los ou de pessoal especializado. Entre os problemas das prisões que induzem ao aumento da violência e criminalidade, citou os atentados homossexuais contra presos, e os códigos internos dos criminosos, onde se incluem a delação e a pena de morte."

Enquanto persistirmos nessa crença, exatamente a mesma que já foi desmistificada pelos penólogos norte-americanos e outros especialistas de renome internacional, prosseguiremos no triste rumo de dar voltas em torno do mesmo ponto, sem chegar a lugar algum.

As principais sugestões contidas no relatório dos juristas, embora generosas e cheias de bons propósitos, pecam pelo mesmo erro de visão do problema. Ou são inexecutáveis, pelo alto custo, ou são inúteis, por não servirem à meta proposta, a impossível ressocialização de sentenciados no ambiente da prisão fechada.

Resta considerar, então, o lado humano, considerando corretamente a pena como castigo, sem qualquer preocupação com o aspecto reeducativo, que se sabe ser impossível na prisão fechada. E, com o objetivo de tornar o mais suportável possível o ambiente das prisões fechadas, suprir as suas deficiências, atendendo-se aos principais direitos dos presos, consagrados pelas sucessivas declarações universais subscritas pelo organismo das Nações Unidas.

Mas, não haja ilusões. Será necessário investir largos recursos para o bom cumprimento dessa tarefa, sabendo-se que nenhuma esperança deve ser posta na eficiência do sistema para o fim de ressocialização. E o Código de Execuções Penais não deverá preestabelecer medidas terapêuticas, por inúteis, limitando-se a cuidar efetivamente do tratamento a ser dispensado ao sentenciado no ambiente da prisão.

5. **CONCLUSÕES** — O que fazer? Honestamente, não sei. Apenas sei o que não se deve esperar da execução das propostas feitas pelos

juristas, em seu bem intencionado relatório, ou das sugestões apresentadas à CPI do Senado pelo Ministro da Justiça. A modificação da legislação penal; a criação de uma Instituição Federal, tenha o nome que tiver, para uniformizar o tratamento do delinquente e formular uma política de combate à criminalidade; editar um Código de Execuções Penais; aumentar o nível da repressão policial, nada disso poderá contribuir para reabilitar a pena de prisão.

Note-se que a pena de prisão surgiu, como tal, há cerca de um século e meio. Mas, pouco tempo depois já se conheciam os efeitos deletérios que acarretava, motivando uma série de medidas substitutivas ou alternativas, com o objetivo de reduzir ao máximo os casos de encarceramento e o tempo de permanência do sentenciado no ambiente da prisão. Se a pena de prisão pareceu suceder, com vantagem, às bárbaras medidas punitivas, que tiveram grande voga na Idade Média, essa ilusão se desfez em prazo bastante curto.

Mudar a realidade através de medidas legislativas parece um tanto utópico, fazendo lembrar a estória do rei que pretendeu suprimir as tempestades em seu reino, basicamente editando um decreto real que as proibia.

Além do mais, o tipo de criminalidade contra o patrimônio que nos assusta, como vimos na primeira parte desta palestra, está estreitamente ligada a algumas instâncias do regime sócio-político que nos rege, onde um tipo de capitalismo irresponsável gera as situações criminógenas que são condicionantes permanentes do fenômeno que desejamos afastar.

Rememoremos, neste particular, o que ficou dito no relatório dos cientistas sociais, à pág. 137: "O Brasil é conhecido mundialmente por ser uma das sociedades contemporâneas mais desiguais, sendo que a desigualdade é particularmente acentuada nas regiões metropolitanas. Ali os desníveis sociais são visíveis e chocantes. Nas grandes metrópoles, incluindo-se as suas periferias, se encontram e convivem pessoas dos mais extremados níveis de vida, de renda e de condição de moradia. Tais extremos são forçados a desempenharem seus papéis no mesmo cenário. Os entrechoques mentais são violentos e continuados: é a mãe que deixa seus filhos famintos na favela para ir limpar a cozinha e jogar comida fora na casa suntuosa da família de elite; é o trabalhador que começa a sua viagem diária às 5 horas para chegar na fábrica às 7, onde a alta chefia só comparece depois das 8, no conforto de seus automóveis pessoais; é a mão pobre que entra e sai de mãos quase vazias no supermercado quando vê os automóveis da madame transbordando mantimentos supérfluos. Esses entrechoques se repetem a cada momento no nosso cenário urbano."

Nenhuma restrição se fará, então, à conclusão que deflui dessas premissas, assinalada pelo mesmo relatório, logo em seguida: "Numa sociedade tão desigual como a nossa, tais desníveis formam um pano de fundo indutor de desvios de comportamento, incluindo-se aqui a

criminalidade. Nesse tipo de pano de fundo, realmente, a ocasião faz o ladrão..."

Estamos no limiar de uma nova era. As modificações da sociedade são visíveis. Instituições tradicionais como a família, fundamentada no casal monogâmico, estão em crise. A liberação do sexo, como saudável reação à repressão da era vitoriana, está conduzindo a excessos perigosos, pelo menos nestes primeiros tempos; os valores tradicionais estão sendo questionados seguidamente ou estão sendo substituídos por outros conceitos; a educação, como um todo, não obedece aos postulados convergentes, sendo evidente a discordância de métodos e de técnicas propostas pelas mais diversas escolas teóricas; os computadores, criando o conceito de cibernética, ao mesmo tempo em que auxiliam poderosamente a tecnologia, dispensam as atividades cerebrais do homem, substituindo muitas das suas funções, do órgão mais nobre do ser humano.

O ensino obedece hoje a um comando desagregador, bastando recordar que o exame vestibular é feito com aposição de cruzinhas nos quadros colocados à frente das questões. Tantas são as simplificações, os resumos, as apostilas, que o conhecimento se faz através de verdadeiras pílulas do saber, aumentando a extensão, mas reduzindo a profundidade.

O quadro é, portanto, muito amplo e muito complexo. Não creio que as soluções poderão advir como consequência de medidas isoladas de apenas um dos setores envolvidos. A tarefa é grande demais para caber no âmbito estreito de atuação do Ministério da Justiça.

Afinal, como se há de ver o nosso delinquente, aquele estereotipado delinquente que acaba sendo o cliente preferido do sistema punitivo?

No dia 15 de março de 1979, data em que deixei o exercício do cargo de Secretário de Justiça do Estado de São Paulo, por findar-se o Governo encabeçado pelo Dr. Paulo Egydio Martins, o "Jornal da Tarde" publicou a minha última entrevista como mandatário oficial. Nessa oportunidade tornei públicas as reflexões que vinham ocupando o centro das minhas preocupações, quanto à indagação acima. Disse, então, que em meio a todas as circunstâncias referidas neste trabalho, o criminoso, principalmente o delinquente contra o patrimônio, que tanto nos assusta, pode ser visto sob uma ótica surpreendente. Ao contrário do que possa parecer, esse criminoso surge como um revolucionário, um inconformado, que reage à sua maneira, a única maneira que está ao seu alcance, contra o sistema que o oprime. Não aceitando passivamente, como o mendigo, as contingências a que é submetido, demonstra alguma forma de dignidade, de valor humano, estendendo a mão armada para obter aquilo que seria negado à mão súplice, desarmada. Busca obter o seu quinhão, tomando-o a quem se recusa a dá-lo. Denunciei, então, um lado até aquele momento insuspeitado da pena: servir como instrumento de pressão para amoldar

o criminoso às regras sociais, que ele não aceitou quando homem livre, por lhe parecerem injustas.

A minha visão, naquela oportunidade, pareceu ofuscar-se com a claridade de um fato que não fora visto, incompreensivelmente, pois ficou evidente para mim que o sistema policial-judiciário serve como instrumento de pressão, a serviço da minoria privilegiada, que faz as leis a seu talante, visando à defesa dos seus interesses. A rebeldia contra tais leis implica na incursão em um campo proibido, fazendo com que o transgressor receba a punição que, em última análise, tem o escopo de quebrar a vontade do rebelde e submetê-lo à ordem que convém a essa minoria.

Daí a função seletiva do Direito Penal, como todo o cortejo de sofrimentos, privações, humilhações e retaliações que acompanham a institucionalização do marginal como criminoso. A pena, portanto, vestida com o manto protetor da idéia de ressocializar o sentenciado, exerce um papel de cruel e avassalador instrumento de extermínio da personalidade do delinquente. Um criminoso ressocializado, sobre quem a terapia penal exerceu, com sucesso, a sua ação arrasadora, seria, na verdade, um homem inutilizado como pessoa humana.

E o mais decepcionante em tudo isso é que, infelizmente, estas considerações parecem escapar totalmente à compreensão e à consciência de quantos militam no sistema, exercendo importantes funções de magistrados, de promotores, de policiais e de professores universitários.

Sei, hoje, que esta minha visão não está desamparada de apoio, pois outros pensadores, penalistas ou penitenciariistas, estão chegando à mesma conclusão. Longe de ser confortadora, esta verificação é assustadora, pois, então, o que me pareceu ser apenas um devaneio destituído de fundamento na realidade, se está tornando uma constatação real, comum às pessoas que enxergam a realidade de um modo descondicionado.

É, efetivamente, assustador e desconcertante. Mas, ao que tudo indica, é a verdade. E a verdade, apenas é. De nada adianta racionalizar para que a interpretação dos fatos modifique a verdade. Ela continuará sendo verdade. A retratação de Galileu, feita sob o constrangimento de perder a vida, não mudou a verdade de que é a Terra que gira em redor do Sol.

Penso que chegou a hora de pararmos para refletir um pouco sobre tudo isto. Não há mais tempo para insistirmos na política do avestruz. A realidade aí está, viva, patente. Pretender que o Ministério da Justiça, com expedientes legislativos, resolva o problema da criminalidade e da violência, da pena ineficaz e das prisões que funcionam como "sementeira e escola de aperfeiçoamento do crime" (palavras do Ministro Ibrahim Abi-Akel no depoimento à CPI do Senado), é o mesmo que pretender seja solucionado o problema da inflação pela Confederação Brasileira de Futebol.

ASPECTOS DA SEXUALIDADE NAS PRISÕES DO RIO DE JANEIRO *

Nilo Batista

I

O convite formulado a um professor de direito criminal para participar de painel num congresso de psicanalistas deveria inquietá-lo, no sentido de que sua intervenção pudesse ingressar nos trabalhos mais na perspectiva de *objeto* do que de *sujeito* das reflexões conjuntas que ora nos reúnem.

Essa justa inquietação não seria abrandada de todo pela constatação da evidente proximidade de nossos campos de aplicação, demonstrável seja pelo surgimento histórico comum dos manicômios e das prisões, seja por sua identidade estrutural — tão bem avaliada por Goffman¹ —, seja por uma já secular colaboração, que poderia encontrar no pioneirismo de Benjamin Rush o sinete de seu compromisso.

Assumida a idéia de converter essa intervenção em singela exposição de dados objetivos, optei por fazê-lo em três níveis. No primeiro, apresentaria — com a brevidade merecida — uma descrição das preocupações legais com a sexualidade nas prisões, isto é, das regras exis-

tentes a respeito. No segundo nível, apresentaria resultados de pesquisa empírica realizada sobre o assunto. Por último, traria a debate um caso individual, aproveitando-nos aí as impressões e vivências de uma determinada experiência de encarceramento.

II

Três grupos de conduta polarizam os problemas da sexualidade nas prisões: o homossexualismo, a masturbação e a agressão sexual. A tentativa de controle sobre essas manifestações também influenciou, em certo momento, a própria arquitetura da prisão, como não passou despercebido à recente leitura que Foucault empreendeu do *Panopticon* de Bentham.²

* Comunicação apresentada ao Simpósio Internacional de Psicanálise, realizado no Rio de Janeiro, de 21 a 22 de outubro de 1978, em painel sobre "Sexualidade nas Instituições".

¹ Erving Goffman, *Manicômios, Prisões e Conventos*, trad. Dante M. Leite, S. Paulo, 1974.

² Jeremy Bentham, *Le Panoptique, précédé de L'Oeil du Pouvoir, entretien avec Michel Foucault*, Paris, 1977, p. 13.

O instrumento que alguns sistemas legais procuram opor a essa situação, com a finalidade, quicá fantástica, de "normalizar" as coisas, é a chamada "visita íntima" ou "visita conjugal". Só muito recentemente a "visita íntima" obteve acesso a algumas legislações³; sobre sua conveniência e eficácia, dividiram-se os juristas entre o otimismo mais ingênuo⁴ e as restrições menos generosas.⁵ A variante da permissão de saída não é geralmente utilizada para esses fins,⁶ certamente por questões de segurança penitenciária.

A visita íntima é ainda adotada por poucos países, e não está presente nos documentos internacionais a respeito de tratamento de prisioneiros, como as Regras Mínimas da ONU. Por outro lado, não foi estendida às mulheres, face especialmente aos problemas que seriam criados pela gravidez.

O Brasil não dispõe de uma lei federal sobre a execução penal, que vem a ser, dessa forma, matéria sujeita às diversas legislações dos estados da federação. Entretanto, já foram produzidos quatro anteprojetos, e poderia ser esclarecedor examinar a posição da visita íntima neles.

O projeto de 1933, de autoria de Cândido Mendes, Lemos Brito e Heitor Carrilho, expressamente proibia a visita de mulheres nos estabelecimentos destinados a homens, e vice-versa.⁷ O anteprojeto de 1957 contemplava, no capítulo das recompensas "de concessão condicionada ao merecimento do recolhido", o "recebimento de visitas, com vestuário particular";⁸ como a exposição de motivos não abordou o assunto, ficamos sem saber que programas subja-

ziam à eufemística fórmula legal. O anteprojeto de 1963, da lavra de Roberto Lyra, afirmava em sua justificacão que "a visita íntima na prisão é contraproducente, sob os aspectos moral, fisiológico, psicológico, familiar, disciplinar etc., além de inaccessível à mulher ou companheira presa", e sugeria que as visitas ao lar "no cumprimento de deveres" não excluam aquilo que no mundo do direito continua sendo chamado de *debitum conjugale*.⁹ Por fim, o anteprojeto de 1970, devido a Benjamin Moraes Filho, prevê expressamente a visita íntima no elenco das regalias de gradativa concessão aos sentenciados.¹⁰

³ Cf. Constancio Bernaldo de Quirós, *Lecciones de Derecho Penitenciario*, México, 1953, p. 57.

⁴ Assim, Raul Gonzalez Enríquez, que nela viu o fim da época do "concubinato homossexual" (*El Problema Sexual del Hombre en la Penitenciaría*, México, 1971, p. 167). Cf. Também Jimenez de Asúa, *La Vida Sexual en las Prisiones*, in *El Criminalista*, t. III, B. Aires, 1949, p. 294.

⁵ Assim, as questões de higiene, levantadas, entre nós, por Roberto Lyra, na Exposição de Motivos de seu Anteprojeto (nº 16), ou as objeções de Cuello Calón, no sentido de que a sua concessão ilimitada despojará a reclusão de seu sentido penal (*La Moderna Penología*, Barcelona, 1974, p. 504). Em verdade, os problemas fundamentais da visita íntima, como nota com propriedade Sergio Garcia Ramirez, são dois: a possibilidade de gravidez e o risco do surgimento de formas de lenocínio (*La Prisión*, México, 1975, p. 87).

⁶ Na Espanha, a única previsão de saída é o caso excepcional de morte ou moléstia grave em algum familiar (cf. Luiz Garrido Guzmán, *Compendio de Ciencia Penitenciaria*, Valencia, 1976, p. 244). Na França, as permissões desta mesma ordem "ne peuvent être utilisées dans ce but" (de manter relações íntimas — cf. Schmelck e Picca, *Penologie et Droit Penitentiaire*, Paris, 1967, p. 281).

⁷ "Art. 631: Em hipótese alguma admitirá a administração a visitação de mulheres nos estabelecimentos de homens e de homens nos de mulheres, seja qual for a idade de uns ou de outros." O art. 631 proibia a visita de menores de 18 anos, ainda quando fossem do mesmo sexo.

⁸ Art. 149, inc. 4º. Esse anteprojeto foi elaborado por Oscar Stevenson.

⁹ Cf. Projeto e Anteprojetos de Código Penitenciário, Rio, 1973, p. 215.

¹⁰ Art. 132, inc. III.

Como visto, a tendência legal é considerar a visita íntima como recompensa ou regalia, de concessão limitada e gradativa. Isto significa que ela é enquadrada pelo legislador menos na perspectiva de reduzir a "perene insatisfação" do preso,¹¹ e mais na de conferir à administração penitenciária um novo instrumento disciplinar, que opera não por via punitiva e sim premial. Nessa ordem de idéias, a visita íntima está fadada a uma limitação consciente e manipulada, pois é essencial à sua natureza de favor legal a carência do favorecido.

No Estado do Rio de Janeiro, a visita íntima, prevista como "favor gradativo" pelo Regulamento Penitenciário,¹² foi objeto de minuciosa regulamentação em Portaria do Diretor Geral do Departamento do Sistema Penitenciário.¹³ Pode o favor ser concedido aos presos de comportamento bom, ótimo, excelente e excepcional que o requeiram, desde que comprovem ser casados, ou companheiros com mais de 2 anos de convivência antes da prisão, ou ainda após 8 meses de visita comum contínua a contar do requerimento.¹⁴ A visita íntima pode ser realizada quinzenalmente, com duração de três horas, ou semanalmente, com duração de duas horas, nas penitenciárias que operam com parlatórios especiais; naquelas que dispõem de cubículos individuais, o horário e frequência são fixados pela administração. Isso ocorre, no Rio de Janeiro, apenas nos estabelecimentos Lemos Brito e Milton Dias Moreira, nos quais a visita íntima se dá aos domingos, de 9:00 às 16:00 hs. O preso rebaixado de comportamento perde o

favor, e somente poderá renovar seu requerimento após 180 dias.

As mulheres presas não dispõem, no Rio de Janeiro, da possibilidade de obter visitas íntimas: a própria previsão legal se refere a "visita íntima da esposa ou companheira".

Há hoje, nos presídios do estado, uma população de aproximadamente 8.700 internos, distribuídos por 13 estabelecimentos, um dos quais destinado às presas.¹⁵ Dos 12 estabelecimentos masculinos, 4 não possuem sistema de visitas íntimas.¹⁶

No Instituto Penal Milton Dias Moreira, tomado como exemplo, estão recolhidos 550 sentenciados. Há 159 casais inscritos para visita íntima, e no último mês (setembro de 1978) efetivamente se visitaram 147.

O número de inscrições invariavelmente supera as condições materiais de realização das visitas, de sorte que existe uma autêntica fila na burocracia dos presídios.

Essa fila guarda notável coerência com a natureza de privilégio e instrumento de controle que, a esta altura, creio estarmos de acordo em conferir à visita íntima.

¹¹ "L'uomo detenuto (...) è destinato pertanto ad essere perennemente insoddisfatto" — Aldo Giobbi, *Studio dell'Ambiente Carcerario e della sua Azione Strutturante sul Detenuto*, in *L'Ambiente Carcerario*, Milão, 1958, p. 31.

¹² Art. 166, inc. III.
¹³ Portaria nº 280/JSPDS/GDG, de 29 de agosto de 1977.

¹⁴ Há sistemas, como o argentino, que limitam a visita íntima aos casados legalmente (cf. Luis Marcó del Pont, *Penologia y Sistemas Carcelarios*, B. Aires, 1974, p. 126).

¹⁵ Instituto Penal Talavera Bruce.
¹⁶ São eles: Inst. Presídio Ary Franco, Inst. Penal Romeiro Neto, Inst. Penal Agrícola de Crubixais e Inst. Moniz Sodré. Com visitas íntimas, temos: Inst. Penal Milton Dias Moreira, Inst. Penal Lemos Brito, Inst. Penal Vieira Ferreira Neto, Inst. Penal Esmeraldino Bandeira, Inst. Presídio Edgard Costa, Inst. Presídio Hélio Gomes e Inst. Penal Cândido Mendes.

Abordada a visão legal e institucional do problema, passemos ao segundo nível proposto, e examinemos alguns resultados da pesquisa empírica.

III

Ao contrário do que sucedeu nos Estados Unidos e na Europa,¹⁷ só muito recentemente se iniciaram no Rio de Janeiro trabalhos de pesquisa empírica junto às prisões, com adequada metodologia.¹⁸ Neste momento se encontra em fase de relatório um trabalho realizado em 1976 por Yolanda Catão e Elizabeth Sússekkind,¹⁹ pesquisadoras do Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro, sobre 300 presos. Neste trabalho foram obtidas informações valiosas sobre homossexualismo e agressão sexual.

A despeito da grande resistência que os entrevistadores encontraram por parte da população examinada em responder direta e francamente sobre a matéria, pois os respondentes temiam ver-se identificados como homossexuais, os resultados foram bastante expressivos.

Uma pergunta do questionário indagava se a maioria dos presos são homossexuais, e foi respondida por 286 internos. Destes, 151 (52,8%) responderam que "sim"; a opção "são homossexuais, mas não a maioria" foi adotada por 43 (15,0%), e "não" foi a resposta de 92 (32,2%).

Alguns detentos relacionaram o problema a antecedentes homossexuais em outras instituições totais, como reformatório de menores e colégios internos. Outros mencionaram as limitações da visita íntima, que não atende senão a uma faixa limitada de internos, e ainda está sujei-

ta à concordância da esposa ou companheira, que, segundo revelaram, nem sempre se dispõe a enfrentar as condições de semi-publicidade do encontro em parlatórios, ou ainda à espera de possibilidade material (a questão da fila). Um sentenciado afirmou: "a pessoa se torna homossexual na cadeia por necessidade; não sou santo, e o único jeito é este". Afirmou outro: "mesmo quem não pratica esses atos lá fora, passa a praticar na prisão". Disse um terceiro: "cheguei novo, solteiro, com necessidades".

Por outro lado, patenteou-se que relações homossexuais se estabelecem na prisão, comumente estimuladas por presentes (cigarros, objetos, etc.), certas regalias (notadamente em celas coletivas) e proteção contra agressões físicas ou espoliações materiais. Percebeu-se que em certos casos alguns presos assumem com respeito a seu par o papel que tradicionalmente se reservou à mulher: lavar o cubículo, cuidar da roupa, providenciar alimentação melhor, etc. Em contrapartida, outros assumem certas responsabilidades características da posição masculina numa relação convencional: a proteção do outro diante das freqüentes brigas, a produção de riqueza para o casal, etc.

¹⁷ Cuello Calón (op. cit., p. 501) menciona trabalhos de Fishman e Gentz, realizados em 1939, respectivamente na América e na Alemanha, comprobatórios do elevado índice de homossexualismo e masturbação nas prisões.

¹⁸ Um dos primeiros, efetuado sobre população presidiária feminina, de 1972 a 1975, por Teresa Miralles, Elizabeth Sússekkind, Maria Helena P. de Sá e Rosa Maria S. de Araújo, não se ocupou do nosso assunto. Cf. O Sistema Penal na Cidade do Rio de Janeiro: Fator Criminológico, Rio, ed. Liber Juris.

¹⁹ Agradeço à Profa Yolanda Catão a cessão de valioso material de sua autoria, no qual realiza análise das respostas dessa pesquisa. As observações que se seguem pertencem a este material, e estão ideologicamente entre aspas.

Nessa linha, foram detectadas relações estáveis, e relatados casos que envolvem fidelidade, ciúme, e até morte.

Observou-se, ainda, que no sistema de valores dos internos a posição do pederasta passivo é negativamente enquadrada, de sorte que ainda quando um preso respeitado por sua valentia (os chamados "faqueiros" ou "matadores") a pratique, o seu parceiro deverá absorver a fama. Uma pergunta objetivava conhecer a opinião dos presos a respeito da conduta homossexual. 105 deles (35,0%) a consideraram anormal, sugerindo que deveria merecer tratamento (33,0%) ou orientação (2,0%); 124 (41,3%) opinaram que não deveria ser punida tal conduta, nem caberia qualquer espécie de interferência social. Entre o grupo que reagia punitivamente (17,3%), considerável fração (5,7%) se inclinava no sentido de castigar-se apenas o homossexualismo masculino, e entre esses, 4% sugeriam nada menos que a pena de morte. Esses números fornecem uma indicação do que possa ser o angustiante trânsito do preso entre seus preconceitos ("machismo", força, dominação, etc) e a experiência sexual que lhe é possível, lá onde o desvio é o parâmetro de si mesmo.

A questão da agressão sexual costuma ser minimizada, porque os penitenciários habitualmente creditam o episódio na conta da violência, e nada lançam na conta da sexualidade. Entretanto, enfocar tais ocorrências — como o atentado sexual de vários presos contra um velho interno durante crise epilética, que nos relata Manuel Marcos²⁰ — do ponto de vista de um "comporta-

mentismo" neutro, parece uma redução canhestamente equivocada.

Dos 300 presos investigados na pesquisa aqui apreciada, 117 (40,6%) responderam afirmativamente sobre a ocorrência de agressões sexuais nos presídios; 40 (13,9%) responderam que isso acontece às vezes, mas não com todos; 24 (8,3%) afirmam que hoje em dia não ocorre mais; 107 (37,2%) negaram o fato e 12 se recusaram a responder. Diversos casos foram relatados, e o modelo mais freqüente é o atentado sexual cometido contra o recém-internado, que deve interessar ao processo de sua subjugação pelos esquemas prisionalizados de poder. Alguns atribuíram tais episódios à existência de celas coletivas, predominantes no sistema penitenciário do Rio de Janeiro.

IV

Examinaremos, a seguir, um caso individual. A pessoa entrevistada esteve presa aproximadamente 12 anos num estabelecimento do Rio de Janeiro, no qual ingressou em 1966. Foi alojada inicialmente em cela coletiva, com capacidade estimada para 10 homens, porém que abrigava quase 50; mais tarde dividiu cela com outro preso, e por fim recebeu um cubículo individual.

Na cela coletiva o homossexualismo era praticado à vista de todos (o que pode vincular-se ao grande número de casos de exibicionismo da crônica presidiária), bem como agressões sexuais "geralmente por três contra um", sem que ninguém

²⁰ El Problema Sexual en las Prisiones, B. Aires, 1971, p. 88.

ousasse intervir. mencionou que na triagem de presos novos havia suborno aos guardas, para que destinassem rapazes bonitos para determinadas celas.

Esclareceu que a maioria dos crimes praticados na prisão são devidos a ciúmes, "adulterios" e desrespeitos a relações homossexuais. Ao contrário do que muitos pensam, o homicídio de Gregório Fortunato não teve conotação política, e foi motivado por seu interesse sobre o parceiro (chamado na linguagem presidiária "garoto") de um sentenciado de nome Ceará.

Referiu-se a um caso muito conhecido nos presídios, ocorrido há 30 anos atrás. Havendo ingressado no sistema prisional para cumprir pena de reclusão por 2 anos, um condenado de alcunha Ramiro do Ralo foi violentado por três internos, aos quais por vingança posteriormente matou, daí resultando condenações que totalizaram 64 anos.

Descreveu o comércio de "garotos", cujo preço pode variar de um rádio de pilhas a um aparelho de televisão, preço este que é pago ao "dono" do "garoto"; este último não tem como opor-se à negociação.

O entrevistado negou ter entretido relações homossexuais, o que pode ser verdadeiro ou debitável ao receio de estigmatização, pois se encontra em processo de reconstrução pessoal.

Confessou, todavia, a prática reiterada de masturbação. Existe também um comércio de revistas e calendários com estampas de mulheres nuas.

Sobre a visita íntima, sua opinião foi abertamente favorável, e conseguiu uma redução no volume de cri-

mes passionais após a vigência daquela medida, que foi implantada durante sua longa permanência.

Todavia, observou que a visita íntima não exclui a prática da masturbação nem, em todos, do homossexualismo. Salientou que muitos presos são ligados a prostitutas, e da prisão, através da visita íntima, mantêm a mesma relação de dominação. Confirmou-nos uma informação que fora obtida de um alto funcionário, no sentido de que os presos acreditam que a mulher grávida não trai, e fazem tudo o que está ao seu alcance para engravidar as esposas e companheiras através da visita íntima.

V

Como se viu, não foi objeto de nossa atenção, à mingua de elementos informativos concretos, o problema da sexualidade nas prisões femininas, que a literatura penológica reputa da maior gravidade.²¹

Também fugiu à nossa apreciação a questão paralela de certas experiências (como, por exemplo, a inglesa) do tratamento de condenados por crimes sexuais através de implante hormonal.²²

²¹ Cuello Calón (op. cit., p. 502) se refere a uma pesquisa realizada em 1921, em prisões francesas, que alcançou resultados demonstrativos de que 83,0% de uma população de 1.000 detentas se exercitavam sexualmente. Hans von Hentig trata especialmente do envolvimento das guardas femininas em tais situações (*La Pena*, trad. Rodriguez Devesa, Madrid, 1968, v. II, p. 320). As Regras Mínimas da ONU, entretanto, estabelecem que a vigilância das reclusas seja feita exclusivamente por mulheres (regra 53,3).

²² Informação em R.R. Prewer, *The Contribution of Prison Medicine*, no volume *Progress in Penal Reform*, Clarendon Press — Oxford, 1974, p. 122.

Desculpo-me por essas omissões, e invoco como defesa o muito escasso tempo de que dispus para o preparo dessa intervenção, que de resto nada almejou além de, na tradição de um dos criadores do penitenciarismo,

John Howard, humildemente recolher material de autenticidade indisputável,²³ e submetê-lo ao estudo de quem disponha do correspondente instrumental teórico.

²³ "I made it my business to collect materials, the authenticity of which could not be disputed" — *The State of the Prisons*, Londres, 1929, p. 267.

REFLEXOS DA FALTA DE ATRIBUIÇÃO NA INSTÂNCIA PENAL

Sergio Demoro Hamilton

1. Na linguagem da doutrina fala-se em "juiz legal" ou usa-se a expressão mais correntia "juiz natural" para indicar o órgão do Poder Judiciário que, segundo determinação legal, vem indicado como sendo o competente para julgar determinado feito.

É que a jurisdição, como emanção do poder soberano do Estado, não pode ser exercitada sem limites, necessitando encontrar medida, tendo em vista a vantagem que a divisão de trabalho enseja. Dessa forma, muito embora a jurisdição, como poder de julgar em tese, seja una, torna-se imprescindível limitar, através da lei, o âmbito dentro do qual tal poder será exercido.

Haverá, em contrapartida, um "promotor legal" para officiar em determinada ação penal?

Em caso afirmativo, quais as conseqüências, nos limites da relação processual penal, da falta de atuação do órgão do Ministério Público adequado?

Na busca de resposta para tais indagações, tentarei desenvolver o

tema que constitui objeto do presente estudo.

Entenda-se, desde logo, que a palavra "promotor" vem, aqui, usada em sentido amplo, para indicar o órgão do Ministério Público investido de qualidade para atuar no processo. Nessa ordem de idéias, conforme o caso, abrangeria o Curador de Massas (no processo penal falimentar), os Procuradores de Justiça (que officiam perante o segundo grau de jurisdição) e o próprio Procurador-Geral.

Dessa maneira, o vocábulo assume proporções mais amplas, para fim de exposição, evitando a repetição, a todo momento, da expressão "órgão do Ministério Público".

2. As regras básicas da jurisdição penal e extrapenal surgem delineadas na própria Constituição Federal (arts. 112 a 144) como decorrência lógica do fato de ser a jurisdição um atributo da soberania do Estado. Cabe ao Código de Processo Penal (arts. 69 a 91), bem como, em caráter eventual, às leis extravagantes, determinar as regras de compe-

tência de foro e de juízo, regulando, outrossim, as causas de prorrogação de competência.

Vê-se, com facilidade, que sempre que se encontra em jogo matéria de jurisdição e de competência dos Tribunais e juizes há rigor legislativo no tratamento do assunto, partindo da própria Lei Maior e encontrando complementação por parte da lei ordinária.

O direito positivo, conferindo à jurisdição e à competência tratamento preciso, reflete, no particular, princípios já assentes em doutrina, tomando por base o conceito ontológico, de essência, próprio da jurisdição (poder de julgar em tese) e a noção de competência, voltada para critérios práticos de divisão de trabalho.

3. Diversa é a situação do Ministério Público. Muito embora receba tratamento constitucional (art. 94 a 96), não se pode, nem de longe, vislumbrar regras rígidas disciplinando a sua atuação, tal como ocorre com a jurisdição e a competência dos juizes e Tribunais. O próprio Código de Processo Penal a ele se refere com a maior parcimônia, destinando-lhe dois artigos apenas (257 e 258), quando se ocupa dos sujeitos processuais. É certo que os dispositivos em questão, por sua amplitude, envolvem uma gama de situações jurídicas diversas, mas, nem assim, emprestam solução adequada ao tormentoso problema da atuação do Ministério Público no processo penal, já que o Código em vigor, em momento algum, cogitou de tratar a respeito da atribuição. A lei, ao contrário do que se dá com a jurisdição e a competência, reflete a falta de estudos doutrinários

a respeito da natureza jurídica da atribuição.

A ausência de uma disciplina legal rígida faz com que muitos autores não meditem, sequer, no assunto, com isso fazendo crer que a intervenção do Ministério Público nos feitos criminais possa efetivar-se de forma indiscriminada e sem qualquer disciplina jurídica. Em minha vida funcional, tive a oportunidade de presenciar, perplexo, a substituição de promotor (impedido ou suspeito para participar de julgamento) por colega de Ministério Público designado pelo juiz para o ato, sem a observância de qualquer critério legal, pelo simples fato de, no momento, encontrar-se o substituto disponível no foro.

No comments...

4. Todo o equívoco em torno da matéria decorre, exatamente, da falta de adequada resposta para as duas perguntas que motivaram essas linhas (n.º 1, *supra*), e que, agora, já podem encontrar um princípio de resposta. Há, sim, um "promotor legal" para cada processo penal: é o promotor com *atribuição* para officiar no feito. Em outras palavras: somente o órgão do Ministério Público investido de atribuição é que tem capacidade processual para atuar em determinado procedimento.

5. Atribuição, tal como aqui vem focalizada, nada mais é que a competência administrativa para atuar em determinado procedimento em juízo ou fora dele. Muitas vezes, a atribuição pode estender-se a um número indeterminado de feitos aforados perante um ou mais juízes. Nesse caso pode-se dizer que há atri-

bução genérica. É o que se dá, por exemplo, quando o Promotor X é designado pelo Procurador-Geral para atuar perante determinada Vara Criminal ou, ainda, para acumular junto a dois ou mais juizes criminais. Ele terá atribuição genérica para todos os feitos criminais distribuídos para o juízo ou juízos em que estiver lotado.

A atribuição genérica cede lugar à atribuição específica em que a atuação do órgão do Ministério Público deve limitar-se a determinado feito. Vale dizer que, nesse caso, o Promotor em exercício perante o juízo gozará de atribuição para officiar em todos os procedimentos ali aforados (atribuição genérica), exceção feita ao procedimento em que houver designação especial (atribuição específica).

Entenda-se, desde logo, que a palavra competência, usada para definir atribuição, vem empregada no sentido comum, não guardando qualquer vinculação com o significado técnico que o vocábulo ostenta em linguagem processual, onde, evidentemente, só teria aplicação para os juizes.

Do que ficou exposto, depreende-se que é a atribuição que define a esfera de atuação do órgão do Ministério Público em um ou vários procedimentos, na fase judicial ou extrajudicial.

Pode-se dizer, para bom entendimento, que, *mutatis mutandis*, a atribuição representa para o órgão de atuação do Ministério Público aquilo que a competência significa para os juizes. Há semelhança entre os dois conceitos, muito embora não se possa, de forma alguma, falar em identidade.

6. Quando um órgão do Ministério Público goza de atribuição?

Vendo a questão sob um aspecto genérico, diria que todo aquele que integra o Ministério Público, ainda que em período de estágio probatório, dispõe de atribuição para atuar validamente. A atribuição, nesse caso, decorre da investidura no cargo. Na oportunidade, será possível estabelecer uma analogia entre atribuição e jurisdição, assentando que a primeira confere à Magistratura Requerente o poder de officiar, ao passo que a segunda confere aos juizes o poder de julgar em tese, também em função da investidura no cargo.

Esta, como é fácil observar, uma primeira colocação do tema, visto, ainda, de forma genérica e com grande amplitude.

Vencida aquela primeira etapa (integrar os quadros do Ministério Público), como será possível chegar-se a um segundo momento, em que se encontraria resposta à indagação do presente tópico?

O "promotor legal" ou o órgão do Ministério Público revestido de atribuição será aquele cuja atuação, nos limites da lei, for fixada pelo Procurador-Geral. Essa atuação pode circunscrever-se a um ou mais juízos (aqui, nos casos de acumulação), a um ou mais feitos, expressamente, indicados, a uma ou mais câmaras de um Tribunal, bem como a atividades extrajudiciais, tais como comissões, grupos de trabalho etc...

A atribuição, em certos casos, vem delimitada no tempo ou, ainda, sofre restrição, estendendo-se, apenas, à prática de determinados atos de um procedimento.

Há peculiaridades na atribuição que a distinguem de maneira bem ní-

tida da competência. Com efeito, pode o Procurador-Geral designar o Promotor X para officiar em determinado feito (atribuição específica), aforado em determinado Juízo em que se encontra lotado o Promotor Z (com atribuição genérica). Verifica-se que o primeiro promotor estaria revestido de atribuição para atuar em um único procedimento, ao passo que o segundo estaria capacitado, do ponto de vista processual, para officiar em todos os demais processos, excetuado aquele para o qual somente o Promotor X gozaria de atribuição. Recentemente, o Pretório Maior, chamado a julgar caso em que se argüira ilegitimidade de parte do órgão do Ministério Público, teve ocasião de fixar o seguinte entendimento:

"Não há ilegitimidade de parte quando o Promotor, ainda que não officie junto à Vara em que apresentou a denúncia, foi designado para tal mediante portaria do Procurador-Geral da Justiça."¹

A decisão do Supremo Tribunal ilumina, com o calor do exemplo, que os princípios gerais que regem a atribuição revestem caráter *sui generis* e, por isso mesmo, não podem encontrar identificação com aqueles que regem a competência e a jurisdição, muito embora, com eles, mantenha diversos pontos de contato.

Ora, em matéria de competência, tal não pode ocorrer, já que o juiz em exercício perante determinado Juízo tem competência para todos os feitos ali em andamento, não podendo sofrer qualquer limitação na sua atividade jurisdicional por parte do Presidente do Tribunal. Este, violaria o princípio do juiz natural caso, de forma arbitrária, designasse de-

terminado juiz para julgar, somente, determinado processo.

7. Os princípios básicos acima mencionados, que regem os limites da atribuição, não se aplicam ao Procurador-Geral. Este tem qualidade para officiar em qualquer feito e perante qualquer juízo. Pode atuar tanto junto aos Tribunais como também no primeiro grau de jurisdição, cessando, com a sua intervenção, a atribuição do órgão do Ministério Público que vinha oficiando no feito, desde o momento em que o Procurador-Geral manifeste determinação neste sentido. É o poder de avocar que, no Ministério Público, é privativo do Procurador-Geral.

Não se confunda a advocatária a que estou fazendo referência com aquela prevista no art. 117 do Código de Processo Penal, pois neste caso está em jogo o princípio do juiz natural. Em outras palavras: atuava no processo um juiz incompetente que se imiscuira, indevidamente, na jurisdição do Supremo Tribunal e, por essa razão, vê-se afastado do processo.

Na hipótese focalizada, a situação é bem diversa. O órgão do Ministério Público que, até então, oficiava no processo, dispunha de atribuição regular que se curva ao ato soberano do Procurador-Geral por mera questão de hierarquia, dada a impossibilidade de suscitar conflito de atribuições. Só iguais conflitam; o Procurador-Geral, em face da autoridade incontestável que dispõe na carreira do Ministério Público, não conflita; avoca, pura e simplesmente, o feito que lhe interessar e quando lhe convier.

¹ In "Revista Trimestral de Jurisprudência" vol. 86, 2.º novembro, 1978, pág. 433, R.H.C. nº 55.705.

Vê-se, agora, de forma bem nítida a distinção básica que existe entre os princípios da jurisdição e da competência e os que presidem o conceito de atribuição. Aqueles rígidos; estes flexíveis.

Outro aspecto a merecer destaque relaciona-se com a indeclinabilidade, que surge como um princípio básico da jurisdição, salvo exceções expressamente contempladas em lei (arts. 177, 222, 560, parágrafo único, e outros do C.P.P.).

Há, mesmo, quem sustente que, nestes casos, não se pode falar em delegação de jurisdição, pois o juiz que vai realizar a diligência nada mais faz que exercer sua própria competência, nos limites traçados pela lei. De qualquer forma, tais especulações perdem sentido quando em jogo questão relativa à atribuição, pois o Procurador-Geral pode delegá-la a qualquer outro órgão do Ministério Público, assim como, a todo o tempo, avocar, para seu pronunciamento, qualquer feito sob responsabilidade de outro órgão de atuação.

Merece observação o fato de que, no processo penal, somente o Procurador-Geral pode delegar atribuição a outro órgão do Ministério Público.

8. Em face das observações feitas, cabe perguntar: qual a natureza jurídica da atribuição?

Parece-me que a atribuição surge no processo penal como um verdadeiro pressuposto processual de validade da instância. Colocada a questão nestes termos, chega-se, de forma lógica, à conclusão de que *sua falta vicia a relação processual sem a impedir de nascer.* Dizendo de outra maneira: a relação processual existe, posto que

viciada pela falta de atribuição do órgão do Ministério Público.

Prosperando, conclui-se que a ausência de atribuição traz como consequência a *nulidade do processo* ou do ato processual, conforme o caso, desde que oficie no feito um promotor despedido de atribuição.

A colocação da matéria, da forma com que foi equacionada, apresenta algumas dificuldades, pois, do *elenco das nulidades* (art. 564 do C.P.P.), *não consta a falta da atribuição.* Porém, é preciso ter em mente que o princípio *nulla nullitas sine lege* não pode ser erigido à categoria de dogma. Com efeito, compulsando o aludido art. 564, constata-se que, ali, vem indicada como causa de nulidade a suspeição, omitindo-se, no entanto, o impedimento, causa, igualmente, grave de contaminação da instância penal. De maneira idêntica, aparece como causa de nulidade a incompetência, mas omite-se a falta de jurisdição, que é pressuposto de existência da relação processual.

É certo que se poderá argumentar que os pressupostos processuais de existência (e a falta de jurisdição é um deles) não precisariam, sequer, constar do elenco da lei, pois sem eles haveria um processo apenas na aparência, através de uma relação de fato entre os sujeitos, mas inexistindo uma relação jurídica.

De qualquer forma, pelo que ficou dito, chega-se à conclusão que *a enumeração constante do art. 564 da lei instrumental penal não exaure todos os casos de nulidade, partindo do princípio segundo o qual o Código, ao que parece, filiou-se, em matéria de nulidades, à corrente doutrinária, que, para fins práticos, equipara a nulidade à inexistência.*

Dessa maneira, se, na relação legal, houve omissão de casos de inexistência, poderia o Código, *a fortiori*, deixar de lado causas de nulidade do processo.

Daí não cogitar da atribuição.

Assim pensando, embora não prevista, expressamente, em lei (art. 564), a falta de atribuição do órgão do Ministério Público, nem por isso deixa de ser causa de nulidade.

9. A questão encontra solução mais fácil se vista por outro ângulo. De fato, o art. 564, II, do Código de Processo Penal, considera nulidade a ilegitimidade de parte. É fácil constatar que, muito embora não relacionada à falta de atribuição no casuismo das nulidades, ainda assim torna-se possível reconhecer o vício formal com base no dispositivo citado, tendo em vista que a ausência de atribuição conduz, necessariamente, à ilegitimidade de parte. Dito de outra forma: o órgão do Ministério Público despedido de atribuição é parte ilegítima *ad processum*.

Falta-lhe capacidade processual. Averbe-se que não se trata de ilegitimidade *ad causam*, pois, no caso, não há como falar em falta de qualidade do órgão do Estado atuante. De qualquer forma, seria o Estado, através do Ministério Público, que estaria em juízo promovendo a ação penal. Ao fazê-lo, no entanto, obrou de forma indevida, eivada de vício, que conduz à nulidade, mas não à carência de ação.

Ao conceituar a natureza jurídica da atribuição, estamos, quero crer, no campo dos pressupostos processuais. O tema, no meu entendimento, não atinge as condições da ação.

É certo que o juiz, ao conhecer da inicial, deverá apreciar, desde lo-

go, a questão. Como observa Tourinho, "em tema de rejeição da peça vestibular da ação penal, como a lei não diz se se trata apenas de *legitmatio ad causam*, ou, também, da *legitmatio ad processum*, uma ou outra poderá ser invocada".²

Satisfeita a condição processual, isto, regularizada a atribuição através da atuação do órgão do Ministério Público regularmente revestido daquele pressuposto processual, a ação penal poderá vir a ser intentada, nos exatos dizeres do art. 43, parágrafo único, do Código de Processo Penal.

Para usar a sofisticada linguagem de Carnelutti, poderia afirmar que a falta de atribuição contamina o oficial, mas não o ofício.³ É certo que o Mestre italiano faz referência ao problema da competência, mas, como ficou assentado, a comparação, no caso, é, perfeitamente, cabível.

Restará, ainda, à defesa, caso haja omissão da parte do magistrado, valer-se da exceção processual adequada, nos exatos termos do art. 95, IV, do Código de Processo Penal.

10. Posta a questão nestes termos, cumpre indagar: *a falta de atribuição importa em nulidade absoluta, ou admite sanatória?*

A resposta para a indagação só pode ser uma: cogita-se de *nulidade absoluta*, portanto argüível a todo o tempo, mesmo após a ocorrência da coisa julgada formal (arts. 564, II, c/c 572 do C.P.P.), incumbindo ao juiz, no momento em que a declarar,

² "Processo Penal", Fernando da Costa Tourinho Filho, 4ª edição, vol. 1, pág. 459, "Editora Jalevi", Bauru, São Paulo.

³ "Lezioni", vol. 2, pág. 333, *apud* "Instituições de Processo Penal", Heio Tornaghi, 2ª edição, vol. 1º, pág. 433, "Edição Saraiva", 1977.

estabelecer os exatos limites da sua extensão (art. 573, § 2.º, do C.P.P.).

Dependendo do caso concreto, a nulidade poderá atingir determinado ato processual, alguns atos processuais ou, ainda, importar em comprometimento de todo o processo.

Convém notar que a nulidade por ilegitimidade de parte, decorrente da falta de atribuição, tal como aqui vem sendo objeto de estudo, guarda relação com a ação penal pública, não abrangendo os casos de ação exclusivamente privada, pois, nesta, o Ministério Público oficia como fiscal da lei (art. 564, III, d, do C.P.P.). Abra-se exceção, no entanto, para as hipóteses de aditamento, pois, aí, como já tive a oportunidade de observar em estudo a respeito do tema,⁴ o Ministério Público assume papel de parte adjunta e, como tal, o órgão do Ministério Público que promover o aditamento deve estar revestido de atribuição. Caso contrário, seria parte ilegítima *ad processum*.

11. Tratamento diverso merece o promotor *ad hoc*, figura processual estranha, contemplada em nosso ordenamento processual (art. 448 do C.P.P.). Tenho para mim que nosso Código sofreu derrogação tácita com o advento da Constituição de 1946 (arts. 127 e 128), não só por tratar-se de lei posterior como também em razão do princípio da hierarquia das leis.

Hoje, por expressa determinação da Constituição, somente o órgão do Ministério Público integrante do Poder Executivo é que dispõe de legitimidade para agir no processo penal, não podendo ser substituído por pessoa estranha aos quadros do *Parquet*.

A Constituição em vigor (arts. 95 e 96) não discrepa da orientação tra-

çada pelo legislador constituinte de 46.

Em recente parecer a respeito da matéria, o Promotor de Justiça Marcio Klang⁵ analisou, com riqueza de detalhes, os diversos aspectos da teratológica figura do Promotor *ad hoc*, concluindo, igualmente, pela necessidade de seu banimento do nosso processo penal.

Para os fins do presente estudo, resta analisar, apenas, as consequências da intervenção do promotor *ad hoc* no processo penal. Entendo que a presença de pessoa não integrante dos quadros do *Parquet* no processo penal leva à ilegitimidade *ad causam*, importando em carência de ação e não em mera nulidade.

Para bom entendimento, faz-se mister estabelecer uma comparação com a jurisdição. Um símile grosseiro serve para ilustrar a posição doutrinária aqui defendida: suponha-se que uma pessoa estranha ao Judiciário, fazendo-se passar por juiz, preside audiências, prolate sentenças etc.

Pois bem: os atos praticados pelo falso juiz, na realidade, são inexistentes, pois existem, apenas, na aparência material ou externa. Perante nossa lei processual, no entanto, apresentam-se como atos nulos, tendo em vista que nosso direito positivo, como já assinalado, não distinguuiu, para fins práticos, nulidade e inexistência. A sanção processual será a nulidade dos atos praticados pelo falso magistrado, que, igualmente,

⁴ "A presença do Ministério Público na Ação Penal Privada", Sérgio Demoro Hamilton, in "Revista de Direito da Procuradoria-Geral da Justiça", nº 6, pág. 79/94, ns. 3 a 5a.

⁵ "Promotor *ad hoc*: praxe contra legem", Marcio Klang, in "Revista de Direito da Procuradoria-Geral da Justiça", nº 8, "Pareceres".

ficaria sujeito às penas do art. 328 da lei substantiva penal. Transpondo o exemplo para o Ministério Público, admita-se que uma pessoa estranha aos quadros do *Parquet* (como é o Promotor *ad hoc*), simulando pertencer ao Ministério Público, ofereça denúncia contra determinado réu. A relação processual, na hipótese, nem nasceria, pois viciada *ab initio*. Existiria, apenas, uma relação de fato entre pessoas, mas jamais uma relação jurídica. Haveria carência de ação por ilegitimidade da parte (art. 43, III, proêmio do C.P.P.).

Já se o fato ocorresse no curso de processo, inicialmente válido, o ato praticado pelo falso promotor (ou pelo promotor *ad hoc*) seria nulo com as eventuais consequências a que se refere o art. 573, § 1.º, da lei instrumental penal.

Na oportunidade, vale lembrar que, no caso do Promotor *ad hoc*, não se encontra em jogo mera questão de atribuição mas de falta de qualidade para estar em juízo.

12. Pelo que resultou dito, cumpre assinalar algumas consequências práticas decorrentes da falta de atribuição. Assim, sempre que determinado processo, por razão de competência, vier a ter seguimento em juízo diverso daquele em que teve início, cabe ao órgão do Ministério Público, com atribuição perante o juízo competente, ratificar os atos praticados por seu colega, desde que, entre eles, se encontre algum ato processual que importe em *opinio delicti*, como é o caso da denúncia. É evidente que os atos de instrução de que participou o Promotor, que oficiava no juízo incompetente, são válidos, já que, igualmente, válidos seriam os atos não decisórios praticados pelo juiz incom-

petente (art. 567 do C.P.P.). A analogia, no caso, tem inteiro cabimento. Anote-se, outrossim, que a regra do art. 567 da lei processual penal só merecerá aplicação em se tratando de incompetência relativa, pois, se absoluta, a nulidade atingirá a todos os atos do processo.

13. Merece observação o fato de que em caso de impedimento ou de suspeição do órgão do Ministério Público (arts. 112, 252/256 e 258 do C.P.P.), a substituição do Promotor *inhabilis* ou do Promotor *suspectus*, conforme o caso, far-se-á da maneira prevista na lei orgânica do Ministério Público respectivo ou, à falta de previsão legal, através de ato normativo do Procurador-Geral. Nunca, porém, ao alvedrio do juiz, sob pena de violar-se o princípio da atribuição legal, com a conseqüente nulidade do ato, que poderá, dependendo da hipótese, importar em comprometimento de todo o processo.

14. É necessário registrar que a falta de atribuição na fase do inquérito policial não importa em qualquer nulidade. Reveste-se do caráter de mera irregularidade que não deve projetar-se sobre o processo. Ao exemplo, para boa compreensão: suponha-se que determinado promotor seja designado para acompanhar um inquérito policial; sem se aperceber, outro promotor vem a officiar no procedimento, através da requisição de diligências. É evidente que os atos realizados em função da requisição do promotor despedido de atribuição são válidos, podendo, inclusive, servir de base para o oferecimento de denúncia. Não haverá, sob o aspecto processual, qualquer vício capaz de contaminar a instância penal. A indevida atuação do outro

órgão do Ministério Público apresenta-se como mera irregularidade, sem reflexos na relação processual penal. Desde que não havia, ainda, processo, seria destituído de sentido pretender arguir nulidade com base em irritualidade praticada em simples peça de informação de natureza administrativa e inquisitória.

Aliás, a falta de atribuição da autoridade policial, da mesma forma, não atinge o processo penal.

15. A atribuição, no processo penal, não tem recebido da doutrina

a devida atenção, talvez por ser assunto de interesse específico do Ministério Público.

Procurei demonstrar, neste breve esboço, que o tema atinge de perto o processo penal, podendo trazer consequências graves de natureza processual.

Ficam, por agora, alinhadas algumas idéias a respeito da matéria, aguardando a sugestão e o aprimoramento que os doutos possam trazer no objetivo do aperfeiçoamento do estudo de tema tão fascinante.

PENAS PECUNIÁRIAS

Silvio Teixeira Moreira

I — PENAS PECUNIÁRIAS

A) Introdução. Origens.

Como a quase totalidade dos institutos legais, a pena pecuniária remonta à mais distante antiguidade.

Na Bíblia Sagrada, e mais especificamente na Lei de Moisés (Êxodo, XXI e XXII e Levíticos, XXIV), aparecem preceitos e normas — as ditas “leis judiciais” — que deixam vislumbrar, sem dúvida, a pena pecuniária.

Evidente que tais cominações ou sanções têm o caráter de indenização, de composição das perdas e danos, semelhando reparação civil de nossos dias. Mas o caráter de punição (no caso de punição divina), a tonicidade penal, se eleva e se distingue inconfundível.

No capítulo XXI do Êxodo desponha a *lei do talião* (desenvolvida no Levítico, XXIV), expressão indissociável do período de vingança privada, da retaliação enfim. Nunca é demais notar que a *lei do talião* já se constitui numa proteção contra os apetites imoderados de vingança.

Por não se tratar de sanção pecuniária, abra-se um parêntese para uma citação do Gênesis, onde aparece clara a pena da “perda da paz”, realçada pela vingança absoluta:

“E Caim disse ao Senhor: A minha iniquidade é muito grande, para que eu mereça perdão. Eis que tu hoje me expulsas desta terra, e eu me esconderei da tua face, e serei vagabundo e fugitivo na terra; portanto, todo o que me achar, me matará. E o Senhor disse-lhe: Não será assim; mas qualquer que matar Caim, será castigado sete vezes mais. E o Senhor pôs um sinal em Caim, para que não o matasse ninguém que o encontrasse.” (Gên, IV, 13/15).

E mais adiante:

“E Lamech disse a suas mulheres, Ada e Sela:

Ouvi minha voz, mulheres de Lamech, escutai as minhas palavras: eu matei um homem por minha ferida, e um adolescente por minha contusão. Caim será vingado sete vezes, mas Lamech setenta vezes sete.” (Gên, IV, 23 e 24).

Fechando o parêntese.

A proteção que a lei do talião oferece está, exatamente, na proporção da pena com o mal causado: isto por isto, aquilo por aquilo, *tal por tal* (daí: talião), evitando os excessos de vingança.

“Se alguns homens renhirem, e um deles ferir uma mulher grávida, e for causa de que aborte, será obrigado a ressarcir o dano segundo o que pedir o marido da mulher, e os árbitros julgarem. Mas, se se seguir a morte dela, dará vida por vida. Olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé.” (Êxodo, XXI, 22/24.)

A tradução ora compulsada é a do Padre Matos Soares, Porto, ed. de 1952, tradução da “Vulgata”. A citação tem por objetivo situar e aproximar a pena corporal da pena pecuniária da lei mosaica. Muito se fala — e com razão e rigor científico — de outros direitos, como o germânico, onde floriram e ganharam corpo os pródromos da pena pecuniária. “Com olhos de ver”, poderemos encontrar esses “pródromos” também na Lei de Moisés, sobretudo nesses capítulos XXI e XXII do Êxodo, que se constituem de fragmentos antigos de leis, refletindo o fundamental de todos os Códigos do Antigo Oriente, onde a justiça repousa sobre a vingança privada.

Há outro texto do Êxodo em que o tradutor usa até a palavra *multa*:

“Se um boi ferir com as pontas um homem ou uma mulher, e morrerem, será apedrejado, e não se comerão as suas carnes; mas o dono do boi será (declarado) inocente. Mas, se o boi já marrava há algum tempo e o dono foi avisado, e não o guardou, e ele matar um homem ou uma mulher, o boi será apedrejado e o seu dono será morto. Porém, se se lhe im-

puser uma multa, dará pela sua vida tudo o que lhe for pedido. Se o boi ferir com as pontas um rapaz ou uma rapariga, o dono será sujeito à mesma sentença. Se acometer um escravo ou uma escrava, pagará ao dono trinta siclos de prata, e o boi será apedrejado.” (Êx, XXI, 28/32.)

É bom ressaltar que, na tradução do Centro Bíblico Católico (Ed. Ave Maria, 24.^a ed.), mais cuidada e mais moderna, a palavra é *quitação* e não *multa*.

Em outra parte, ainda na tradução de M. Soares:

“Se alguém roubar um boi ou uma ovelha, e os matar ou vender, restituirá cinco bois por um boi, e quatro ovelhas por uma ovelha. Se um ladrão for encontrado forçando a porta ou escavando a parede da casa, e, sendo ferido, morrer, aquele que o feriu não será réu de morte. Se, porém, fez isto depois de ter nascido o sol, cometeu um homicídio, e ele mesmo morrerá. Se (o ladrão) não tiver com que pague o furto, será vendido ele mesmo. Se aquilo que roubou for encontrado ainda vivo junto dele, quer seja um boi, quer seja um jumento, quer seja uma ovelha, restituirá o dobro.” (Êx, XXII, 1/4.)

Mais adiante:

“Se alguém confiar a um amigo, dinheiro ou qualquer objeto para guardar, e for roubado aquele que o recebeu; e se o ladrão se não encontrar, *digo*, e se o ladrão for encontrado, pagará o dobro. Se o ladrão se não encontrar, o dono da casa será obrigado a comparecer diante de Deus, e jurará que não estendeu a mão à coisa do seu próximo para o defraudar nem num boi, nem num jumento, nem numa ovelha, nem num vestido, nem em qualquer outra coisa que se

pérdesse; a causa de ambos se levará ante os juizes; e, se estes o condenarem, restituirá o dobro ao seu próximo.” (Êx, XXII, 7/8.)

Verifica-se que a multa, indenização pecuniária, sucede e substitui a pena corporal: “se se lhe impuser uma multa, dará pela sua vida...” A pena corporal substituindo a pecuniária: “se o ladrão não tiver com que pague o furto, será vendido ele mesmo.”

Uma indagação: se não se trata de pena, mas de mera quitação ou indenização, por que haverá restituição *em dobro* se o bem roubado for encontrado ainda vivo junto ao ladrão?

Referência a *siclos de prata*, um passo para a moeda, sem dúvida.

Pagamento em boi, ovelha (“pecus”, em latim, é rês e também rebanho; daí *pecúnia*) e em peso de ouro ou prata. Um siclo corresponde a 12 gramas atuais.

Não é demais esclarecer que a sanção tinha caráter indenizatório, típico de vingança privada. Não era, e nem podia ser, a pena pecuniária de nossos tempos, cuja essência se constitui num pagamento, a favor do Estado, de determinada soma em dinheiro, despida de qualquer idéia de indenização.

Caráter indenizatório, de reparação, sim. Mas de fundo penal. Pena capital até. Substituição da pena de morte, pena corporal, pela multa. Sanção.

Não somente para evitar prolixidade, como para obedecer ao tema proposto, evita-se a passagem demonstrada pelo direito germânico, sua vingança de sangue, a “compositio” (quando de lesões de interesses privados), quer privada, quer judicial.

O *Wergeld*, a *Busse*, o *Friedegeld* ou *Fredus*. Os dois primeiros, importâncias pagas às vítimas do delito ou seus familiares. Já o *Fredus* era a quantia paga ao Estado — *Chefe da Tribo* — em retribuição à proteção que era dada ao ofensor contra a vingança do ofendido ou de seus familiares. *Wergeld* = indenização. *Fredus* = espórtula. Firmada doutrinariamente a conclusão de que, entre os povos germânicos, a multa ou a indenização eram destituídas de caráter de pena. Mas isto em rigor doutrinário.

Para Saleilles (“Individualization de la peine”, 2.^a ed., Paris, 1909), a pena de multa tem a sua origem no *Fredus*. Acrescenta que a multa marca o nascimento da idéia de sanção na história da punibilidade.

Cuelo Calón nos conta:

“En Roma, además de las multas que el magistrado podía imponer por vía de coercición con fines de policía, existían verdaderas penas pecuniárias (vide Ferrini, Diritto Penale Romano, en la Enciclopedia de Pessina, 1.^o, pág. 161). Existió también la confiscación para ciertos delitos gravísimos, como la perduellio (vide Mommsen, El Derecho Penal Romano, 2.^o, pág. 447 y segts.) En el derecho germanico, además del *Wergeld* y de *Friedegeld* que no constituyen penas propiamente dichas, pues aquél era la reparación del daño del delito y éste era la compra de la protección social, existía una multa de carácter penal cuyo cobro correspondía al fisco por la violación del orden jurídico; esta pena pecuniaria recibió diversos nombres: en las distintas fuentes se la denominaba *wette*, *mulcta* y, más tarde, *bannus* (vide Del Giudice, en la Enciclopedia de Pessina, 1.^o, pág.

538 y segts.). Se aplicará en el derecho canónico especialmente a partir del siglo XI; también la confiscación de bienes se impuso especialmente a los herejes (vide Schiappoli, Diritto Penal Canónico, Enciclopedia de Pessina, 1.º, pág. 892 y segts.)." (DERECHO PENAL, Tomo I, 5.ª ed., Barcelona, 1940).

B) Conceito e tipos.

Hoje em dia a pena pecuniária universalmente conhecida é a multa. Existiu o confisco de bens, como pena pecuniária, totalmente aliado das legislações penais civilizadas.

A *ammenda* do direito penal italiano é a multa específica para as contravenções penais, não chegando a diferenciar-se ontologicamente da multa, como, aliás, não se distingue a contravenção do crime. É bem verdade que Carrara e Florian diferenciam a multa e a "*ammenda*", como nesta passagem de Carrara:

"Nasce do direito positivo dos vários povos a diferença entre a "*ammenda*" e a multa. Alguns acreditam deduzi-la da diversa natureza do facto punido; outros, da diversa destinação do dinheiro; outros, ainda, de factores vários. O novo Código de São Marino denominava multa aquela pena pecuniária que se infligia como sanção única e "*ammenda*" a que se impunha como acessória de outra pena." (PROGRAMA DO CURSO DE DIREITO CRIMINAL, Parte Geral, vol. II, Ed. Saraiva, S. P., 1957, § 688, pág. 136).

Ensina-nos Solér:

"La pena de multa consiste en la obligación de pagar una suma de dinero, impuesta por el juez. Es una verdadera pena, cuyo fin es herir al delincente en su patrimonio; en

consecuencia, el igual que las demás penas, es personal. Es inaceptable el pago de la multa por un tercero; no hay solidaridad entre varios obligados, ni puede heredar-se la obligación de pagarla. Si el autor del delito muere antes que la sentencia haya pasado en autoridad de cosa juzgada, queda extinta la acción penal; si muere después, y la multa no ha sido pagada o no lo ha sido totalmente, tal obligación queda extinguida, y no afecta a los herederos, según se desprende de la disposición del art. 70, CP, que autoriza la ejecución de los bienes propios del condenado, aun después de muerto, para el pago de las *inamniciones* pecuniarias inherentes a la pena. La multa no tiene ese carácter. Por otra parte, para que la multa se transforme en un crédito común sería preciso una disposición específica, ya que es evidente que, al hacerse efectiva contra los herederos, pierde su carácter de pena, pues no puede ser convertida en arresto. El fin del Estado al imponer una multa, no es de aumentar sus rentas o crearse una fuente de recursos, sino reprimir un delito en la persona de su autor." (Sebastian Solér, Derecho Penal Argentino, 4.ª ed., 1970, tomo II, § 67, pág. 385/386).

Em nossa doutrina penal, os ensinamentos de Solér encontram total ressonância.

Os autores conceituam a multa como pagamento a favor do Estado de uma soma em dinheiro, imposta a obrigação pelo juiz criminal.

Carrara, mestre inigualável, nos dá boa lição para bem conceituarmos a pena pecuniária e sua natureza:

"Convém ter presente que a pena pecuniária deve, na lei criminal, ser sempre despida de qualquer idéia de

indenização, bem como diferenciá-la desta. Tal distinção não é apenas tecnológica; ela influi sobre as consequências jurídicas da passagem em desfavor dos herdeiros, da solidariedade, e da responsabilidade de terceiros — coisas, todas essas, que se podem admitir quando uma "*ammenda*", impropriamente chamada pena, não seja em substância senão uma reparação do dano. Repugnam elas à multa irrogada como verdadeira pena, uma vez que, embora pecuniária, não deve esta deixar de ser pessoal." (Op. cit., § 693, pág. 145).

As vezes se torna difícil distinguir a pena de multa de outras sanções pecuniárias, civis, administrativas. Isto é, quando a multa terá o carácter penal.

O entendimento dominante é de que somente a multa penal poderá ser convertida em prisão, no caso de não-pagamento. É o que se chama de *conversão*, prevista no art. 38 do vigente Código Penal brasileiro.

A essência da sanção penal reside na possibilidade de sua conversão em pena detentiva, caso não seja paga.

Este o ensinamento, também, de SABATINI:

"La loro essenza di sanzioni penali, cioè a carattere personale, reside nella possibilità della loro conversione in pene detentive, nel caso di mancato pagamento, mentre questa possibilità non hanno le altre sanzioni pecuniarie, civile, amministrative e disciplinari, dette genericamente multe, penali, pene pecuniarie, o..." (Instituzioni de Diritto Penale, vol. I, 2.ª ed., Roma, 1935).

Cuidando da multa penal e da multa administrativa, Solér tece comentários interessantes, dizendo que não somente se trata de diferen-

ciar multas do *Código Penal* das multas administrativas. É alerta para o facto de que, dentro das multas administrativas, há algumas que revestem carácter penal e outras que não têm senão significado fiscal. Umas estão fundadas em simples atraso de pagamento e constituem uma indenização ao Estado enquanto *fisco*. Diferente o caso quando o Estado entra em jogo como poder. Lembra ele o facto de não pagar imposto e o de apresentar uma declaração falsa. O primeiro pode dar lugar ao pagamento de uma multa fiscal não conversível ("*recargo compensatorio*"); o outro pode ser castigado inclusive com prisão, embora possa sê-lo só com multa.

E lembra:

"Mas no direito administrativo pode haver uma outra classe de multas que não têm carácter financeiro, porque derivam do poder mesmo de polícia, em virtude do qual se prevêem infrações do mais variado género. Este tipo de sanções é também de carácter penal" (op. cit., pág. 391).

II — O PROBLEMA DO QUANTUM DAS PENAS PECUNIÁRIAS E O CRITÉRIO PARA A SUA FIXAÇÃO

Aos doutrinadores não passou despercebido o perigo de a multa ser uma pena gravemente desigual, segundo as condições de fortuna do condenado. Valores que para um operário podem parecer altíssimos, para um milionário são irrisórios.

Leciona Solér que, para evitar este inconveniente, foram propostos diversos sistemas, devendo destacar-se o de Thyren, pelo qual o juiz fixa, segundo a condição de cada sujeito, o montante diário de multa que corresponde a cada um. Assim, dois su-

jeitos, em igualdade de situação, um porém pobre e outro rico, serão condenados à mesma quantidade de *dias-multa*, mas o *dia-multa* é diferente para cada um. Refere ele que tal sistema foi adotado no Código Penal de 1960, na Argentina. Desnecessário dizer que Solér foi grande defensor deste sistema, incluindo-o no seu Anteprojeto de Código Penal argentino.

Conforme Cuelo Calón, o *dia-multa* nos vem do direito sueco, sacramentado pela Lei de 24.9.1931.

Acrescente-se, desde já, que o nosso Código Penal de 1969, ainda não vigente, também adota o *dia-multa*. Sistema adotado na Lei Anti-Tóxico, Lei 6.368/77, da qual se falará quando do estudo de Direito Comparado.

Damásio de Jesus, no seu cuidadoso e moderno livro "Direito Penal", trata dos critérios dos Códigos quanto à cominação das penas de multa:

"a) parte alíquota do patrimônio do agente: leva em conta o patrimônio do réu — estabelece uma percentagem sobre os bens do condenado;

b) renda: a multa deve ser proporcional à renda do condenado;

c) *dia-multa*: leva em conta o rendimento do condenado durante um mês ou um ano, dividindo-se o montante por 30 ou 365 dias: o resultado equivale ao *dia-multa*;

d) cominação abstrata da multa: deixa ao legislador a fixação do mínimo e do máximo da pena pecuniária."

A fixação da pena pressupõe, sempre, a prévia cominação legal.

"Na fixação da pena de multa, o juiz deve atender, principalmente, à situação econômica do réu."

"A multa pode ser aumentada até o triplo, se o juiz considera que, em virtude da situação econômica do réu, é ineficaz, embora aplicada no máximo."

São normas de nosso direito positivo vigente, estampadas no art. 43 do Código Penal, que adota o 4.º critério entre os acima expostos, ou seja, o da cominação abstrata da multa, partindo-se de um mínimo até um máximo, limites entre os quais se fixará o juiz, atendida, principalmente, a situação econômica do réu.

As multas, em nosso Código Penal, vieram sofrendo aviltamento galopante, o que as tornava ineficazes, mesmo quando aplicadas no máximo ou, até, no triplo. Tínhamos, e ainda temos por força do princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa, penas de Cr\$ 0,10 (dez centavos). Para o roubo, a pena de multa era de Cr\$ 3,00 a Cr\$ 15,00. No ano de 1940 eram, por certo, penas consideráveis.

Com o advento da Lei 6.416/77, tais valores foram multiplicados por 2.000, reajustando-se, substancialmente, as importâncias das multas. Mas, com isso, tornou-se onerosíssima a pena. O multiplicador 2.000 obriga o juiz a fixar a pena em valores muito acima de Cr\$ 1.000,00, mesmo que o réu tenha situação econômica precária. Assim, haverá multas mínimas de Cr\$ 3.000,00, quando o nosso salário mínimo é de Cr\$ 1.560,00.

Ora, o Código Penal de 1969 edita:

"A pena de multa consiste no pagamento, ao Tesouro Nacional, de uma soma de dinheiro, que é fixada em dias-multa. Seu montante é, no mínimo, um dia-multa e, no máximo, 365 dias-multa" (art. 44).

Se se legislou para o futuro, se havia um código promulgado (apenas com sua vigência suspensa), nada justificava que o legislador, ao editar a Lei 6.416/77, tivesse elevado, tanto assim, os valores das multas do Código de 1940.

Um adendo final, quanto à fixação da multa. Dado o seu aviltamento, em termos de *quantum*, e talvez por outras razões, a verdade é que a doutrina pouco fala dos critérios para a fixação da multa. A jurisprudência pouco tem versado o assunto. Os juizes limitam-se, quase, ao chavão: "atendendo à norma do art. 43 do C. Penal, fixo a multa em...", talvez porque a imposição da multa fosse quase ineficaz.

Se é verdade que o desuso não revoga a norma, também não se olvida que a ausência de eficácia (irmã gêmea do desuso) do instrumental normativo relega o instituto correspondente a um hermetismo quase sepulcral.

Espera-se que, com o advento da Lei 6.416/77 e a exagerada atualização do valor da multa, ou mesmo com sua justa atualização em lei posterior, bem como com a vigência do novo código, o instituto da pena de multa volte a ser debatido nos Tribunais, reconquistando seu valor e prestígio, em termos de debates judiciais e doutrinários. Pois, de sua crescente importância ninguém mais duvida, como se dirá, a seguir.

III — A CRESCENTE IMPORTÂNCIA DA PENA PECUNIÁRIA NO DIREITO PENAL MODERNO

Afirma Basileu Garcia que o nosso vigente Direito coloca a pena de multa em merecido realce, cominando-a largamente.

"Inspira-se o legislador na teoria de Romagnosi sobre o impulso e o contra-impulso criminosos, pois não se esquece de ameaçar de multa as infrações motivadas pela cobiça, pela tentação do dinheiro." (Instituições de Direito Penal, 3.ª ed., 1956, vol. I, Tomo II, pág. 443/444.)

A pena de multa, efetivamente, tem tomado vulto e assumido crescente importância no direito penal moderno.

Tal prestígio é decorrente das desvantagens que as penas privativas de liberdade apresentam. Embora estas "ofereçam a vantagem de afastar o condenado do meio onde praticou o crime e onde pode voltar a delinquir, e sirvam também para pôr em reclusão o criminoso e assim poder aplicar-lhe o tratamento recuperador, por outro lado, porém, despertam uma série de problemas que a penologia tem procurado em vão resolver ou atenuar, como os das relações do condenado com a família, da convivência, do trabalho, da vida sexual, do regime prisional, tudo inspirado no propósito de recuperação social do delinqüente.

As dificuldades de solução desses problemas puseram em crise o emprego das penas privativas de liberdade, impelindo a penologia para novos rumos. Essa crise das penas detentivas foi agravada ainda pelo problema das penas curtas, que conduzem o condenado ao cárcere, mas por um lapso de tempo que não permite uma ação eficaz do tratamento penal sobre ele, antes o impelem, pela sugestão do ambiente e a convivência deletéria de criminosos mais endurecidos no crime, a persistir na tentação criminosa e aperfeiçoar-se nos seus recursos para as práticas da de-

linquência." (ENCICLOPÉDIA MIRA-DOR, pág. 8.742, vol. 16, verbete "PENNA", a cargo de Anibal Bruno e Raimundo Faoro).

Se a solução é procurada nos estabelecimentos penais abertos — regime de semiliberdade e autodomínio em que vive o condenado, contido pelo compromisso e o senso de responsabilidade — ou no regime das prisões-albergues, volta-se, também, para a pena de multa como substitutiva de penas de curta duração.

Outra grande vantagem que a torna mais oportuna é a sua qualidade de adequar-se mais perfeitamente aos delitos cometidos com fim de lucro.

Ainda: pode fracionar-se em todos os tamanhos, tornando mais adequada a sua imposição.

Os doutrinadores afirmam ser a pena de multa mais aflictiva que a privação da liberdade, dizem-na mais flexível e, por isso, mais permeável ao princípio da individualização da pena; asseveram-na menos degradante que a segregação e sem as nefastas conseqüências desta; preconizam-na como mais econômica para o Estado que, ao invés de dispendir grandes somas no sustento dos internos, recebe pagamento dos condenados.

Não mais se poderá argüir contra a pena de multa o seu aviltamento, pois o dia-multa a corrige sempre.

"Além de ser facilmente individualizável, é aflictiva. Se por vezes se verifica ser o condenado indiferente aos efeitos da prisão, acontecendo mesmo habituar-se ao cárcere, nunca se acostuma a pagar ao Estado somas em dinheiro" (Basileu Garcia, op. cit., pág. 443).

IV — DIREITO COMPARADO

A) Nosso Direito

Dispensamo-nos de tecer considerações quanto à pena de multa nas Ordenações (Livro V), onde figurava como pena principal e acessória.

Com o advento do Código de 1830, passou ela a ser tratada nos artigos 55, 56 e 57 daquele diploma.

O "quantum" era regulado "pelo que os condenados puderem haver em dia, pelos seus bens, empregos, ou indústria, quando a lei especificadamente não designar de outro modo" (art. 55). Se não paga até o 8.º dia, o condenado era recolhido à prisão, "de que não sairão sem que as paguem" (art. 56). Se os condenados não tivessem meios para pagar as multas, seriam condenados em tanto tempo de prisão com trabalho quanto necessário para ganharem a importância delas (art. 57).

O Código Penal de 1890 traçou normas nos artigos 58 e 59, repetindo as de 1830, possibilitando, no § único do art. 59, o pagamento ou fiança, inclusive por terceiro.

O nosso Código de 1940 contém normas mais abrangentes e pormenorizadas, com relação à multa. Define-a no artigo 35, depois de classificá-la como pena principal ao lado da de reclusão e detenção (art. 28, III). Deverá ser paga dentro em dez dias, depois de transitada em julgado a sentença, prorrogável o prazo até 3 meses (art. 36). Inclusive poderá ser parcelado o pagamento, se superior a quinhentos cruzeiros (hoje seria Cr\$ 0,50?). Em caso de insolvência (que é a relativa) é cobrada mediante desconto de quarta parte da remuneração do condenado (faz o artigo

37 remissão ao art. 29, § 1.º). Haverá desconto em folha de pagamento, se o condenado cumpre a pena ou obtém livramento condicional, sem o pagamento da multa (art. 37, § 1.º). O mesmo acontecerá nos casos de "sursis" ou de imposição exclusiva da pena de multa. Mas o parágrafo 3.º é bem claro:

"O desconto não deve incidir sobre os recursos indispensáveis à manutenção do condenado e de sua família."

Aqui encontramos o conceito de insolvência absoluta, o qual terá enorme aplicação nos casos de conversão da pena de multa em detenção.

"A multa converte-se em detenção, quando o condenado reincidente deixa de pagá-la ou o condenado solvente frustra a sua cobrança" (art. 38).

Já o § único do art. 38 dá o critério para a conversão: dez mil réis por dia (Cr\$ 0,01, hoje) até o máximo de um ano, não podendo ser ultrapassado o mínimo da pena privativa de liberdade.

Estabelece o art. 39 que a pena de multa não se executa se o condenado é absolutamente insolvente, procedendo-se à execução tão logo sua situação econômica venha a permiti-lo.

Mas, com o insolvente reincidente não se tem contemplação (art. 39, § único): a multa é convertida em detenção.

Conversão sem efeito se, a qualquer tempo, o condenado paga a multa ou lhe assegura o pagamento mediante caução real ou fidejussória (art. 40).

Termina o art. 41 por determinar a suspensão da execução da multa, se

sobrevém doença mental ao condenado.

O Código de 1940 teve, como já dito, multiplicados os valores de suas multas pelo fator 2.000 por 1, na forma da Lei 6.416/77, em seu último artigo.

O Código de 1969 (com suas modificações posteriores) oferece substancial modificação no tratamento da multa, como já salientamos. O padrão de multa é o *dia-multa*. Fixado segundo o prudente arbítrio do juiz. Menor unidade: 1 (um) dia-multa. Maior: 365. Não pode ser menor do que 1/30 do salário mínimo, nem superior a 1/3. Maior salário mínimo à época do fato criminoso.

Outra grande inovação aparece no artigo 45:

"Quando um crime é praticado com o fim de lucro, ou por cupidez, deve ser aplicada a pena de multa, ainda que não esteja expressamente cominada. Em tal caso, a multa não poderá exceder de 100 dias-multa."

O art. 46 faculta a substituição das penas de detenção, não superiores a 6 meses, por multa, "desde que o condenado seja primário, de escassa ou nenhuma periculosidade e tenha realizado, salvo impossibilidade econômica, a reparação do dano antes da sentença, se é de esperar que a multa baste para servir de advertência. Na conversão, a cada dia de detenção corresponderá um dia-multa".

O parágrafo único deste artigo traz importante inovação:

"A pena de detenção, em crime de ação penal privada, poderá ser substituída pela de multa, para o encerramento do processo, nas condições fixadas pela lei processual penal."

Cuida o art. 47 da facilitação do pagamento. O art. 48 trata do paga-

mento com prestação de trabalho livre. Admite o art. 49 o desconto na remuneração do trabalho penal. O art. 50 trata da conversão, que é feita quando o condenado solvente frustra o pagamento.

Não mais se refere a lei ao reincidente, a quem o Código de 1940 trata com rigor, em termos de conversão.

O critério para a conversão é: 1 dia-multa corresponde a 1 dia de detenção, não podendo exceder de um ano, nem o mínimo da pena privativa de liberdade (art. 50, § 1.º).

Se sobrevém doença, suspende-se a execução da pena de multa (art. 51).

Anote-se que o vigente código de 1940 "alterou, profundamente, o regime da multa, provendo à sua exequibilidade, à sua eficácia e à sua equidade", na lição de Roberto Lyra (Coment., vol. II, arts. 28 a 74, 2.ª ed., Forense, 1958).

Aceitou o critério do paralelismo ou da cumulação, negando acolhida ao da previsão autônoma. Ora com o objetivo de abrandar a penalidade. Ora com finalidade expiatória, como nos delitos patrimoniais, reveladores de cupidez. A pena de multa só não aparece, praticamente, nos delitos contra a vida.

Ainda algumas considerações de Direito comparado pátrio.

Bom lembrar que a fiança é aplicada no pagamento da multa, se há condenação:

"O dinheiro ou objeto dados como fiança ficarão sujeitos ao pagamento das custas, da indenização do dano e da multa, se o réu for condenado" (art. 336 do Código de Processo Penal).

Questão importante de aplicação da lei no tempo é o caso da Lei 6.368/77 em relação à Lei 5.726/71, ambas reprimindo delitos de entorpecentes.

A Lei 6.368/77 modifica as penas para o usuário do entorpecente, dando-lhe tratamento diverso do dispensado ao traficante. A multa é de 20 a 50 dias-multa. O valor montante do dia-multa é de Cr\$ 25,00, no mínimo, e Cr\$ 250,00, no máximo, ao prudente arbítrio do juiz. A cominação da Lei n.º 5.726/71 era bem maior: multa de 50 a 100 salários mínimos vigentes à época do fato.

No juízo da Vara de Execuções Criminais, tem-se feito, a requerimento do condenado, a "adequação" à lei nova e mais branda, transformado-se a pena anterior em dias-multa, observados os critérios da sentença condenatória.

Questão interessante surgiu com o advento da Lei 6.205/75. Dita lei "estabelece a descaracterização do salário mínimo como fator de correção monetária, e acrescenta parágrafo único ao art. 1.º da Lei 6.147, de 29 de novembro de 1974".

E diz o seu artigo 1.º:

"Os valores monetários fixados com base no salário mínimo não serão considerados para quaisquer fins de direito."

Expressão assim tão ampla, sem ressalva expressa das multas da lei penal (onde se tomava o salário mínimo como base, *v. g.*, Lei 5.726/71 já referida), não podia passar em brancas nuvens. Houve, assim, quem sustentasse que teria deixado de existir a multa (melhor: a pena de multa) quando cominada em salários mínimos.

Os que defendem o ponto de vista da inaplicabilidade da multa argu-

mentam nos estritos termos do artigo referido e que parece claro.

Já os que julgam não ter sido revogada a multa cominada em salários mínimos invocam argumentos de ordem de processo legislativo, como o de que a Lei 6.205 não foi "referendada" pelo Ministro da Justiça, só o fazendo o Ministro do Trabalho. A "referendação" é ato que compete ao Ministro e vem referida no art. 85, I, da Constituição. Ela se opera através da "contrafirma", que seria a assinatura aposta pelo Ministro, junto com o Presidente da República, ao pé do ato ou do decreto. O ato só valeria, em relação à área do Ministério, se referendado.

Essa argumentação, por mim aqui mal exposta, é apresentada no acórdão estampado na página 225 do volume 14 da Revista de Jurisprudência (ATA) do Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro, cuja ementa é a seguinte: "A Lei n.º 6.205/1975 não tem aplicação em matéria penal." (Ap. 13.811, 1.ª Câmara Criminal do T. Alçada do Antigo Estado da Guanabara).

Continua o relator dizendo que "os aspectos que se notam, na legislação invocada, são unicamente os *sociais e econômicos*. Aliás, num dos vetos ao projeto da Lei n.º 6.205 está escrito que se deseja evitar que a fixação do salário mínimo tivesse repercussões gerais sobre a atividade econômica, as leis sociais e a vida dos cidadãos".

Já um pouco à frente, o eminente relator trai a sua insegurança, quando diz:

"O máximo que se poderia admitir, no sismico tema em exame, é uma redução da pena pecuniária e não sua abolição pela Lei n.º 6.205, que não

foi contrariada pela recomendação executiva do Dec. n.º 75.704."

A matéria é polêmica e não cabe tomar partido. Estamos a referi-la, para mostrar como é que se tem legislado atualmente. Esquece-se o legislador bissexto de que o Direito positivo é um sistema, no qual se deve mexer com cautela para não gerar bloqueios e curtos-circuitos de consequências catastróficas, como a possível abolição da pena de multa em delito da importância das envolvendo tóxicos.

O argumento da "contrafirma" não funciona, pois o que a Constituição diz é que cabe ao Ministro referendar os *atos e decretos* assinados pelo Presidente.

Se se tratasse de um *decreto*, talvez sim. Mas, está-se diante de uma *Lei* ("Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei").

Já o voto vencido, na mesma Apelação 13.811, é categórico:

"Votei vencido, *data venia* da d. maioria, apenas quanto à aplicação da pena de multa, porque "em salários mínimos", e, assim, entendo que a mesma é inaplicável, a partir da Lei 6.205, de 29.4.75, conforme o Acórdão pioneiro da Segunda Câmara Criminal — Apelação Criminal n.º 12.138 — de que foi relator o eminente Juiz Luciano Belém." (Juiz Orlando Leal Carneiro).

A questão voltará a ser discutida, por certo, quando entrar em vigor o Código de 1969, que se refere a "salário mínimo". Agora perdeu flagrância, pois a Lei 5.726/71 foi revogada pela de n.º 6.368/75, que não se vincula a "salário mínimo".

Aí está um bom tema, para estudos do princípio da legalidade. "Nul- la poena..."

B) No Direito alienígena

Há legislações em que inexiste a pena pecuniária, como é o caso do Código Penal da *Austria*, onde se cuida apenas do ressarcimento (Cap. II, § 42).

O Código Penal da *França* preceitua em seu art. 9.º:

"art. 9. Les peines en matière correctionnelle sont:

1.º — L'emprisonnement à temps dans un lieu de correction;

2.º — L'interdiction à temps de droits civiques, civils ou de famille;

3.º — *L'amende*." (grifo nosso)

Admite-se também o confisco (arts. 37 e 38), nos casos onde houver condenação por crime contra a segurança exterior do Estado. Os artigos 41, 52, 53, 55, 58 e 69 completam a disciplina adotada para a fixação e a execução da pena de multa. Permite-se a execução da pena pela via da constrição corporal, isto é, a prisão do devedor faltoso (art. 52).

O Código Penal belga, dentre as penas, refere também a multa e o confisco. Adota o princípio do paralelismo. Nos artigos 38, 39, 40 e 41, estão estampadas as normas que determinam a forma de execução e o modo de fixação da multa.

No Código Penal argentino aparece ela, já como pena adicional (art. 22, "bis", do C.P.), já como pena conjunta com a inabilitação e já como pena principal. "Solo pocas veces la hallamos como pena alternativa, con respecto a una privativa de libertad." (Solér, op. cit., pág. 386). Os limites gerais da pena de multa não

estão expressamente fixados na parte geral do Código. O limite superior é fixado, digo, é indeterminado, pois algumas disposições da parte especial o fazem depender do total do dano pecuniário causado pelo delito (art. 262 C.P.). Convertida uma multa, não pode transformar-se em pena de prisão acima de um ano (art. 21). Se o crime é praticado com ânimo de lucro, poderá acrescentar-se à pena privativa da liberdade uma de multa, mesmo quando não especialmente prevista, ou prevista em forma alternativa com aquela. Caso não esteja prevista a multa, esta não poderá exceder de 150.000 pesos (art. 22, "bis").

A multa deve ser paga com dinheiro e não com prisão. É lei expressa.

"La conversión de la multa en prisión es el último recurso. Antes que convertida, el juez debe hacerla efectiva; de manera que la negativa o la simple abstención de pagar no son bastantes para determinar automáticamente la conversión; si el condenado tiene bienes de fortuna, el juez debe procurar el cobro; no existe el *derecho* de optar por el arresto" (Solér, op. cit., pág. 388).

Há o pagamento pelo trabalho livre, "una prestación de obra a favor del Estado". A lei não dispõe a proporção em que deve descontar-se a multa paga com trabalho. Mas, é evidente, ainda na lição de Solér, que não se pode fazer um cálculo mais favorável que o que corresponde à prisão, quer dizer, a diária não pode avaliar-se em mais de 2.000 pesos.

No Código Penal alemão, a pena de multa encontra tratamento bastante amplo e cuidadoso. A parte geral do C.P. alemão entrou em vigor a partir de 1.10.73. Os dispositivos referentes à multa estão nos pará-

grafos 40 e seguinte (tenho em mãos a tradução feita por Lauro de Almeida, Ed. da Univ. de S. Paulo, 1974, onde se fala em *capítulo* e não em *parágrafo*, como era da sistemática do C.P. alemão). Já no Código anterior à nova vigência, a matéria era versada nos parágrafos 27 e seguintes. Neste, a cominação da multa se dava em marcos alemães. No novo, é imposta em dias-multa. Fixa-se o dia-multa, tendo em consideração as condições pessoais e econômicas do agente. Um dia-multa corresponde a 2 marcos, no mínimo, e a 1.000 marcos alemães, no máximo. O art. 41 (ou § 41) edita norma semelhante ao nosso art. 45 (delito praticado com fim de lucro). O § 42 trata da facilitação do pagamento parcelado, ou concessão de prazo. O 43 acolhe a conversão da multa não paga. Um dia de prisão corresponde a um dia-multa. O mínimo de uma prisão substituta é um dia.

Finalizando essa breve incursão pelo Direito alienígena, cabe lembrar o C.P. peruano, que fixa multa proporcional à renda do condenado:

"Art. 20 — Cuando la ley no disponga especialmente otra cosa, la pena de multa no será inferior a la renta probable del condenado em dos dias ni mayor de la de tres meses. Se considerará como renta lo que obtuviere en condenado cada dia por bien, empleo, industria o trabajo. Quando el condenado sien bienes, empleo o industria no ganase tampoco salario, se considerará como renta el salario normal."

V — CONCLUSÃO

Se a pena de multa visasse a recuperação do condenado, é evidente que dela deveríamos descrever todos nós.

Mas, quer seja ela encarada no aspecto de retribuição, como sobretudo no de prevenção geral e individual, atinge mais que satisfatoriamente seus objetivos. O homem é avaro de tudo que é *seu*. Não abre mão de nada. A perda de dinheiro em favor do Estado representa uma ameaça indesejável. Lembrem-se os expedientes do contribuinte para não pagar os impostos. A sonegação é uma tendência se não irresistível, pelo menos tentadora.

É aí que aparece a pena de multa, com todas as suas vantagens sobre a privativa de liberdade, alertando o infrator.

Indiretamente, concorre a multa para a recuperação do delinquente. Ou melhor, evita que o delinquente, em penas detentivas de curta duração, vá ter ao deletério convívio carcerário.

Nos delitos praticados com fim de lucro, ou por cupidez, aparece a multa, tanto como prevenção geral e individual, como a título de retribuição do mal com mal igual.

Em suma. Somos do entender que a multa está fadada a alcançar, cada vez mais, lugar de relevo entre as penas, já que apresenta ela muito mais vantagens do que desvantagens, o que, normalmente, não acontece com as penas privativas de liberdade.

HABEAS CORPUS: Competência *ratione personae* e informações ineptas

Antonio Carlos Barandier

1. Praxe policial. Ineficácia do habeas corpus.
2. Moderna hermenêutica. As leis devem ser previamente interpretadas.
3. O princípio do juiz natural. Informações insuficientes.
4. Ato administrativo inexistente e a aplicabilidade da competência *ratione personae*.
5. Função do Poder Judiciário.

1. No Rio de Janeiro, desde o tempo do extinto Estado da Guanabara, tornou-se praxe das autoridades policiais, quando impetrado *habeas corpus* em favor das pessoas presas ou detidas, fora das hipóteses admitidas em lei, informar ao juiz que o paciente "está à disposição do Sr. Secretário de Segurança".

Recebendo as informações, o juiz da instância *a quo*, fundado, sobretudo, no art. 112, VIII, *e*, da Constituição do atual Estado do Rio,¹ e no art. 650, II, do Código de Processo Penal,² não conhece do pedido, declinando da competência para a apreciação do *writ*.

Na prática, tal situação obriga o impetrante, entre novo *h.c.* dirigido ao Tribunal de Justiça, onde será processado e julgado por uma das Câmaras Criminais, e a tortuosa caminhada do recurso em sentido estrito

¹ "Compete ao Tribunal de Justiça: VIII — processar e julgar originariamente:

e) os *habeas corpus* nos processos cujos recursos forem de sua competência, ou quando o coator ou paciente for autoridade diretamente sujeita à sua jurisdição, ou quando houver perigo de se consumar a violência antes que outro juiz ou tribunal possa conhecer o pedido;"

Preceitua, por seu turno, o art. 26 do Código de Organização Judiciária fluminense:

"As câmaras criminais isoladas compete, quando não for caso da expressa competência do Tribunal de Alçada Criminal:

I — julgar:

a) originariamente, os *habeas corpus*, se o constrangimento ou ameaça provier de ato de Secretário de Estado, do Prefeito da Capital, do Procurador-Geral da Justiça e de juizes;"

² "Competirá conhecer, originariamente, do pedido de *habeas corpus*:

II, aos Tribunais de Apelação, sempre que os atos de violência ou coação forem atribuídos a governadores, ou interventores, dos Estados ou Territórios e ao prefeito do Distrito Federal, ou a seus secretários, ou aos chefes de polícia".

(art. 581, II e X, da lei instrumental), a optar pela primeira alternativa.³

Assim, prolongam-se prisões manifestamente ilegais, cujo objetivo, quase sempre, é o de propiciar a obtenção de informações ou declarações do detento, sob inadmissível constrangimento.

O tempo decorrido, de qualquer forma, torna ineficaz o *writ of habeas corpus*, comumente prejudicado pela circunstância de o paciente "não se encontrar recolhido", ou "ter cessado a coação", sem falar na decretação da custódia preventiva, superveniente à impetração, pelo juiz da instância inferior, em atendimento a requerimento da autoridade que se apresentava como simples carcereiro.

De logo, constata-se rematado disparate: o juiz competente para prender, processar e julgar, não o é para conhecer do *habeas corpus*, da prisão atinente a procedimento do qual seria o juiz natural, a autoridade competente à qual dever-se-ia, em razão do fato punível em tese, ser comunicada, imediatamente, a detenção.⁴

Ademais, a informação em causa, sobre ser extremamente sucinta e inepta, denuncia evidente prisão clandestina, resultando gritante a sua ilegalidade.

Com efeito, nos termos por demais claros do art. 153, § 12, da vigente Carta Magna, a detenção de qualquer pessoa só poderá ocorrer em *flagrante delito* ou *por ordem escrita da autoridade competente*.

Ressalte-se que, dentro dos limites do presente trabalho, não abordaremos os casos da prisão como sanção disciplinar, a exemplo das ditas pela conveniência das organizações castrenses, ou coercitiva, como a civil do depositário infiel.⁵

Na realidade, diante de tais informações, defronta-se o magistrado da instância inferior com mero expediente tendencioso, sendo de sua competência, rigorosamente, o conhecimento do *habeas corpus*.

2. A luz da moderna hermenêutica, o exame de um preceito envolve o de outro ou de outros da mesma ou diversas leis, conjugando-se a intenção do legislador com a vontade do texto, possibilitando, assim, obedecida a hierarquia legal, o completo alcance do próprio ordenamento jurídico.

Nas federações, como a dos Estados Unidos da América e a do Brasil, a escala é quádrupla nos graus de legislação: A Constituição Federal, as leis federais, as Constituições dos Estados e as leis destes. A hierarquia legal decorre dessa sucessão. Assim, estabelecido o conflito entre a primeira e qualquer das outras três, entre a segunda e as duas seguintes, ou, finalmente, entre a terceira e a quarta, a precedência está assegurada na gradação.⁶

Por outro lado, consoante o magistério de Alípio Silveira, as leis, para serem aplicadas, devem ser pre-

³ Os excelentes advogados cariocas, Tércio Lins e Silva e Arthur Lavigne, diante de tal situação, por telegrama, impetraram *habeas corpus* ao Superior Tribunal Militar, sustentando que, no caso, só poderia haver prisão baseada, *indevidamente*, na Lei de Segurança. Em face do pedido de informações, o paciente foi solto.

A Lei de Segurança Nacional (Dec. nº 898/69) admite, durante as investigações policiais, pelo *Encarregado do Inquérito*, até trinta dias, a prisão do indiciado, podendo o prazo ser prorrogado uma vez (art. 59). Determina, porém, a comunicação à autoridade judiciária.

⁴ Art. 153, § 12, da Constituição Federal.

⁵ Art. 153, §§ 17 e 20 da Constituição. Evidentemente que mesmo em se tratando de prisão disciplinar, caberá *h.c.*, quando decorrente de ato de quem não é competente para aplicá-la, bem como nas hipóteses de manifesta ilegalidade ou impropriedade.

⁶ Rizzio Barandier — *Revista Forense*, vol. XCVII — 1944, pág. 486.

viamente interpretadas, não importando que seja claro ou obscuro o seu texto.⁷ O *In claris cessat interpretatio* remonta ao passado, efetivamente, repudiado pelos princípios norteadores da melhor aplicação do direito.

Em notável sentença, prolatada em 1948, o então juiz Frederico Marques, analisando o art. 101, I, *h*, da Constituição de 1946, correspondente ao art. 119, I, *h*, da vigente Lei Fundamental, doutrinava:

"O artigo e o texto constitucional acima aludido não pode ser analisado isoladamente, devendo, ao revés, sofrer confronto, segundo as regras da boa hermenêutica, com outras normas também constitucionais. O método sistemático, hoje imperante na dogmática jurídica, prescreve essa diretriz, visto que os diplomas legais não se apresentam como conglomerados caóticos, e sim, como conjunto harmônico de preceitos subordinados a um plano geral preestabelecido".⁸

Do exposto, os preceitos do art. 650, II, do Cód. de Proc. Penal e o art. 112, VIII, *e*, da Constituição do Estado, aparentemente claros, não podem deixar de ser confrontados, na hipótese, em elementar operação, com os da Constituição Federal, sobretudo em se tratando de *habeas corpus*, o remédio jurídico processual mais eficiente,⁹ insculpido entre as garantias individuais.

A escorreita aplicação das leis requer a sondagem do profundo sentido dos seus textos.

3. Como se viu, o absurdo de o magistrado da instância *a quo* decretar a prisão, processar e julgar um cidadão, e, ao mesmo tempo, ser incompetente para conhecer da detenção relativa a fato punível que movimen-

tará o seu poder jurisdicional, importaria em negar o axioma do juiz natural, consagrado pelo direito dos povos cultos e juridicamente desenvolvidos.¹⁰

Na conformidade do disposto no art. 153, § 12, da *Lex Magna*, o magistrado, observado o princípio do juiz

⁷ *Hermenêutica no Direito Brasileiro*, vol. I, pág. 409, Ed. Revista dos Tribunais, 1968.

⁸ O estudo do tema propiciou-nos o conhecimento de extraordinária sentença — daquelas que consagram um magistrado — prolatada pelo então juiz Frederico Marques. Na capital paulista, foi impetrado *h.c.* em favor de determinado cidadão, informando a polícia que o paciente estava à disposição do Ministro da Justiça. Em consequência, o juiz, em exercício na Vara, se julgou incompetente para conhecer do pedido.

Assumindo o Juízo, tendo o impetrante interposto recurso em sentido estrito, o aplaudido jurista, com base no art. 589 da lei processual, reformou a decisão do antecessor, concedendo a ordem.

Julgando o recurso *ex officio*, em unânime decisão, relator o Desembargador Azevedo Marques, as Câmaras Coniuntas da Seção Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, confirmaram a sentença recorrida, pelos seus próprios fundamentos, consignando o acórdão sobre a decisão: "magnífico exemplo de brilhante erudição e descortínio jurídico, bem apropsitados à espécie julgada".

Íntegra da sentença in *Revista dos Tribunais*, nº 176, pág. 62/68.

⁹ Pontes de Miranda — *História e Prática do Habeas Corpus*, pág. 3, tomo I, 7ª edição, Ed. Borsoli, 1972.

¹⁰ Cf. Frederico Marques (*op. cit.*, págs. 63/64):

"... a competência, em matéria de 'habeas corpus' tem como postulado fundamental, a regra de que ao órgão judiciário do crime ou infração atribuída ao paciente, é que cabe conhecer de tudo quanto se refere às restrições de sua liberdade individual, originadas na 'persecutio criminis'. Se o Ministro da Justiça mandar que se prenda alguém, a obrigação da autoridade que cumpriu a ordem pondo o paciente em custódia, é a de comunicar a prisão ao juiz que irá conhecer, ante as regras que distribuem o poder de julgar e fixar as atribuições jurisdicionais, do fato aparentemente delituoso consubstanciado na 'informatio delicti'".

Vale observar que, dentro da peculiar organização da Justiça Militar, compete ao Superior Tribunal Militar conhecer dos pedidos de *habeas corpus* (art. 469 do Cód. de Proc. Penal Militar art. 40, IX, *d*). Dessa forma, são evitados expedientes protelatórios.

natural,¹¹ mesmo em se cogitando de prisão formalmente perfeita, poderá relaxá-la. Como entender que tal poder lhe possa ser subtraído quando reclamada a prestação jurisdicional através da *ação de habeas corpus*?¹²

De qualquer forma, diante da comunicação policial enfocada, a presunção *juris tantum* relativa à veracidade da informação em *h.c.* não pode prevalecer, inclusive porque nada informa, nada esclarece.

Como lembra Alípio Silveira,¹³ a detenção comunicada, nos termos do mandamento constitucional, não é, evidentemente, a clandestina.

Esta comunicação, quando se trata de flagrante, para preencher os seus fins, deverá ser sempre acompanhada de uma via do auto de prisão em flagrante. Uma simples comunicação de que fulano de tal foi preso em flagrante por tal e tal delito — é absolutamente insuficiente, e inepta.¹⁴ Mais do que insuficiente, imprestável, claro está, será a informação que, atendendo a solicitação judicial para instruir *habeas corpus*, limita-se a dizer que alguém se encontra à disposição de determinada autoridade.

Comentando o citado art. 101, I, *h*, da Constituição de 1946, Frederico Marques, reportando-se ao art. 658 da lei processual,¹⁵ conclui que se a pessoa que deu a ordem ao detentor for daquelas mencionadas no dispositivo focalizado, a competência será do Supremo Tribunal Federal para o processo e julgamento do *writ*, ressaltando, porém, com a sua reconhecida autoridade:

"Mas se ordem individualizada, para o caso, não houver, não se aplica o art. 101, I, *h*, da Constituição. É o que acontece, por exemplo, se o de-

tentor retém a pessoa em virtude de ordem genérica e indeterminada — hipótese em que será ele a autoridade coatora.

Quando a prisão, ou ato coativo, estiver relacionado, diretamente, com a prática de algum crime que se atribua ao paciente, não se pode subtrair este, de seu juiz, natural, que é o do distrito da culpa. Nesse caso, se for impetrada ordem de *habeas corpus*, no foro do delito, ao juiz não cabe eximir-se de julgá-lo através da alegação *ex officio* de sua incompetência, baseada no que preceitua o art. 101, I, *h*, da Constituição Federal".¹⁶

Tanto o art. 112, VIII, *a*, da Constituição fluminense, quanto o 650, II, do Código de Processo Penal, resu-

¹¹ No dizer de Jerusalem, citado por Frederico Marques (*op. cit.*, pág. 64), "trata-se de preceito tão arraigado ao Estado de Direito, que transcende da própria Constituição, impedindo esta de negá-lo (*apud* E. G. Orbaneja — *Comentários a la ley de Enjuiciamiento Criminal*", tomo I, pág. 104).

¹² Vicente de Paulo Vicente de Azevedo (*Curso de Direito Judiciário Penal*, pág. 367, 2ª vol., Saraiva, 1958) ensina:

"Em conclusão: embora incluído entre os recursos, no Código de Processo Penal, pela sua índole jurídica é antes uma ação penal especial. Deve-se considerar vencedora a tese da pluralidade da ação penal: impetra-se à Justiça penal a prestação jurisdicional do Estado, com outros objetivos além da acusação que pleiteia a condenação do infrator da lei penal."

Segundo Pontes de Miranda (*op. cit.*, pág. 5, vol. I): "Na exposição histórica que empreendemos em grande parte da presente obra, mostraremos como se colimou, desde o início, a simultânea concepção do remédio jurídico do *habeas corpus* como ação, e não como 'recurso'".

Sadi de Gusmão conceituava o *habeas corpus* como "tipo específico de ação *sui generis*" (*apud* Magalhães Noronha — *Curso de Direito Processual Penal* — pág. 541, Saraiva, 1964).

O futuro Código de Processo Penal (*Projeto de lei nº 633*, de 1975 — *Mensagem nº 159/75* (Do Poder Executivo), situa o *h.c.* entre as ações e procedimentos para a tutela de direitos (Título VI, Cap. III, arts. 759 e segs.).

¹³ *Op. cit.*, pág. 67, vol. II.

¹⁴ Alípio Silveira, *op. cit.*, pág. 67, vol. II.

¹⁵ *Elementos de Direito Processual Penal*, pág. 433, vol. IV, Forense, 1965.

¹⁶ *Op. cit.*, págs. 433/434.

mem-se ao transplante do dispositivo da *Lex Magna*, referente à competência *ratione personae* em *h.c.* para a órbita estadual.

O que fixa a competência do Supremo Tribunal Federal, ensina o eminente jurista, é a legitimação *ad causam* da autoridade coatora, como sujeito passivo do *writ* impetrado.¹⁷ O mesmo se diga no tocante à competência do Tribunal local, em se cogitando das pessoas sujeitas à sua jurisdição.

4. Os atos de violência ou coação, atribuídos a governadores e demais autoridades estaduais ou municipais, aludidos no art. 650, II, do Código de Processo, bem como o ato de Secretário de Estado e do Prefeito da Capital, do Procurador-Geral da Justiça e de juízes, do qual seria proveniente o constrangimento ou ameaça, nos termos do art. 26, I, *a*, do Código de Organização Judiciária (Resolução n. 1, de 21.3.75, do TJ), evidentemente, são os atos compreendidos nos estritos limites de atribuições das autoridades apontadas.

Os Secretários de Estado são autoridades administrativas, e administrativos, *in strictu sensu*, os atos praticados no exercício de seus cargos.

Sobre os atos administrativos, disserta Hely Meirelles:

"Desnecessário será dizer-se que só é ato administrativo aquele que emana da autoridade competente para praticá-lo, porque a competência é condição necessária e indispensável à existência do ato. Sem ela não chega a se formar o ato administrativo, porque lhe falta causa eficiente, o elemento gerado do ato".¹⁸

No tipo de informação policial que se focaliza, correspondendo à verdade, estar-se-á diante de ato inexis-

tente. Não fosse pela incompetência da autoridade que deu a ordem, pela ausência de ordem formal. Hely Lopes Meirelles alinha os elementos constantes da formação do ato administrativo: *competência, finalidade, forma, motivo e objeto*.¹⁹

Na realidade, a inepta informação não pode subtrair o conhecimento, pelo juiz natural, do remédio heróico.

Aqui, permitimo-nos, uma vez mais, transcrever a magistral sentença do emérito Frederico Marques, proferida há tantos anos e de impressionante atualidade:

"Impedir, portanto, que o juiz natural do crime conheça de *habeas corpus*, só porque a coação foi ordenada por um ministro, é cercear os poderes processuais desse órgão judiciário, é diminuir o alcance e extensão do parágrafo 27, do art. 141, é enfim amputar uma garantia constitucional. O direito de liberdade do réu, nos casos criminais, não pode escapar da tutela do juiz natural do crime que lhe é atribuído".²⁰

Arrematando a judiciosa e inconfornável argumentação, o ilustre jurista pátrio mostra que a competência *ratione personae*, na hipótese *sub examen*, somente é aplicável quando

¹⁷ *Idem*, pág. 434.

¹⁸ *Direito Administrativo Brasileiro*, pág. 155, Ed. Revista dos Tribunais, 2ª ed., 1966.

¹⁹ *Op. cit.*, págs. 155/156.

²⁰ Revista dos Tribunais, vol. 176, pág. 64. Observa, aliás, o processualista sempre citado: "Se vingar a praxe policial, de informar *"simpliciter"* que há ordem de prisão emanada de ministros ou outras altas autoridades federais, sem exibir essa ordem, nada mais deterá o arbítrio das prisões ilegais e das detenções iníquas. Reviverão, sob outra forma, as antigas *"lettres de Cachet"*, como odioso instrumento de opressão contra as liberdades individuais dos cidadãos ativos e dos homens dignos que não se conformam com desmandos governamentais, ou contrariam caprichos dos que têm as rédeas do poder".

a ilegalidade ou abuso de poder da autoridade coatora surge no exercício de atribuições que lhe são próprias. *In exemplis*: o Ministro da Justiça pode, enquanto não se consumir a expulsão de estrangeiro, ordenar ou manter a detenção do expulsando, inclusive determinando a sua prisão preventiva.

5. A informação no sentido de que o paciente está à disposição de autoridade administrativa — praxe que merecia os modestos funerais do abandono e que ressurgiu em nosso Estado — equivale, na realidade, à confissão de abusiva ilegalidade.

O Poder Judiciário tem, como principal função, o resguardo das garantias individuais,²¹ não podendo tolerar que expedientes, sejam quais forem, retirem do *habeas corpus* a sua eficácia como remédio processual.

A relevância da função social do instituto levou Pontes de Miranda²² a recomendar aos juízes que,

ao despacharem petições, tenham presente que o *habeas corpus* é a pedra de toque das civilizações superiores.

Não se argumente, com base nas restrições impostas na conjuntura presente da vida brasileira, para menosprezar direito fundamental.

Apesar do AI-5 (art. 11), o *h.c.* permanece consagrado pela Constituição Federal, a mesma Carta que mantém em vigor os Atos Institucionais (art. 182).

As limitações ao *h.c.* têm caráter provisório e só alcançam as hipóteses a que, expressamente, faz alusão.

Venha, ou não, com brevidade, o restabelecimento das garantias individuais, em toda a plenitude, o instituto do *habeas corpus* não pode ser encarado com má vontade, minimizado, capitalmente pelo Judiciário, o mais antigo e mais elevado dos poderes políticos.²³

²¹ O art. 66 da Constituição francesa está, magistralmente, concebido nos termos seguintes:

"Nul ne peut être arbitrairement détenu. L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi".

²² *Op. cit.*, tomo II, pág. 278.

²³ João Mendes, in *"Processo Criminal"*, pág. 6, vol. I, 3ª edição, 1920.

EXERCÍCIO E ABUSO DE DIREITO NO CRIME DE ESTUPRO

Celso Delmanto

1. Ainda persistem, no Direito Penal brasileiro, alguns preconceitos que deveriam ser examinados com maior atenção.

Dentre eles, está o *tabu* de que o marido não pode ser sujeito ativo de crime de estupro praticado contra a própria mulher. Em outras palavras, tem-se entendido que seria penalmente lícito ao marido constranger a esposa a conjunção carnal, mediante violência física ou grave ameaça.

Assim afirmam os comentadores tradicionais do Código Penal brasileiro: Bento de Faria (*Código Penal Brasileiro*, Rio, 1959, VI/15), Galdino Siqueira (*Tratado de Direito Penal*, Rio, 1947, III/258), Heleno Fragoso (*Lições de Direito Penal*, S. Paulo, 1962, II/493), Magalhães Noronha (*Direito Penal*, S. Paulo, 1979, III/109), Nélson Hungria (*Comentários ao Código Penal*, Rio, 1959, VIII/125) e outros.

Apenas ressalvam que o ato praticado à força pelo esposo configuraria o crime, quando a oposição da mulher fosse fundada em razões poderosas, exemplificando, como resistência legítima, a recusa a relações

com marido afetado de moléstia contagiosa.

Tanto para a doutrina como para a jurisprudência criminal tradicional (cf. *RT* 461/444, *RT* 274/170 ou *RF* 180/327), a simples vontade da esposa seria irrelevante e lícito ao marido vencer a resistência por meio de violência física ou ameaça de mal sério. Ou seja, não se reconheceria à esposa, em relação ao marido, o simples direito de não querer, que se concede, tranqüilamente, até a meretrizes.

Por mais absurdo que possa parecer, nem mesmo as lesões corporais leves que o marido causasse à mulher seriam puníveis, pois elas são elemento da violência do crime de estupro e não delito autônomo (*RT* 512/376). O próprio Nélson Hungria escreve que “o marido violentador, salvo excesso inescusável, ficará *isento* até mesmo da pena correspondente à violência física em si mesma” (*Comentários ao Código Penal*, Rio, 1959, VIII/126).

A questão não é acadêmica, pois, com frequência maior do que se imagina, registram-se nos fóruns casos

de esposas feridas por maridos rejeitados em suas vontades.

2. É interessante observar que o entendimento favorável ao marido e humilhante à esposa não decorre da definição que a lei dá ao crime de estupro.

A figura prevista no art. 213 do Código Penal é simples e concisa: “constranger mulher a conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça”. Ao contrário de algumas legislações estrangeiras que restringem o crime à hipótese de relações extra-matrimoniais ou ilícitas, na descrição legal brasileira inexiste qualquer restrição.

Como os penalistas nacionais sustentam aquela posição?

Historicamente, buscam no velho Direito Canônico uma base que nos parece ser totalmente inapta e anacrônica.

Legalmente, os penalistas tradicionais apontam fundamento fora da definição legal do crime, sustentando que o caso seria de *exclusão da anti-juridicidade*. Para eles, o marido que constrange a mulher com aquela finalidade estaria no exercício regular de um direito (Código Penal, art. 19, III, 2.^a parte), que torna lícito o comportamento.

3. Todavia, os nossos civilistas negam ao marido semelhante direito de constranger, afastando o uso de coação ou força física contra a mulher.

O direito à conjunção carnal é eufemisticamente referido pela lei civil, quando esta aponta, como dever dos cônjuges, a “vida em comum, no domicílio conjugal” (Código Civil, art. 231, II). É nesse dever que se “encontra incluído” o de manter relacionamento carnal. (Sílvia Rodri-

gues, *Direito Civil*, S. Paulo, 1979, VI/126).

Os tratadistas civis repelem a possibilidade de o marido poder forçar a mulher a levar vida em comum, coagindo-a a voltar ao lar.

Como adverte Washington de Barros Monteiro, “o emprego de meios coercitivos deve ser arreado de modo absoluto”, por ser incompatível com a dignidade da mulher e a respeitabilidade do lar (*Curso de Direito Civil*, S. Paulo 1979, II/111). Escrevendo há muitos anos, Carvalho Santos já afastava a possibilidade de obrigar-se a mulher à vida em comum, considerando intolerável o entendimento de antigamente, quando se internava a esposa em convento, até que esta se resolvesse a voltar para a companhia do marido (*Código Civil Brasileiro Interpretado*, Rio, 1961, IV/328).

Como remédio ao cônjuge rejeitado no desejo de manter “vida em comum”, os comentadores da lei civil prescrevem, tão-só, o recurso de pedir a separação judicial ou desquite (Lei do Divórcio, art. 5.^o). Não lhe outorgam — antes repelem — o direito de o marido coagir a mulher a viver em sua companhia. E a agressão, porventura sofrida por esta, daria motivo à esposa de requerer a separação judicial.

Do confronto das posições civil e penal, vê-se que aquilo que os criminalistas consideram exercício regular de direito, é julgado intolerável e inadmissível pelos civilistas.

4. É sabido que não existe anti-juridicidade exclusiva ou privativa do Direito Penal, diversa da antijuridicidade civil (Solér, *Derecho Penal*, Buenos Aires, 1973, I/320). Ambas

não podem ser antagônicas ou conflitantes entre si.

Mais ainda. Caso se fosse cobrar dos penalistas tradicionais o compromisso com a coerência, outros exercícios regulares de direito deveriam ser por eles reconhecidos, retirando a antijuridicidade de várias condutas criminosas imagináveis.

Assim, o marido, exercendo o direito de fixar o domicílio da família e não recorrendo a mulher contra a deliberação (Código Civil, art. 233, III), poderia obrigar a esposa, mediante violência, a mudar-se para qualquer cidade, sem praticar o crime de constrangimento ilegal. Também o esposo que prendesse a mulher em casa, para que ela não abandonasse o lar conjugal, não estaria cometendo o crime de cárcere privado. Em ambos os casos, haveria exclusão da antijuridicidade, pelo exercício regular de um direito, que afasta a ilicitude do comportamento.

5. Efetivamente, a lei penal exclui a antijuridicidade da conduta de quem exerce regularmente um direito.

No entanto, é imprescindível que o exercício seja *regular*, isto é, que se exerça de acordo com a lei ou norma jurídica. Obviamente, não se pode considerar exercício regular a prática de um constrangimento ilegal contra a mulher, constrangimento esse que a lei não autoriza e que os civilistas reputam absurdo e intolerável.

Na verdade, o crime de estupro — como se vê da sua própria definição — nada mais é do que o delito de constrangimento ilegal, mas visando à conjunção carnal. Esta última, por si mesma, não constitui crime autônomo.

Assim, muito embora a relação carnal voluntária seja lícita ao cônjuge, é ilícito e criminoso o constrangimento ilegal empregado para alcançá-la.

Para que a conjunção carnal realizada à força pudesse configurar exercício regular de direito, necessário seria que a lei civil autorizasse, de alguma forma, o uso de violência física ou da coação moral que caracterizam o crime de estupro.

Em face da nossa legislação, não se pode pretender que a relação obtida pelo cônjuge com violência ou ameaça grave seja considerada exercício regular de um direito.

Ao contrário, o que se deve reconhecer é o *abuso de direito*, que não exclui nem atenua a antijuridicidade.

Na imagem lembrada por Jiménez de Asúa, o exercício de um direito tem como “*vala insuperável o abuso*” (*Tratado de Derecho Penal*, Buenos Aires, 1952, IV/524). Entre nós, escrevendo a propósito do exercício regular de direito como excluyente da antijuridicidade, doutrina Damásio de Jesus: “O Código fala em exercício *regular* de direito, pelo que é necessário que o agente obedeça, *rigorosamente*, aos requisitos objetivos traçados pelo poder público. Fora daí, *há abuso de direito*, respondendo o agente pelo fato constitutivo da conduta abusiva” (*Direito Penal*, S. Paulo, 1977, I/347).

6. Entendemos que a posição penal tradicional, favorável ao marido e vexatória para a mulher, é fruto de *tabu* herdado de eras menos civilizadas e que não se compadece com a época em que vivemos.

Além de imoral e degradante, é tecnicamente insustentável do ponto de vista jurídico-penal.

A conduta do marido que força a esposa, mediante violência física ou grave ameaça, não constitui exercício

regular de direito, mas, sim, *abuso de direito*.

O comportamento deve ser punido, em respeito à lei e à liberdade da mulher, ainda que casada.

ASPECTOS DA CRISE DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO*

Antonio Acir Breda

JUSTIFICATIVA

A presente comunicação sobre a crise do sistema processual penal brasileiro é apresentada a propósito do Simpósio Nacional promovido pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, onde será debatido o angustiante problema da *criminalidade violenta*.

Nesse importante conclave, fomos convidados para participar da Comissão, cujo relator é o ilustre Professor Manoel Pedro Pimentel. O Grupo de Trabalho irá discutir a crise do sistema penitenciário e do processo penal no Brasil.

A comunicação não enfrenta o problema de uma radical reformulação do direito processual penal brasileiro. O Projeto de Código de Processo Penal, de autoria do grande mestre José Frederico Marques, como é sabido, foi retirado do Congresso Nacional pelo Poder Executivo e não há perspectiva de que volte a ser debatido.

Por isso mesmo, sugere-se algumas modificações na atual estrutura

do processo penal vigente, especialmente medidas pertinentes a tornar mais eficiente a administração da Justiça Penal.

O nosso processo penal envelheceu pelo tempo. O Código de 1941 já não mais atende ao fluxo das causas penais. A lei desatualizada, deve-se acrescentar a falta de estrutura funcional da justiça penal. Os nossos cartórios criminais funcionam hoje como funcionavam em 1940. Passados quarenta anos, a estrutura é a mesma, mas os vícios tornaram-se mais graves, seja pelo crescimento populacional, seja pelo grande aumento da criminalidade.

Se é certo que não aceitamos qualquer correlação entre a qualidade na administração da justiça penal e o crescimento da criminalidade patrimonial violenta, também é certo que temos o dever de denunciar o anacronismo do código em vigor.

* Comunicação apresentada no Simpósio Nacional sobre Violência e Criminalidade, promovido pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Rio de Janeiro, 23 a 25 de abril de 1980.

As sugestões propostas procuram compatibilizar o atual código, mediante reforma parcial da lei em vigor, com princípios do moderno processo penal: a adoção de um processo simplificado, eliminando-se todos os atos processuais inúteis ou qualquer atividade das partes que seja superflua à descoberta da verdade material. A celeridade que se propõe não irá comprometer alguns dos relevantes princípios do devido processo legal: a igualdade das partes e a ampla defesa do acusado.

Numa perspectiva de reforma da lei processual penal, deve o processo penal ser estruturado com base no sistema acusatório, cuja essência é a separação das funções de acusar, defender e julgar. O procedimento das contravenções penais é, por isso mesmo, incompatível com o moderno Direito Processual Penal. A função de acusar deve ser deferida ao órgão oficial do Estado, que é o Ministério Público. A instauração de processo mediante ato do juiz não deve ser tolerada.

Em linhas gerais, sugere-se a adoção de tipos de procedimento desburocratizados, que evitem a instaura-

ção de processos criminais inviáveis. Para isso é importante introduzir-se o contraditório prévio, antes que o juiz profira o chamado juízo de admissibilidade da acusação. Além da defesa realmente prévia, deve-se adotar o julgamento antecipado da causa, quando a defesa demonstre a absoluta improcedência da pretensão punitiva deduzida.

É preciso também compatibilizar o sistema de comunicação dos atos processuais com as modernas técnicas de comunicação. Hoje, todo o desenvolvimento do processo penal depende do esforço do Oficial de Justiça, um caminhante diuturno na busca do cumprimento de centenas de mandados. Esse homem cansado e mal remunerado, sabem os advogados criminais, não tem qualquer estímulo, funcional ou econômico, e os atos processuais não se realizam porque a tarefa que se lhe exige é impossível de ser cumprida.

A especialização dos juizes criminais é outra matéria que deve merecer a atenção de todos.

Outros aspectos da crise, com certeza, deverão ser tratados pelos ilustres juristas que compõem o Grupo de Trabalho.

A CRISE DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

1. Inicialmente deve-se dizer que a crise do sistema processual penal brasileiro, com profundos reflexos na eficiência da jurisdição penal, não guarda qualquer relação com o surto de criminalidade violenta, cujas origens estão nas distorções do sistema econômico brasileiro.

O autoritarismo processual, a pretexto de maior eficiência na repressão penal, além de causar danos irreparáveis ao indivíduo, não será a fórmula salvadora no combate à criminalidade patrimonial violenta.

Mas, não se pode esquecer a incriável deficiência técnica do atual Código de Processo Penal, cujo procedimento, por ser escrito, descontínuo e fragmentário, é um dos fatores deter-

minantes da excessiva morosidade no julgamento das causas penais.¹

O procedimento ordinário adotado para os crimes punidos com pena de reclusão (arts. 394 a 405; 498 a 502) contém todos os defeitos do proceduralismo: é escrito e fragmentário, desenvolvendo-se através de sucessivas audiências. O defeito técnico na elaboração da lei é agravado pelo despreparo (ou negligência) de alguns juizes criminais e pela falta de estrutura da justiça penal, e os resultados são conhecidos de todos: os processos são demorados e geralmente eivados de nulidades. Com frequência a causa penal é atingida pela prescrição.

2. Talvez uma simples reforma parcial do esquema procedimental do código em vigor (cf. Hélio Torna-ghi, "Instituições de Processo Penal", Saraiva, 1977, vol. I, páginas 11 e seguintes) bastasse para a modificação do atual panorama.²

Inicialmente, torna-se indispensável e urgente a criação de um mecanismo que evite a instauração de processos criminais inviáveis. No sistema em vigor, como a defesa prévia é apresentada após o despacho de recebimento da acusação, esta importante atividade jurisdicional limita-se a mero trabalho de rotina, sem que se examine o chamado juízo de admissibilidade da acusação. A introdução do contraditório prévio para os

procedimentos padrões (ordinário e sumário), desde que bem aplicado o instituto, poderia ser um poderoso fator descongestionante no foro criminal (cf. Tourinho Filho, "Processo Penal", vol. 4.º, páginas 4 e seguintes).

No direito em vigor, adota-se um esquema de máxima complexidade no desenvolvimento do processo, dando-se importância a atos processuais inúteis, o que contraria um dos princípios fundamentais do moderno processo penal: a *máxima simplificação no desenvolvimento do processo, com a eliminação de cada ato ou atividade não essencial* (cf. Mario Valiante, "Il Nuovo Processo Penale", Giuffrè, 1975, página 393).

Ora, a defesa prévia do artigo 395 do Código de Processo Penal se resume a simples petição, onde a defesa indica as provas que pretende produzir. Qual a defesa prévia a apresentar se a acusação já foi recebida e o réu interrogado pelo juiz?

Melhor seria adotar-se o mesmo esquema de certos procedimentos especiais (crimes de responsabilidade dos funcionários públicos e dos Prefeitos Municipais), espungindo-se da lei certos inconvenientes desses procedimentos.

Assim, nos procedimentos ordinário e sumário, antes do despacho de recebimento da denúncia, o réu seria citado (e não notificado como

determina o artigo 514 do Código de Processo Penal) para apresentar uma defesa *realmente prévia*, indicando as provas que pretende produzir.

Após a citação do réu, este poderia limitar-se a apresentar as provas que pretende produzir, deixando de impugnar a procedência da pretensão punitiva deduzida. A complexidade da causa pode recomendar que a defesa só discuta o mérito depois de concluída a instrução criminal. Mas, numa grande maioria de causas, a defesa prévia poderia redundar num juízo de admissibilidade negativo da acusação, inclusive com a absolvição antecipada do réu.

3. Não é difícil conseguir-se uma notável simplificação dos procedimentos padrões (ordinário e sumário), sem qualquer prejuízo para a defesa do acusado. Introduzido o contraditório prévio, o juiz designaria audiência para o interrogatório do réu, desde que proferisse despacho de admissibilidade da acusação. Se presente o acusado com o seu defensor, após o interrogatório (no término do ato processual) seria designada audiência para a ouvida das testemunhas da acusação, intimando-se na própria audiência o acusado, seu defensor e o Ministério Público ou o querelante.

O mandado de intimação a ser cumprido pelo Oficial de Justiça seria expedido apenas para dar ciência às testemunhas da realização do ato processual, já cientes da designação a acusação e a defesa. A simplificação tem excepcional importância prática, quando se sabe que é comum o adiamento de audiências pela falta de intimação do acusado ou de seu defensor, mesmo presentes todas as testemunhas arroladas.

Se a última testemunha de acusação for ouvida no foro da causa, neste instante deve o juiz designar audiência para a ouvida das testemunhas de defesa, intimando-se as partes presentes ao ato processual.

Aliás, a lei processual não impede que se adote a praxe de evitar, quando possível, a expedição do mandado escrito para a intimação do acusado e seu defensor, com a designação em audiência do próximo ato processual a ser praticado no processo.

Os nossos juizes criminais, encerrada a prova testemunhal, poderiam na audiência, presentes as partes, consultá-las a respeito de diligências a serem requeridas no prazo do artigo 499 do Código de Processo Penal. A experiência no foro criminal demonstra que o Ministério Público, geralmente, nada requer. Ora, se na própria audiência o titular do direito de ação (inclusive o querelante na ação penal privada) manifestasse desinteresse na produção de prova, imediatamente a defesa seria intimada para se pronunciar. Se negativa a resposta das partes, o processo iria para a fase das alegações finais, eliminando-se um entrave burocrático, que é o momento da fase procedimental do artigo 499.

Não é isso o que geralmente acontece. Encerrada a prova testemunhal, os autos são devolvidos ao escrivão. Até serem conclusos ao juiz, vários dias são consumidos. Via de regra o despacho de vista às partes, para os fins do artigo 499, só é proferido também depois de vários dias. A confecção do mandado de intimação não é feita imediatamente. Expedido, conferido e assinado o mandado, o seu cumprimento pelo Oficial de Justiça

¹ O procedimento escrito tem o grave inconveniente de ser uma fonte infundável de nulidades, especialmente pela falta de concentração dos atos de aquisição de prova. No procedimento ordinário, regulado pelo Código de Processo Penal, o interrogatório do réu está colocado na fase postulatória. Ora, em tal fase, deve-se apenas discutir da constituição do processo, isto é, deve-se perquirir sobre o exame das chamadas questões prévias: condições da ação, condições de procedibilidade e pressupostos processuais. A instrução criminal é fragmentada em duas audiências, uma para as testemunhas de acusação, outra para as de defesa. Por que não colher a prova testemunhal numa só audiência?

² A pretendida introdução da *detenção cautelar* por ato da própria autoridade policial parece assunto definitivamente sepultado. O atual Ministro da Justiça, em depoimento prestado perante a Comissão Parlamentar de Inquérito que examina o problema da criminalidade violenta, manifestou-se radicalmente contrário à adoção da prisão de polícia. A posição dos advogados brasileiros é idêntica.

é sempre problemático, ainda mais em processos com vários defensores. Devolvido o mandado, quase sempre, a defesa nada requer, mas o processo pode ter sido atingido pela prescrição, em virtude dessa incrível seqüência de atos processuais inúteis e supérfluos.³ Bastaria, como disse, que o juiz criminal intimasse as partes na audiência e todo esse custoso trabalho burocrático não seria necessário. Esse esquema em nada iria prejudicar o direito de defesa.

Se os nossos juízes tivessem o elemento cuidado de designar as audiências futuras na presença das partes, seria possível a eliminação de um custoso trabalho e uma maior agilização do sistema processual.

Vários são os fatores que impedem a celeridade processual, mas há um outro aspecto a ser ressaltado. Nos grandes centros urbanos, as varas criminais são mera servidão de passagem dos juízes promovidos, sempre à espera de uma remoção para uma vara cível (em sentido amplo). O juiz, com raras exceções, entende que o exercício da função jurisdicional só lhe dá prestígio para eventual acesso aos tribunais superiores, desde que desvinculada dos serviços criminais. A falta de especialização dos juízes criminais agrava, assim, a crise do sistema processual.

Por último, os nossos cartórios criminais não têm estrutura funcional adequada e isso impede uma realização mais célere da justiça criminal. Os mandados de intimação ainda são expedidos nos mesmos moldes de quarenta anos atrás. Desde que o código entrou em vigor, os meios de

comunicação sofreram admirável progresso, mas o sistema de intimação da lei processual penal permaneceu o mesmo: a realização das audiências depende da prévia e regular intimação das partes, mediante ato de um funcionário mal remunerado e sem condições de atender ao enorme volume de serviço que se lhe exige.

Bastaria um simples levantamento nos cartórios criminais do número de audiências designadas, mas não realizadas por falta de intimação pelo Oficial de Justiça, para se constatar o absoluto descompasso entre o progresso tecnológico e o sistema de nosso processo penal.

A simplificação do sistema de intimações, inclusive com a utilização da imprensa oficial, irá liberar a eficiência do desenvolvimento do processo da figura do Oficial de Justiça.

Se a testemunha a ser ouvida tem endereço certo, por que não se pode intimá-la por carta?

Sugere-se as seguintes conclusões:

(I) — a lei processual penal deve consagrar uma defesa realmente prévia, possibilitando um melhor juízo sobre a admissibilidade da acusação;

(II) — numa perspectiva de reforma, deve-se adotar o instituto do julgamento antecipado da causa penal, desde que demonstrada a total improcedência da pretensão punitiva deduzida;

(III) — os procedimentos devem ser simplificados, eliminando-se todos os atos não essenciais;

(IV) — máxima simplificação do sistema de intimações às partes, adotando-se novos meios para a comunicação dos atos processuais.

³ As vezes a intimação deve ser feita por carta precatória, uma vez que o advogado do réu não reside no foro da causa. A fase procedimental do artigo 499 do Código de Processo Penal, salvo raras exceções, só se presta para retardar o julgamento da causa penal.

Levantamento feito pela Coordenadoria do Ministério do Paraná nas Varas Criminais de 1.^a a 11.^a de Curitiba.¹

ANO BASE: 1979

1. Número de causas criminais distribuídas:	2.291
2. Número de denúncias oferecidas:	1.552
3. Número de inquéritos arquivados: ²	545
4. Número de processos julgados: ³	876
5. Sentenças condenatórias:	362
6. Sentenças absolutórias:	272
7. Processos em que foi declarada a prescrição:	226
8. Sentenças condenatórias com recurso:	17,4%
9. Sentenças condenatórias sem recurso:	82,6%
10. Sentenças absolutórias sem recurso:	94,1%
11. Sentenças absolutórias com recurso:	5,9%
12. Processos com defensor constituído: ⁴	30,3%
13. Processos com defensor nomeado:	69,7%
14. Infrações penais pela natureza ⁵	
a) Crimes contra o patrimônio:	43%
b) Lesões corporais:	17,37%
c) Crimes dolosos contra a vida:	8,75%
d) Crimes contra os costumes:	7,11%
e) Tóxicos:	5,87%
f) Crimes contra a fé pública:	2,67%
g) Outras infrações penais:	6,53%
h) Contravenções penais:	8,68%

¹ Em Curitiba há 2 (duas) Varas de Acidentes de Trânsito com competência material para o julgamento dos crimes culposos praticados na circulação de veículos (cf. anexo incluído). Os crimes dolosos contra a vida, julgados pelo Tribunal do Júri, são distribuídos às Varas Criminais comuns (1.^a a 11.^a) até o encerramento da instrução criminal. Ao depois o processo é remetido ao Juiz do Júri, que irá proferir julgamento conforme o estado do processo (pronúncia, impronúncia, absolvição sumária ou desclassificação do crime).

² No levantamento do número de causas criminais distribuídas, denúncias oferecidas ou de inquéritos arquivados não se inclui a 6.^a Vara Criminal (que não apresentou relatório), nem as Varas de Acidente de Trânsito (relatório em separado).

³ Os processos julgados têm como base levantamento feito nas varas criminais comuns, com exceção da 3.^a e 6.^a Varas Criminais.

⁴ 3.1 — Nota-se a alarmante porcentagem (82,6%) de sentenças condenatórias sem recurso da defesa. Esse elevado índice é fruto da qualidade da defesa dativa. Normalmente, nos processos com defensor nomeado, a defesa assegurada constitucionalmente se exaure com a apresentação das alegações finais. Dificilmente, o defensor dativo recorre da decisão condenatória. No processo penal de feição democrática, a defesa técnica deve ser vista como uma injunção legal em todas as fases ou graus da causa.

⁵ 3.2 — Curiosamente, como norma geral a decisão absolutória não é impugnada pelo Ministério Público. Assim, só 5,9% das decisões absolutórias, em 1979, foram impugnadas pelo M.P. mediante recurso de apelação.

⁶ 3.3 — Tais dados demonstram a ínfima porcentagem de causas penais submetidas ao duplo grau de jurisdição. A Lei Orgânica da Magistratura Nacional, que serviu de pretexto para se colocar em recesso o Congresso Nacional, não enfrentou o problema da Administração da Justiça em primeira instância. Os dados revelam que as causas que vão aos tribunais, em grau de recurso, representam uma exceção. É claro que a matéria deve ser diversa no âmbito da jurisdição extrapenal.

ANO BASE: 1979

1. Número de inquéritos arquivados:	110 ¹
2. Número de denúncias oferecidas:	98
3. Número de causas criminais distribuídas:	1.644
4. Número de processos julgados:	645
5. Sentenças condenatórias:	134
com recurso:	24,62%
sem recurso:	75,38%
6. Sentenças absolutórias:	350
com recurso:	6,85%
sem recurso:	93,15%
7. Sentenças condenatórias com "sursis":	72,38%
8. Processos com defensor constituído:	83,53%
9. Processos com defensor nomeado:	16,46%
10. Processos arquivados por prescrição:	100

¹ As Varas de Acidentes de Trânsito foram implantadas em 1979. Todos os processos, sem instrução concluída, foram remetidos pelas Varas comuns (1.^a a 11.^a), daí o grande número de causas distribuídas.

1.1 — Numa das Varas de Trânsito, o agente do Ministério Público, ao deparar com portaria policial inepta, pede a declaração de nulidade do processo e oferece denúncia. Como é sabido, o Supremo Tribunal Federal tem admitido o oferecimento de denúncia nos delitos culposos de acidente de trânsito.

1.2 — Nota-se, de forma clara, uma maior eficiência dessas varas especializadas, em relação às varas comuns, especialmente pelo grande número de processos julgados. É verdade, porém, que — implantadas as Varas de Trânsito — vários processos foram remetidos com a instrução praticamente concluída. Tal fato facilitou o julgamento de mérito.

1.3 — Curiosamente, numa das varas de trânsito, em nenhum processo foi declarada a prescrição. Parece que o juiz, deparando com processos prescritos, preferiu absolver o acusado.

⁴ A confiabilidade dos levantamentos estatísticos é sempre problemática. Pelo levantamento foram pesquisados 1.475 processos, e o resultado foi o seguinte: 1.028 processos com defensor nomeado; 447 com defensor constituído. Os números são realmente surpreendentes, devendo ser objeto de novo levantamento. Nas Varas de Acidentes de Trânsito o número de processos criminais com defensor nomeado decresce bastante.

⁵ Foram pesquisados 1.531 processos criminais nas Varas comuns, excluídas a 2.^a e 6.^a.
5.1 — A porcentagem dos crimes contra o patrimônio (43%) não revela por motivos vários o índice real desse tipo de criminalidade. Especialmente nos crimes de furto, de pequenas proporções, dificilmente a vítima comunica o fato à autoridade policial. No furto, quase sempre, a autoridade policial não chega ao autor do delito ou sequer instaura o inquérito policial, mesmo quando oferecida a queixa-crime pelo ofendido.

5.2 — O grande número de processos penais pelo crime de *lesões corporais leves* demonstra que esse tipo de infração penal é um dos fatores congestionantes do foro criminal. A solução do Código Penal de 1969, transformando a ação penal em condicionada, era mais racional. Tais processos geralmente são atingidos pela prescrição.

Por último, deve salientar o número, extremamente elevado, de processos atingidos pela prescrição (226 em 876 processos julgados em 1979). Em termos estatísticos, 25% dos processos criminais são atingidos pela prescrição, o que revela a "crise" do sistema processual penal em vigor.

PARECER

DESAFORAMENTO

Hélio Tornaghi

1. O juiz natural — Regra

Não é por acaso que as leis de processo de todo o mundo civilizado, desde a antigüidade, consagram a regra *Ubi facinus perpetravit, ibi poena reddita*: a pena deve ser imposta no lugar em que o crime foi praticado. Ali ocorreu o impacto psicológico; ali estão as testemunhas, ali deve produzir-se o efeito tranquilizador da justiça; ali é que a pena se torna exemplar. No *forum delicti commissi* o corpo de delito é mais acessível, a prova mais fácil e direta, o julgamento mais neutralizador do alarme social (v. minhas *Instituições de Processo Penal*, 2.^a edição, S. Paulo, 1977, tomo II, pág. 133).

Não é outra a razão da regra inscrita no art. 69, I, do Código de Processo Penal: a competência do foro é a do lugar da infração. Esse é o *juiz natural*.

Tratando-se de crime que deve ser julgado pelo júri, outra razão vem juntar-se às demais para determinar a competência de foro do local em que o crime foi praticado: o que dá fundamento aos tribunais populares de qualquer espécie (júri, assessorato, escabinato) é a necessidade de levar em conta, no julgamento criminal, os valores culturais de cada ambiente. Sem isso, a decisão pode tornar-se iníqua e desumana. Homens, de carne e osso, têm de ser julgados de acordo com os padrões do meio em que vivem. Os anglo-americanos têm sempre em consideração os *standards* de cada região, de cada grupo, de cada parcela do povo (v. Marcel O. Stati, *Le standard juridique*, Paris, 1927). Os europeus, que a princípio mantinham em suas colônias de Ásia e África os juizes metropolitanos, com o progresso do tempo foram criando tribunais de que faziam parte leigos, a fim de penetrar o julgamento de considerações afinadas com a mentalidade local.

2. Desaforamento — Exceção

A regra do art. 69, I, o Código de Processo Penal abre uma exceção no art. 424 e seu parágrafo: permite o desaforamento do julgamento pelo júri.

Mas, exatamente por se tratar de exceção, de *jus singulare*:

1.º) o desaforamento só se admite em vista de graves razões:

a) o interesse da ordem pública;

b) a dúvida sobre a imparcialidade do júri;

c) ou sobre a segurança pessoal do réu;

d) ou a falta de julgamento dentro do prazo de um ano, contado desde o recebimento do libelo.

As três primeiras hipóteses figuram na cabeça do artigo; a última no parágrafo, e só tem cabimento se a demora não for imputável ao réu ou a seu defensor;

Muitas legislações não admitem o desaforamento. Em outras ele é consagrado, mas sempre com esse caráter de excepcionalidade. Na França ele vem da Lei de 17 de novembro de 1790, art. 9.º, e da Constituição de 5 do Termidor do ano III. Só a Corte de Cassação pode determiná-lo (*La Cour de Cassation peut seule connaître de la demande en renvoi*). E aquele alto tribunal tem reiteradamente decidido que o desaforamento só é possível quando “*une vive fermentation dans les esprits peut compromettre gravement la tranquillité de la ville*”. Essa viva fermentação dos espíritos se manifesta por “*des scènes de desordres*”, as quais fazem temer “*que l’ardeur des passions locales influe sur le jury*” (v. Faustin Hélie, *Traité de l’instruction criminelle*, 2.ª edição, tomo 8.º, págs. 565 e segs.). Igualmente nas duas Alemanhas que conservaram o parág. 15 de suas *Strafprozessordnungen*. Ali o desaforamento (*Verhinderung des zuständigen Gerichts*) só se admite quando os fatos autorizam a recear que esteja em perigo a segurança pública (*ein Gefährdung der öffentlichen Sicherheit zu besorgen*) (v. Karl Peters, *Strafprozess*, pág. 115; Eduard Kern, *Strafverfahrensrecht*, 6.ª edição, pág. 33). Não é diverso na Itália. O Codice di Procedura Penale só permite o desaforamento (*rimessione*) per grave motivo de ordine pubblico o per legittimo sospetto (art. 55). E a Corte de Cassação firmou jurisprudência no sentido de que as razões devem ser *tali da turbare gravemente la obbi etività e la serenità della giustizia*. “*È inammissibile perciò la richiesta in cui tali motivi si fondino soltanto su una pretesa situazione personale degli assessori di una Corte d’assise*”. Nesse caso, que é igual ao da Consulta, tal “*situazione potrebbe valere soltanto come eventuale ipotesi di ricusazione a sensi dell’articolo 64*”. O art. 64 trata da recusa individual dos juizes togados ou leigos. (Os acórdãos citados figuram em: I Codici penali annotati con la giurisprudenza della Cassazione, 9.ª edição, atualizada, págs. 570 e 571.) (Sobre o caráter *excepcionalissimo* do desaforamento na Itália, v. Foschini, *Sistema del Diritto*

Processuale Penale, I, pág. 287; Alfredo Pazzolini, *Il Codice di Procedura Penale* (ilustrato articolo per articolo sotto la direzione del prof. Ugo Conti), vol. 1.º, págs. 250 e segs.; Manzini, *Tratatto di Diritto Processuale Penale Italiano*, 2.º vol., págs. 167 e segs.)

2.º) o dispositivo do art. 424 do Cód. Processo Penal brasileiro é de interpretação estrita, não se lhe admitindo a extensão ou a aplicação analógica. Só nos casos previstos na lei e nela tipificados é possível o desaforamento;

3.º) o requerente da medida tem que apontar clara e precisamente os fatos que levam a concluir pela existência de perigo para a ordem pública ou de dúvida quanto à imparcialidade do júri ou sobre a segurança pessoal do réu e deve comprová-los.

Não bastam simples conjecturas ou temores gratuitos, como também não é suficiente uma alegação vaga, como a de que o Prefeito do município é amigo do réu ou, até, influenciado por ele. Cumpre, em tal caso, *demonstrar* que o Prefeito, amigo do réu ou a ele submisso, está influindo no ânimo dos jurados. Até porque a imparcialidade é exigida desses, não do Prefeito. Em acórdão unânime da 1.ª Câmara Criminal, decidiu o E. Tribunal de Justiça de São Paulo que:

“O desaforamento somente é de ser deferido quando houver dúvida fundada sobre a imparcialidade do júri. Esta não se infere, porém, do fato de, no julgamento anterior da ré, ter havido manifestação dos assistentes por meio de palmas e palavras. *Dúvida existiria se a manifestação partisse das pessoas que iam ou viriam a servir de jurados*, antecipando suas opiniões ou sentimentos favoráveis à ré. Isso, no entanto, não ocorreu” (sem grifo no original). (Revista dos Tribunais, vol. 214, pág. 37.)

O eminente relator do pedido de desaforamento, no caso da Consulta, frisa expressamente: “Não há alusão a uma notada parcialidade dos julgadores. O fato de ser o acusado pessoa de posses, rica, não é importante, e, no caso, rica também era a vítima”.

É absolutamente imperioso não inverter os valores legais, transformando a regra (competência do foro em que o crime foi cometido) em exceção, e a exceção (desaforamento) em regra.

O julgamento tem função pedagógica: deve ser exemplar para os habitantes do local; e tem ainda finalidade psicológica: deve tranquilizá-los. Pelo temor de que os ânimos possam influir no julgamento, corre-se o risco de impedir que o julgamento influa beneficentemente no ânimo do povo.

3. Recusa fundamentada e recusa peremptória

Não é possível transformar a alegação de existência da dúvida em *recusa peremptória*, até porque essa é outro instituto, disciplinado por diferente norma (parág. 2.º do art. 459): não desloca do foro competente e não pode exceder a três jurados. Conceder o desafora-

mento por simples alegações das partes, ou do juiz, seria transformá-lo em recusa peremptória dos vinte e um jurados escolhidos para aquela sessão e dos demais da lista anual.

Ademais, se bastassem meras alegações, seria sempre possível a qualquer das partes obter o desaforamento e só seria julgado na comarca quem o quisesse.

4. *Caráter objetivo da dúvida sobre a imparcialidade*

A dúvida de que fala o art. 424 não é a atitude mental de incerteza ou a perplexidade existente no espírito de uma das partes, ou do juiz.

É uma impossibilidade lógica de concluir num ou noutro sentido em vista de *fatos*. No caso da consulta, porém, nem mesmo a dúvida puramente subjetiva se fixou no espírito do digno promotor que pediu o desaforamento. A Consulta informa de que Sua Excelência vacilou, hesitou, tergiversou: pediu ao Tribunal que desaforasse o processo; logo desistiu do pedido, para em seguida voltar a ele. Portanto a dúvida, que realmente existe, não é sobre a imparcialidade do júri, mas sobre condição do órgão do Ministério Público, certamente honrado e desejoso de acertar, mas, possivelmente, influenciado, ele sim, por injunções locais, que o fazem tomar três orientações em sete dias. Isso aliás foi assinalado pelo douto Procurador-Geral, que discordou de seu subordinado e opinou contra o desaforamento.

Para ensejar o desaforamento, a dúvida sobre a imparcialidade do júri deve ter por si *razões graves*, baseadas em *fatos*, devidamente comprovados. Não basta a mera suspeita, a simples desconfiança, ou o receio do promotor. Para esses casos a lei aponta outros remédios: a recusa peremptória de jurados, até o número de três (Cod. Proc. Penal, art. 459, parág. 2.º); a faculdade de argüir e comprovar a suspeição de outros jurados (art. 106), inclusive com a possibilidade de não se formar o Conselho (art. 459, parág. 1.º). Bem andou o E. Tribunal de Justiça de São Paulo ao decidir:

“O corpo de jurados é numeroso. Sete apenas são sorteados. As partes podem ainda recusar três nomes. Portanto, a não ser em casos excepcionais, *de manifestações de tal forma graves e expressivas*, que sejam capazes de gerar suspeitas de parcialidade do próprio tribunal popular, não se deve conceder o desaforamento” (sem grifo no original). (Revista dos Tribunais, vol. 211, pág. 70.)

O que a lei procura evitar com o desaforamento não é o simples interesse de alguém pró-réu ou contra ele. Isso é inevitável, especialmente em pequenas comarcas. Acertadamente observava O. Costa Manso, em acórdão de sua lavra que “as repercussões do fato, favo-

ráveis ou contrárias, são fenômenos naturais que influem precisamente como elementos legítimos de integração da política criminal. Subtrair o bemquisto ou malquisto ao julgamento de seus contrrâneos, afastar da comarca a decisão de todo caso mais sensacional ou alarmante é retirar do Júri exatamente uma de suas poucas virtudes, só encontradas nos tribunais do interior: a de exercer a justiça com melhor consciência daqueles já aludidos fatores individuais e sociais que fundamentam a política criminal” (in Darcy Arruda Miranda, *Repertório de Jurisprudência do Código de Processo Penal*, 1958, vol. VI, pág. 547).

5. *Necessidade de provar os fatos alegados*

É de toda evidência que os fatos invocados para o pedido de desaforamento devem ser provados. Aqui, como sempre a matéria de processo, o que não está nos autos não está no mundo, não existe (*Quod non est in actis non est in mundo*). Neste sentido, a jurisprudência de nossos tribunais em matéria de desaforamento: “Indefere-se o pedido quando o interessado não oferecer prova capaz de justificar o atendimento da medida (Revista dos Tribunais, vol. 12, pág. 461).

Pelas razões expostas, assim respondo à Consulta:

Ao primeiro quesito:

É caso de desaforamento?

Não! A hipótese da Consulta não consubstancia um caso de desaforamento. Isto porque:

há meras alegações de influência do acusado sobre ex-Prefeito do município em que ocorreu o crime;

não está dito e *muito menos provado* que o ex-Prefeito esteja influenciando sobre os jurados;

o próprio Ministério Público vacila: pede o desaforamento; em seguida nega-lhe razão, afirmando que o pedido fora elaborado conjuntamente com os auxiliares de acusação (o que é totalmente irregular, pois esses não podem colaborar na redação dos atos do Ministério Público e não são parte legítima para pedir desaforamento) e que posteriormente ele, órgão do Ministério Público, havia verificado que os fatos alegados não correspondiam à realidade da prova dos autos!

Dias depois, entretanto, desiste da desistência “pelas condições já expostas no pedido inicial”, isto é, as mesmas que ele afirma ter comprovado não corresponderem à realidade e à prova dos autos. Fica assim patente que se alguém está sofrendo influência estranha e deve ser recusado é o Promotor, e não os jurados;

É importante salientar que o pedido de desaforamento foi feito na base de afirmações gratuitas e não foi acompanhado de qualquer

prova! Só isso bastaria para denegá-lo. No dia em que simples arguições puderem servir para a concessão de qualquer providência judicial, a segurança dos jurisdicionados e a autoridade das decisões estarão irremediavelmente comprometidas.

Acrescente-se que o juiz da comarca informou o Tribunal de que não existiam as razões invocadas e mostrou como a petição do Ministério Público distorcia a realidade e continha graves anacronismos, tudo no intuito de estabelecer relação de causalidade entre fatos em que as causas são, na verdade, posteriores aos supostos efeitos! Isso, aliás, permite concluir que se há um suspeito neste caso, esse é o Promotor, o qual se deixa levar por informações falsas de pessoas interessadas e age ao sabor dos ventos (Ressalvada evidentemente a boa fé, que resvala pela ingenuidade).

Ao segundo quesito:

Na hipótese de resposta negativa ao primeiro quesito, cabe recurso da decisão proferida pelo E. Tribunal de Justiça de Pernambuco?

Não há recurso de decisão sobre desaforamento, ainda que errada, injusta e ilegal.

Poderia parecer que dela cabem embargos. A Lei 1.720-B, de 3 de novembro de 1952, que os introduziu na legislação processual penal, chega a dar impressão, pois assim dispõe: "Quando não for unânime a decisão de segunda instância desfavorável ao réu, admitem-se embargos infringentes e de nulidade, que poderão ser opostos dentro de dez dias, a contar da publicação do acórdão, na forma do art. 613."

Em princípio, tais embargos são oponíveis às decisões proferidas em apelação. Não por força do art. 609, como alguns supuseram. Esse dispositivo continha e contém apenas uma norma de *competência*. Antes da Lei 1.720-B, o que nele se dizia era que "os recursos e apelações serão julgados pelos tribunais de apelação...". E após a Lei 1.720-B: "Os recursos, apelações e embargos serão julgados pelos tribunais de justiça". Dele, portanto, não seria lícito inferir nada acerca dos casos de *admissibilidade* do recurso. Mas a circunstância de os embargos terem sido incluídos no capítulo relativo ao procedimento das apelações e recursos estritos nos tribunais e não no capítulo das disposições gerais ou em capítulo especial, parece indicar que a lei quis limitá-los. E limitá-los a que decisões? As Ordenações Filipinas os admitiam de qualquer uma (L. 3.º, tít. 66, parág. 6.º). Mas tais foram os abusos, freqüentemente verberados pelos praxistas (especialmente Alexandre Caetano Gomes) que o Regulamento n.º 737, de 25 de novembro de 1850, lhes restringiu a admissibilidade às decisões de segunda instância acerca do mérito. Aproximou-se o Direito brasileiro das legislações estrangeiras, que não conhecem esse tipo de

recurso. Introduzidos no processo criminal pelo *usus fori*, desde 1578, ficaram restritos às decisões de mérito proferidas pelos tribunais.

E assim tem sido entendido o parágrafo introduzido no art. 609 pela Lei 1.720-B.

Isso porém não exclui a possibilidade de embargos a acórdãos proferidos pelos tribunais em matéria de sua competência originária. O fato de a lei falar em "decisão de segunda instância" não deve fazer acreditar que ela pretendeu negar os embargos quando o tribunal decide originariamente. Apesar da redação imprecisa, o que a lei quis afastar foi a possibilidade de embargos às decisões de juiz de primeiro grau. Em outras palavras: só *acórdãos* são embargáveis. Se a lei impedisse embargos às decisões originárias dos tribunais, as pessoas ali processadas em instância única teriam menores garantias que as levadas a eles em segunda instância. Sob o aspecto doutrinário, não repugna admitir embargos de acórdãos proferidos em matéria de competência originária. O próprio Supremo Tribunal Federal inscreveu no art. 310, I, de seu Regimento Interno: "Caberão embargos à decisão não unânime do plenário que julgar procedente a ação penal (art. 223)". E o artigo 223 figura no título "Das ações originárias".

O certo é que embargos somente cabem de decisões proferidas por tribunais e concernentes ao mérito. Deles, portanto, não há que cogitar na hipótese da consulta.

Ao terceiro quesito:

No caso de resposta negativa ao segundo quesito, o erro fica sem remédio?

Evidentemente não.

É princípio geral do Direito o de que nenhum erro deve ficar sem reparo. Especialmente na esfera do Direito punitivo há sempre remédio para qualquer ato que acarrete injustiça ou exponha a ela. O contrário seria iníquo. No Direito anglo-americano se diz: a equidade não tolera a existência de mal sem remédio (*Equity does not suffer a wrong to be without a remedy*). V., a este respeito, as considerações contidas em meus *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2.ª edição, São Paulo, 1977, 1.º vol., págs. 34 a 49). Até para o erro de sentença condenatória transitada em julgado há remédio: a ação revisional dos arts. 621 e segs. do Cód. Proc. Penal. Consequentemente não poderia ficar sem remédio uma decisão que expõe o acusado à ameaça de constrangimento decorrente do fato de ser retirado de seu juízo natural ao arredo da lei. Esse remédio é o *habeas corpus*.

Por isso, o Egrégio Supremo Tribunal Federal sempre conheceu de pedidos de *habeas corpus* em casos de desaforamento (apenas

para ilustrar, pois o número é imenso: Revista dos Tribunais, vol. 189, pág. 1.206; vol. 200, pág. 658; vol. 204, pág. 632; vol. 205, pág. 587).

A solução apontada pelo Direito e sabiamente admitida pela Alta Corte ainda mais se impõe no Brasil do que em qualquer outro país. Porque as leis estrangeiras, quando acolhem a possibilidade de desaforamento (e nem todas o fazem) exigem que o Tribunal ouça a parte contrária à requerente. E, se o pedido é feito pelo juízo da comarca, têm que ser ouvidas as duas partes. Tal não acontece no Brasil. Isso permite recluir que saia ferido o princípio do contraditório.

E quando o desaforamento é requerido pelo Ministério Público — como no caso da consulta — é razoável afirmar que a lei brasileira arranha também a garantia constitucional da ampla defesa (art. 153, parág. 15 da Constituição da República Federativa do Brasil). Admitindo o *habeas corpus* para examinar as decisões de desaforamento o E. Supremo Tribunal defende a Constituição.

RESENHA BIBLIOGRÁFICA

ROBERTO LYRA FILHO, *Para um Direito sem Dogmas*, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor (Rua Miguel Couto, 745, CEP 90.000), 1980.

Para um Direito sem Dogmas pretende analisar os fundamentos duma cultura jurídica em decadência. Nesse estudo, o autor busca as origens da chamada Ciência Dogmática do Direito, mostrando que representa a cristalização de posicionamentos conservadores, servindo à estrutura dominante, através da ideologia que melhor lhe convém.

A partir do conceito de dogma, tal como apareceu na antigüidade, o autor demonstra que o processo de dogmatização é sempre um fenômeno paralisador, um obstáculo ao pensamento progressista. São examinadas, com esse propósito, as escolas filosóficas e religiosas da Grécia Antiga, os primeiros ensaios, em Roma, da dogmática jurídica, e os sucessivos reaparecimentos dessa ideologia, segundo o impulso das infra-estruturas que a condicionam.

Um estimulante paralelo é estabelecido entre a teologia cristã e a "teologia" do jurista, que faz da lei o seu dogma. Nesse contexto, o autor sugere que os rumos atuais do pensamento teológico, malgrado as reações tradicionalistas, evidenciam uma nítida rebeldia contra os dogmas. Fica patente que, se a dogmática religiosa já não contém as teologias mais avançadas, tampouco a "teologia" dos juristas poderá domar o impulso crítico, manifestado no panorama das idéias. Ele advém da conscientização de contradições que ensejam o trabalho intelectual renovador, na crise estrutural da sociedade.

Sustenta o autor que, constituído no avanço das formações capitalistas e burguesas, como instrumento ideológico assinalando a chegada ao poder duma classe, a Ciência Dogmática do Direito é, hoje, um entrave à reflexão que se vincula ao movimento histórico rumo ao socialismo. A esse propósito, aprofunda o exame dos próprios sistemas jurídicos, estabelecidos nos primeiros ensaios de criação duma sociedade socialista, indicando de que forma e por que razão eles mesmos tendem a abandonar o legalismo outrora prevalecente. Na doutrina ocidental, tanto quanto na oriental, nota o autor, há um degelo do positivismo, e o próprio "legalismo socialista" vai sendo superado. Ilustra essa verificação com exame da produção, entre outros, do grupo de Grenoble, em França, ou dos pensadores húngaros e poloneses mais inquietos e fecundos.

O largo painel crítico situa *Para um Direito sem Dogmas* como ensaio preliminar e autônomo, anunciando a trilogia que constituirá o arremate da obra científica e filosófica do autor: *Humanismo Socialista e Direitos Humanos*, sob o ângulo iurisfilosófico; *Introdução à Criminologia Dialética*, reapresentando, em forma atualizada e enriquecida, as propostas originais, que tiveram larga repercussão internacional; *Direito Criminal Socialista*, em que retorna à bibliografia da disciplina com que iniciou o roteiro, após a larga excursão, na qual se aparelhou para rever os fundamentos do Direito Criminal.

Para um Direito sem Dogmas é editado como parte das comemorações do trintênio de docência do prof. Roberto Lyra Filho e introdução ao seu pensamento iurisfilosófico, assim como o estudo — *Carta Aberta a um Jovem Criminólogo: Teoria, Práxis e Táticas Atuais* — introduz ao seu pensamento em Criminologia.

O prof. Roberto Lyra Filho define-se, hoje, como um professor que abandonou os antigos compromissos conservadores, para engajar-se na linha do pensamento progressista. Orienta-se no sentido de um humanista realista, que não quer tornar-se alienado e abstrato, mas decididamente tributário do que exigem o anseio dos desprotegidos e o Projeto dos intelectuais de vanguarda, a serviço do povo e visando ao socialismo.

O prof. Roberto Lyra Filho é, atualmente, no Brasil, o pioneiro do supra-legalismo militante, no sentido daquela utopia *realista*, a que se refere Ernst Bloch. Ele convida a repensar o direito, como práxis e como produto histórico-social e sócio-político, e não limitado à normação contida nas leis do Estado classista. Ao revés, o que aponta é o processo conflitivo, em que uma pluralidade de ordenamentos, oriundos da divisão de classes, explica a atual crise de legitimidade, ante legalidades míopes, truculentas e opostas às reivindicações de maiorias desamparadas e minorias oprimidas por uma só minoria prepotente. É a renovada visão do direito, dentro do processo histórico, na direção do alargamento infra-estrutural, em que a luta pela sociedade reestruturada envolve um ângulo jurídico também. O direito não nasce, nem se esgota, não se unifica, nem se detém, quando o voluntarismo do Estado classista pretende havê-lo transformado em norma formalizada, incontestável e só ela “jurídica”.

G.A.P.

HELENO CLAUDIO FRAGOSO, *Lei de Segurança Nacional: uma experiência antidemocrática*, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris, 1980.

Na área da defesa dos direitos humanos, o ano de 1980 inicia-se com o lançamento da *plquette*, em 60 páginas, contendo o desenvolvimento de trabalho preparado pelo Professor Heleno Fragoso para o Conselho Federal da OAB e adotado como manifestação oficial sobre o tema da Lei de Segurança Nacional.

Leis de Segurança Nacional são sempre leis de insegurança das nações e instrumentos para reprimir ou suprimir os direitos humanos assegurados ao

longo da história: no *Bill of Rights* (22 de janeiro de 1689) imposto pelo povo inglês ao novo rei Guilherme III; na Convenção de Filadélfia, de 1797; na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789; na Declaração Universal dos Direitos do Homem votada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, direitos perfilhados nas cartas constitucionais de todos os povos cultos, inclusive nas nossas, mesmo nas outorgadas em 1967 e 1969.

As nossas leis de Segurança Nacional surgiram a partir de 4 de abril de 1935, como instrumento do ditador Vargas para reprimir o descontentamento popular. O levante militar de novembro de 1935 deu origem à Lei n.º 136 de dezembro de 1935 e, daí por diante, num crescendo de severidade e violência, chegáramos até o Decreto-Lei n.º 898, de 29 de setembro de 1969, baixado pela Junta Militar, que destituiu o Marechal Costa e Silva. Apavorada com o seqüestro de embaixadores, inclusive dos Estados Unidos, aperfeiçoou a intimidação através do Decreto-Lei n.º 975, de 20 de outubro do mesmo ano. Confrontando o texto desses últimos diplomas com os iniciais, vê-se o longo percurso na degradação da liberdade dos cidadãos e na involução das instituições. Percorremos um caminho inverso ao da civilização.

O pretexto de preservar o Mundo Livre impôs o Acordo Militar Brasil-Estados Unidos, hoje revogado e repudiado pelo Alto Comando, onde um dos integrantes até o qualifica publicamente de famigerado.

No espírito do Acordo Militar vieram as sucessivas e cada vez mais ferozes leis de segurança nacional, até à instituição da pena de morte e da prisão perpétua, rompendo com a tradição humanística do Direito brasileiro. Num livro de Robert S. MacNamara, então Secretário de Defesa dos Estados Unidos, sob o título *A Essência da Segurança* (*The Essence of Security*), em 1968, à p. 44 da edição brasileira, lê-se: “Em nosso hemisfério, tornamos a dar orientação completamente nova à nossa polícia militar em relação à América Latina, durante os últimos anos. Nosso objetivo foi colocá-la em harmonia com a natureza e o escopo da verdadeira ameaça ao sul de nosso país.” Depois de assinalar o remoto risco de uma guerra externa e, portanto, a desnecessidade de armamentos para esse tipo de combate, acrescenta: “Realmente, outra grande mudança em nossa política reflete a necessidade de enfrentar ameaça de levantes inspirados por forças externas. Essa ameaça tem sido grande desafio a alguns de nossos aliados latino-americanos, e temos procurado auxiliá-los, proporcionando-lhes treinamento, conselheiros, ajuda em equipamentos e técnicas contra levantes”. Na ordem dessas considerações, Robert S. MacNamara prossegue enunciando os instrumentos a serem utilizados para resguardar a segurança dos Estados Unidos, em nossos países.

Inteirando-se destes prolegômenos, o leitor penetrará no estudo do Prof. Heleno Fragoso com muito maior capacitação para apreender as agressões à ordem jurídica e à técnica legislativa, ressaltadas no texto.

O autor mostra os artigos ininteligíveis, como o art. 2.º do Decreto-Lei n.º 898, § 1.º, do art. 3.º e outros, falha inédita na legislação penal brasileira. O art. 3.º, § 2.º, apresenta “definição complicada de guerra psicológica adversa, elevando a tal categoria, ou seja, à categoria de guerra, qualquer manifes-

tação do pensamento nos campos político, econômico, psicossocial ou militar, contrária à tal consecução dos objetivos nacionais" (p. 23). Quais são os objetivos nacionais? Cada Presidente da República, cada diretor da Escola Superior de Guerra formulou concepção diferente de seu antecessor. Como, então, caracterizar uma violação dos objetivos nacionais, para incriminar um subversivo?

Tudo indica que os textos foram formulados por militares pouco familiarizados com a língua inglesa e traduzindo mal preceitos que deveriam ser incorporados à nossa legislação penal.

Bem dizia Goethe: "Não há nada mais terrível de se ver do que a ignorância em ação".

Heleno Fragoso dissecava toda a incompetência técnica e os ódios que resumam dessas leis, as quais bem refletem um dos períodos mais ominosos de nossa História.

Essa lei de segurança, assim imprecisa, deveria ser aplicada por oficiais-generais inteiramente jejunos de ciência jurídica, reunidos no Superior Tribunal Militar. Poderia ter sido uma catástrofe para o País. Felizmente, não o foi. Uma brilhante equipe de advogados, entre os quais o Prof. Heleno Fragoso, arrostou todos os riscos, e alguns deles, inclusive Heleno, sofreram seqüestros, prisões e outros expedientes de intimidação; o punhado de juristas permaneceu, anos a fio, nas tribunas de defesa dos presos políticos, e em processo, após processo, ministrou aulas e mais aulas de Direito Penal. Muitos desses oficiais, sobretudo os mais inteligentes e probos, beberam avidamente as lições e, se aplicavam as penas bárbaras, em verdade rejeitaram os preceitos insanos. Criaram uma reputação para o Superior Tribunal Militar em que se tornou freqüente ouvir proclamar, entre os advogados, que a justiça castrense estava julgando melhor do que a civil. Sobral Pinto externou essa opinião em várias entrevistas à imprensa, e Heleno registra que, se o deputado Francisco Pinto, acusado por ofensas ao Gen. Pinochet, ditador chileno, tivesse sido julgado pela Justiça Militar, não teria sido condenado (p. 31).

É lamentável que o estudo compreenda todo o texto do Decreto-Lei n.º 898 e dedique apenas duas páginas à Lei n.º 6.620, de 20 de dezembro de 1978, que tratou de expurgar o que de mais odioso e retrógrado encerrava a lei anterior, sobretudo eliminando as penas de morte e de prisão perpétua, e reduzindo a extensão das outras. Trata-se, todavia, de um projeto emanado do Poder Executivo e para cuja aprovação o Gen. Geisel exigira o regime de urgência, expediente a que recorrem, quando não querem permitir emendas pelo Congresso Nacional. Seria um precioso serviço se Heleno Fragoso dedicasse à atual Lei de Segurança o mesmo número de páginas atribuídas à precedente. Conclui esperando a revisão da lei, "quando o Congresso Nacional readquirir plenamente a sua independência e autonomia, liberando-se do domínio completo que sobre ele exerce o Executivo. Isso acontecerá quando se alcançar a plenitude democrática que todos almejamos".

Na História dos Direitos Humanos no Brasil, este livrinho do Prof. Heleno Fragoso constituirá um capítulo indispensável.

Numa oportunidade como esta de reviver aspectos de atuação positiva no Superior Tribunal Militar, tão bem sintetizados por Heleno Fragoso em seu pequeno trabalho, é justo registrar ainda outros atos importantes. Por exemplo, o empenho de vários Ministros em apurar a responsabilidade penal de torturadores, ante elementos informativos encontrados em autos que subiram até aquela corte de justiça. Os oficiais-generais expediam ofícios às autoridades ou simplesmente engavetavam as determinações, ou até, como aconteceu com o Governador Faria Lima, este, pública e ostensivamente, criticou o Ministro do Superior Tribunal Militar. A Lei Processual Penal comum (arts. 27 e 40) aplicável à Justiça Militar pelo CPPM, art. 3.º, letra *a*, dá atribuições aos juízes e tribunais para determinarem, desde logo, ao Ministério Público, o oferecimento da denúncia, e o Código Penal Militar manda punir quem retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, e pune ainda quem deixar de responsabilizar subordinado que comete infração no exercício do cargo, ou quando lhe falte competência, não levar o fato ao conhecimento da autoridade competente (CPM, arts. 319 e 322). Por ignorância, ou por falta de ânimo, nenhum magistrado jamais acionou esses dispositivos. Os torturadores não foram molestados e alguns chegaram a receber condecorações oficiais.

Tudo isso alimenta a convicção de que a *plaquette* do Prof. Heleno Fragoso deverá ser o ponto de partida para um levantamento histórico, nos tribunais, da repressão política instaurada no Brasil, com a instituição do regime militar. Teria a maior importância para o esclarecimento público e formação da consciência democrática, do mesmo modo como se praticou na Alemanha, Itália, Espanha e Portugal, em relação aos regimes de força que tanto sacrificaram aqueles povos.

Osny Duarte Pereira

GERHARD DORNSEIFER, *Rechtstheorie und Strafrechtsdogmatik* Adolf Merkel, Dunkler und Humblot, Berlin, 1979.

Não há dúvida de que o grande esquecido, ultimamente, da trilogia penalista de meados do século XIX foi Adolf Merkel. O finalismo, especialmente Armin Kaufmann, divulgou Karl Binding, aliás com justa razão, já que uma transformação da teoria do delito que acentuasse e partisse da teoria da ação só seria possível se correlativamente se aprofundasse a teoria da norma. Mais tarde Roxin e em geral os autores do Projeto Alternativo Alemão de Parte Geral reviveram o pensamento de Franz v. Liszt, e como ocorrera com os finalistas, isso se justificava completamente. Uma consideração global das ciências penais, com ênfase na importância que para uma concepção do delito e da pena têm as políticas do estado e aqueles aspectos que são os substratos sócio-políticos do delito, não poderia alhear-se à grande contribuição de V. Liszt Karl Binding e Franz V. Liszt aparecem, pois, como dois nítidos pontos de referência nas últimas décadas da história do direito penal. Entre eles pareceria esfumar-se a personalidade de Adolf Merkel,

talvez precisamente por ter-se arremetido contra o idealismo normativista e o empirismo positivista. Em resumo, seu ataque dirigiu-se contra qualquer classe de dogmatismo. O excelente trabalho de Gerhard Dornseifer está destinado à tarefa de explicitar este papel fundamental desempenhado por Adolf Merkel na ciência penal, e talvez não sem menos razão que nos casos anteriores. Jovem discípulo de Armin Kaufmann, dentro pois dos últimos estratos da teoria finalista, encontra-se, assim como Merkel, ante duas alternativas, uma que já não satisfaz e outra que não consegue concretizar-se nitidamente, e, também como Merkel, trata de buscar um caminho de superação.

A obra, dividida em cinco capítulos, aborda em cada um deles os pontos essenciais do trabalho desenvolvido por Merkel.

O primeiro capítulo estabelece as posições fundamentais de uma teoria jurídica realista. Merkel, como muitos penalistas atuais, sofre o forte influxo que, no século XIX, representou a irrupção da sociologia e, com ela, das ciências naturais. Daí seu forte ataque ao idealismo que confunde o que sucede com o que deve suceder. Mas isso não significa que Merkel caia completamente na vertente naturalista tão em voga naquela época, e ardorosamente defendida por V. Liszt. Seu ponto essencial de crítica é o da negociação da responsabilidade individual, aspecto crucial não só naquele tempo, como também agora. Em face de uma acentuação eticizante da responsabilidade individual, no finalismo, de Roxin em diante, a tendência tem sido fazer desaparecer o próprio estabelecimento da responsabilidade e substituí-la por simples conceitos utilitários, como da necessidade ou da proporcionalidade da pena. Evidente contradição em um mundo que, pelo menos na luta ideológica, tende a ser mais humano.

Merkel, certamente como anota Dornseifer, acolhe, em grande medida, o positivismo evolucionista de Spencer, mas através do "entendimento construtivo", consegue uma superação que o entronca com o pensamento atual de Albert, de um racionalismo crítico. Falta, talvez, neste capítulo, uma consideração do pensamento de Merkel em relação ao marxismo.

O segundo capítulo trata da posição de Merkel a respeito da filosofia do direito e da ciência do direito. Dornseifer enfatiza aqui as relações entre Merkel e a escola analítica da filosofia positivista e, igualmente, com a posição de Welzel e Kaufmann das estruturas lógico-objetivas. Mas, seguramente, além de todas essas equiparações ou comparações, que somente podem estar na estrutura mental do observador, o importante a destacar, como assinala o próprio Dornseifer, é o fato, claro em Merkel (e, também, em Liszt e em Welzel), de que a teoria jurídica é uma ciência limite, cujos conceitos básicos se enraizam, portanto, no âmbito de outras ciências.

O terceiro capítulo está dedicado à posição de Merkel sobre o direito. Aqui se detém, sobretudo, no problema da validade do direito, para o qual lhe serve de referência o pensamento de Kelsen, Hart e Welzel, especialmente. Destacando o ponto de partida de Merkel, de que "o dever-ser" é uma consequência do juízo sobre o que "é", o qual o leva a colocações que, de modo

algum, se entroncam com o positivismo, seja o de Kelsen ou o da filosofia analítica, e mais propriamente encontram uma projeção nos intentos superadores de Welzel e Kaufmann.

A estrutura da norma jurídica é o objeto do capítulo quarto, em que se realça com justiça a importância da contribuição de Merkel ao criticar a teoria imperativista que concebia o direito como uma soma de proibições e mandatos, com o que não se lograra explicar as normas de competência, os direitos subjetivos e as disposições distributivas. O discurso fundamental da construção de Merkel residiu no problema do destinatário da norma, como assinala Dornseifer, ao entender que a norma só podia dirigir-se ao imputável, pois não teria sentido dirigir a norma a quem não a entende e não a pode cumprir, com o qual se confundiriam duas ordens diferentes: a do dever-ser e a da capacidade de motivação, a antijuridicidade e a culpabilidade. Porém, por isto mesmo não há dúvida que a concepção de injusto de Merkel é um antecedente da moderna concepção pessoal de injusto, e por outra parte tal inquietude se encontra também naqueles que pretendem uma eliminação do conceito de culpabilidade, e que conseqüentemente, como é o caso de Gimbernat Ordeig, situam o estado de necessidade sempre como um problema de injusto.

O último e quinto capítulo está dedicado à posição de Merkel no campo do direito penal. O primeiro aspecto tratado faz referência à ação punível, dentro do qual o mais importante é a crítica que faz a Binding, no sentido de que o delito não é simplesmente uma desobediência, senão uma lesão de interesses, único critério que pode explicar as variações históricas no julgamento e apreciação dos delitos e, além disso, a problemática da medição da pena. Um outro ponto importante que se destaca é o que se refere à concepção da culpabilidade, onde de um lado, ao contrário dos clássicos, Merkel apresenta um conceito determinista, e, por outro lado, ao contrário da nova escola, defende a significação da culpabilidade e da responsabilidade para o direito penal. Para Merkel a culpabilidade e a imputação se assentam sobre "a consciência da própria causalidade" e por outro lado sobre os "juízos de valor em relação a nossas ações..." (Dornseifer, p. 96). Por último, também na pena se põem em relevo as tentativas superadoras de Merkel, enquanto trata de conciliar pena retributiva com uma concepção final da pena: "a retribuição que está na pena satisfaz seu fim somente quando ela é justa" (Dornseifer, p. 97). Esta colocação de Merkel ultimamente reapareceu em Jakobs, e para ela concorreu a análise sistemática de Luhmann.

Em resumo, a obra de Dornseifer é uma apresentação completíssima do pensamento *realista* de Merkel, com todas suas atuais projeções e os ensinamentos que nos deixou. Não sem razão, foi precisamente Dorado Monteiro quem traduziu o direito penal de Merkel para o espanhol.

Jean Bustos Ramírez

LIVROS NOVOS RECEBIDOS

- ANDRADE (Christiano José), *Da Prescrição em Matéria Penal*, São Paulo, Rev. Tribs., 1979.
- Arquivos do Ministério da Justiça* n.º 152 — out.-dez./1979. Dois debates no MJ: Criminalidade e Violência. O casal e a Lei.
- BARBERO SANTOS (Marino) *et al.*, *Estudios Penales y Criminologicos*, Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, 1979.
- CARVALHO F.º (Aloysio) — ROMEIRO (Jorge Alberto), *Comentários ao Código Penal*, vol. IV, Rio de Janeiro, Forense, 1979 (5.ª ed.).
- CAVALLA (F.), *La pena come problema*, Pádua, Cedam, 1979.
- FRAGOSO (Augusto), *Lei de Segurança Nacional*, Escola Superior de Guerra, 1979 (mimeografado).
- GREVI (V.), *La nuova disciplina delle intercettazioni telefoniche*, Milão, Giuffrè, 1979.
- ILLUMINATI (G.), *La Presunzione di Innocenza dell'imputato*, Bolonha, Zanichelli, 1979.
- REGINA (A.), *L'esercizio Arbitrario Delle Propine Razioni*, Pádua, Cedam, 1979.
- SANTOS (Juarez Cirino dos), *A Criminologia da Repressão*, Rio de Janeiro, 1979.
- SARAIVA DE MORAES (Railda), *O Poder de Graça*, Rio de Janeiro, Forense, 1979.
- UBERTIS (G.), *Fatto e Valore nel Sistema Probatorio*, Milão, Giuffrè, 1979.

LEIS E PROJETOS

LEI N.º 6.683, DE 28 DE AGOSTO DE 1979

Concede anistia e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA,

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

Art. 1.º — É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de Fundações vinculadas ao Poder Público, aos servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares (VETADO).

§ 1.º — Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

§ 2.º — Exceção-se dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal.

§ 3.º — Terá direito à reversão ao Serviço Público a esposa do militar demitido por Ato Institucional, que foi obrigada a pedir exoneração do respectivo cargo, para poder habilitar-se ao montepio militar, obedecidas as exigências do art. 3.º.

Art. 2.º — Os servidores civis e militares demitidos, postos em disponibilidade, aposentados, transferidos para a reserva ou reformados, poderão, nos cento e vinte dias seguintes à publicação desta lei, requerer o seu retorno ou reversão ao serviço ativo:

I — se servidor civil ou militar, ao respectivo Ministro de Estado;

II — se servidor da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Assembleia Legislativa e de Câmara Municipal, aos respectivos Presidentes;

III — se servidor do Poder Judiciário, ao Presidente do respectivo Tribunal;

IV — se servidor de Estado, do Distrito Federal, de Território ou de Município, ao Governador ou Prefeito.

Parágrafo único — A decisão, nos requerimentos de ex-integrantes das Polícias Militares ou dos Corpos de Bombeiros, será precedida de parecer de comissões presididas pelos respectivos Comandantes.

Art. 3.º — O retorno ou a reversão ao serviço ativo somente será deferido para o mesmo cargo ou emprego, posto ou graduação que o servidor, civil ou militar, ocupava na data de seu afastamento, condicionado, necessariamente, à existência de vaga e ao interesse da Administração.

§ 1.º — Os requerimentos serão processados e instruídos por comissões especialmente designadas pela autoridade à qual caiba apreciá-los.

§ 2.º — O despacho decisório será proferido nos cento e oitenta dias seguintes ao recebimento do pedido.

§ 3.º — No caso de deferimento, o servidor civil será incluído em Quadro Suplementar e o militar de acordo com o que estabelecer o Decreto a que se refere o art. 13 desta Lei.

§ 4.º — O retorno e a reversão ao serviço ativo não serão permitidos se o afastamento tiver sido motivado por improbidade do servidor.

§ 5.º — Se o destinatário da anistia houver falecido fica garantido aos seus dependentes o direito às vantagens que lhe seriam devidas se estivesse vivo na data da entrada em vigor da presente Lei.

Art. 4.º — Os servidores que, no prazo fixado no art. 2.º, não requererem o retorno ou a reversão à atividade ou tiverem seu pedido indeferido, serão considerados aposentados, transferidos para a reserva ou reformados, contando-se o tempo de afastamento do serviço ativo para efeito de cálculo de proventos da inatividade ou da pensão.

Art. 5.º — Nos casos em que a aplicação do artigo anterior acarretar proventos em total inferior à importância percebida, a título de pensão, pela família do servidor, será garantido a este o pagamento da diferença respectiva como vantagem individual.

Art. 6.º — O cônjuge, qualquer parente, ou afim, na linha reta, ou na colateral, ou o Ministério Público, poderá requerer a declaração de ausência de pessoa que, envolvida em atividades políticas, esteja, até a data de vigência desta Lei, desaparecida do seu domicílio, sem que dela haja notícias por mais de 1 (um) ano.

§ 1.º — Na petição, o requerente, exibindo a prova de sua legitimidade, oferecerá rol de, no mínimo, 3 (três) testemunhas e os documentos relativos ao desaparecimento, se existentes.

§ 2.º — O juiz designará audiência, que, na presença do órgão do Ministério Público, será realizada nos 10 (dez) dias seguintes ao da apresentação do requerimento e proferirá, tanto que concluída a instrução, no prazo máximo de 5 (cinco) dias, sentença, da qual, se concessiva do pedido, não caberá recurso.

§ 3.º — Se os documentos apresentados pelo requerente constituírem prova suficiente do desaparecimento, o juiz, ouvido o Ministério Público em

24 (vinte e quatro) horas, proferirá, no prazo de 5 (cinco) dias e independentemente de audiência, sentença, da qual, se concessiva, não caberá recurso.

§ 4.º — Depois de averbada no registro civil, a sentença que declarar a ausência gera a presunção de morte do desaparecido, para os fins de dissolução do casamento e de abertura de sucessão definitiva.

Art. 7.º — É concedida anistia aos empregados das empresas privadas que, por motivo de participação em greve ou em quaisquer movimentos reivindicatórios ou de reclamação de direitos regidos pela legislação social, hajam sido despedidos do trabalho, ou destituídos de cargos administrativos ou de representação sindical.

Art. 8.º — São anistiados, em relação às infrações e penalidades decorrentes do não cumprimento das obrigações do serviço militar, os que, à época do recrutamento, se encontravam, por motivos políticos, exilados ou impossibilitados de se apresentarem.

Parágrafo único — O disposto neste artigo aplica-se aos dependentes do anistiado.

Art. 9.º — Terão os benefícios da anistia os dirigentes e representantes sindicais punidos pelos Atos a que se refere o art. 1.º ou que tenham sofrido punições disciplinares ou incorrido em faltas ao serviço naquele período, desde que não excedentes de 30 (trinta) dias, bem como os estudantes.

Art. 10 — Aos servidores civis e militares reaproveitados, nos termos do art. 2.º, será contado o tempo de afastamento do serviço ativo, respeitado o disposto no art. 11.

Art. 11 — Esta Lei, além dos direitos nela expressos, não gera quaisquer outros, inclusive aqueles relativos a vencimentos, soldos, salários, proventos, restituições, atrasados, indenizações, promoções ou ressarcimentos.

Art. 12 — Os anistiados que se inscreverem em partido político legalmente constituído poderão votar e ser votados nas convenções partidárias a se realizarem no prazo de 1 (um) ano a partir da vigência desta Lei.

Art. 13 — O Poder Executivo, dentro de 30 (trinta) dias, baixará decreto regulamentando esta Lei.

Art. 14 — Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação.

Art. 15 — Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 28 de agosto de 1979; 158.º da Independência e 91.º da República.

(Publicada no D.O. de 28/8/79.)

LEI N.º 6.697, DE 10 DE OUTUBRO DE 1979

Institui o Código de Menores.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA,

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

CÓDIGO DE MENORES

LIVRO I

PARTE GERAL

TÍTULO I

DISPOSIÇÕES PRELIMINARES

Art. 1.º — Este Código dispõe sobre assistência, proteção e vigilância a menores:

- I — até dezoito anos de idade, que se encontrem em situação irregular;
- II — entre dezoito e vinte e um anos, nos casos expressos em lei.

Parágrafo único — As medidas de caráter preventivo aplicam-se a todo menor de dezoito anos, independentemente de sua situação.

Art. 2.º — Para os efeitos deste Código, considera-se em situação irregular o menor:

I — privado de condições essenciais à sua subsistência, saúde e instrução obrigatória, ainda que, eventualmente, em razão de:

- a) — falta, ação ou omissão dos pais ou responsável;
- b) — manifesta impossibilidade dos pais ou responsável para provê-las;

II — vítima de maus-tratos ou castigos imoderados impostos pelos pais ou responsável;

III — em perigo moral, devido a:

a) — encontrar-se, de modo habitual, em ambiente contrário aos bons costumes;

b) — exploração em atividade contrária aos bons costumes;

IV — privado de representação ou assistência legal, pela falta eventual dos pais ou responsável;

V — com desvio de conduta, em virtude de grave inadaptação familiar ou comunitária;

VI — autor de infração penal.

Parágrafo único — Entende-se por responsável aquele que, não sendo pai ou mãe, exerce, a qualquer título, vigilância, direção ou educação de menor, ou voluntariamente o traz em seu poder ou companhia, independentemente de ato judicial.

Art. 3.º — Os atos judiciais, policiais e administrativos que digam respeito a menores são gratuitos e sigilosos, dependendo sua divulgação, ainda que por certidão, de deferimento da autoridade judiciária competente. Os editais de citação limitar-se-ão aos dados essenciais à identificação dos pais ou responsável.

Parágrafo único — A notícia que se publique a respeito de menor em situação irregular não o poderá identificar, vedando-se fotografia, referência a nome, apelido, filiação, parentesco e residência, salvo no caso de divulgação que vise à localização de menor desaparecido.

TÍTULO II

DA APLICAÇÃO DA LEI

Art. 4.º — A aplicação desta Lei levará em conta:

I — as diretrizes da Política Nacional do Bem-Estar do Menor, definidas pela legislação pertinente;

II — o contexto sócio-econômico e cultural em que se encontrem o menor e seus pais ou responsável;

III — o estudo de cada caso, realizado por equipe de que participe pessoal técnico, sempre que possível.

Parágrafo único — Na ausência de serviço especializado, a autoridade judiciária poderá atribuir a pessoal habilitado o estudo a que se refere este artigo.

Art. 5.º — Na aplicação desta Lei, a proteção aos interesses do menor sobrelevará qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado.

TÍTULO III

DA AUTORIDADE JUDICIÁRIA

Art. 6.º — A autoridade judiciária a que se refere esta Lei será o Juiz de Menores, ou o Juiz que exerça essa função na forma da legislação local.

Art. 7.º — A autoridade judiciária competirá exercer diretamente, ou por intermédio de servidor efetivo ou de voluntário credenciado, fiscalização sobre o cumprimento das decisões judiciais ou determinações administrativas que houver tomado com relação à assistência, proteção e vigilância a menores.

Parágrafo único — A fiscalização poderá ser desempenhada por comissários voluntários, nomeados pela autoridade judiciária, a título gratuito, dentre pessoas idôneas merecedoras de sua confiança.

Art. 8.º — A autoridade judiciária, além das medidas especiais previstas nesta Lei, poderá, através de portaria ou provimento, determinar outras de ordem geral, que, ao seu prudente arbítrio, se demonstrarem necessárias à assistência, proteção e vigilância ao menor, respondendo por abuso ou desvio de poder.

TÍTULO IV

DAS ENTIDADES DE ASSISTÊNCIA E PROTEÇÃO AO MENOR

CAPÍTULO I

DAS ENTIDADES CRIADAS PELO PODER PÚBLICO

Art. 9.º — As entidades de assistência e proteção ao menor serão criadas pelo Poder Público, segundo as diretrizes da Política Nacional do Bem-Estar do Menor, e terão centros especializados destinados à recepção, triagem e observação, e à permanência de menores.

§ 1.º — O estudo do caso do menor no centro de recepção, triagem e observação considerará os aspectos social, médico e psicopedagógico, e será feito no prazo médio de três meses.

§ 2.º — A escolarização e a profissionalização do menor serão obrigatórias nos centros de permanência.

§ 3.º — Das anotações sobre os menores assistidos ou acolhidos constarão data e circunstâncias do atendimento, nome do menor e de seus pais ou responsável, sexo, idade, ficha de controle de sua formação, relação de seus pertences e demais dados que possibilitem sua identificação e a individualização de seu tratamento.

CAPÍTULO II

DAS ENTIDADES PARTICULARES

Art. 10 — As entidades particulares de assistência e proteção ao menor somente poderão funcionar depois de registradas no órgão estadual responsável pelos programas de bem-estar do menor, o qual comunicará o registro à autoridade judiciária local e à Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor.

Parágrafo único — Será negado registro à entidade que não se adequar às diretrizes da Política Nacional do Bem-Estar do Menor e ao disposto nesta Lei.

Art. 11 — Toda entidade manterá arquivo das anotações a que se refere o § 3.º do art. 9.º desta Lei, e promoverá a escolarização e a profissionalização de seus assistidos, preferentemente em estabelecimentos abertos.

Art. 12 — É vedado à entidade particular entregar menor *sub-judice* a qualquer pessoa, ou transferi-lo a outra entidade, sem autorização judicial.

TÍTULO V

DAS MEDIDAS DE ASSISTÊNCIA E PROTEÇÃO

CAPÍTULO I

DAS MEDIDAS APLICÁVEIS AO MENOR

Art. 13 — Toda medida aplicável ao menor visará, fundamentalmente, à sua integração sócio-familiar.

Art. 14 — São medidas aplicáveis ao menor pela autoridade judiciária:

I — advertência;

II — entrega aos pais ou responsável, ou a pessoa idônea, mediante termo de responsabilidade;

III — colocação em lar substituto;

IV — imposição do regime de liberdade assistida;

V — colocação em casa de semiliberdade;

VI — internação em estabelecimento educacional, ocupacional, psicopedagógico, hospitalar, psiquiátrico ou outro adequado.

Art. 15 — A autoridade judiciária poderá, a qualquer tempo e no que couber, de ofício ou mediante provocação fundamentada dos pais ou responsável, da autoridade administrativa competente ou do Ministério Público, cumular ou substituir as medidas de que trata este Capítulo.

Art. 16 — Para a execução de qualquer das medidas previstas neste Capítulo, a autoridade judiciária poderá, ciente o Ministério Público, determinar a apreensão do menor.

Parágrafo único — Em caso de apreensão para recambiamento, este será precedido de verificação do domicílio do menor, por intermédio do Juizado do domicílio indicado.

Seção I

Da Colocação em Lar Substituto

Subseção I

Disposições Gerais

Art. 17 — A colocação em lar substituto será feita mediante:

I — delegação do pátrio poder;

II — guarda;

III — tutela;

IV — adoção simples;

V — adoção plena.

Parágrafo único — A guarda de fato, se decorrente de anterior situação irregular, não impedirá a aplicação das medidas previstas neste artigo.

Art. 18 — São requisitos para a concessão de qualquer das formas de colocação em lar substituto:

I — qualificação completa do candidato a responsável e de seu cônjuge, se casado, com expressa anuência deste;

II — indicação de eventual relação de parentesco do candidato ou de seu cônjuge com o menor, especificando se este tem ou não parente vivo;

III — comprovação de idoneidade moral do candidato;

IV — atestado de sanidade física e mental do candidato;

V — indicação do cartório onde foi inscrito o nascimento do menor.

Parágrafo único — Não se deferirá colocação em lar substituto a pessoa que:

I — revele, por qualquer modo, incompatibilidade com a natureza da medida;

II — não ofereça ambiente familiar adequado.

Art. 19 — A colocação em lar substituto não admitirá transferência do menor a terceiros ou sua internação em estabelecimento de assistência a menores, sem autorização judicial.

Art. 20 — O estrangeiro residente ou domiciliado fora do País poderá pleitear colocação familiar somente para fins de adoção simples e se o adotando brasileiro estiver na situação irregular, não eventual, descrita na alínea *a*, inciso I, do art. 2.º desta Lei.

Subseção II

Da Delegação do Pátrio Poder

Art. 21 — Admitir-se-á delegação do pátrio poder, desejada pelos pais ou responsável, para prevenir a ocorrência de situação irregular do menor.

Art. 22 — Precederão a decisão homologatória:

I — estudo social do caso;

II — audiência do Ministério Público;

III — advertência pessoal, certificada nos autos aos delegantes e delegados, quanto à irretratabilidade da delegação.

Art. 23 — A delegação do pátrio poder será exercida pessoalmente, vedada desoneração unilateral.

Parágrafo único — A delegação deverá ser reduzida a termo, em livro próprio, assinado pelo Juiz e pelas partes, dele constando advertência sobre os direitos e as obrigações decorrentes do instituto.

Subseção III

Da Guarda

Art. 24 — A guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional ao menor, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive pais.

§ 1.º — Dar-se-á guarda provisória de ofício ou a requerimento do interessado, como medida cautelar, preparatória ou incidente, para regularizar a detenção de fato ou atender a casos urgentes.

§ 2.º — A guarda confere ao menor a condição de dependente, para fins previdenciários.

Art. 25 — Ao assumir a guarda, o responsável prestará compromisso em procedimento regular.

Subseção IV

Da Tutela

Art. 26 — A tutela será deferida nos termos da lei civil em benefício do menor em situação irregular que carecer de representação permanente.

Parágrafo único — A tutela, para os fins desta Lei, implica necessariamente o dever de guarda e será exercida por prazo indeterminado.

Subseção V

Da Adoção Simples

Art. 27 — A adoção simples de menor em situação irregular reger-se-á pela lei civil, observado o disposto neste Código.

Art. 28 — A adoção simples dependerá de autorização judicial, devendo o interessado indicar, no requerimento, os apelidos de família que usará o adotado, os quais, se deferido o pedido, constarão do alvará e da escritura, para averbação no registro de nascimento do menor.

§ 1.º — A adoção será precedida de estágio de convivência com o menor, pelo prazo que a autoridade judiciária fixar, observadas a idade do adotando e outras peculiaridades.

§ 2.º — O estágio de convivência poderá ser dispensado se o adotando não tiver mais de um ano de idade.

Subseção VI

Da Adoção Plena

Art. 29 — A adoção plena atribui a situação de filho ao adotado, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais.

Art. 30 — Caberá adoção plena de menor, de até sete anos de idade, que se encontre na situação irregular definida no inciso I, art. 2.º, desta Lei, de natureza não eventual.

Parágrafo único — A adoção plena de menor caberá em favor de menor com mais de sete anos se, à época em que completou essa idade, já estivesse sob a guarda dos adotantes.

Art. 31 — A adoção plena será deferida após período mínimo de um ano de estágio de convivência do menor com os requerentes, computando-se, para esse efeito, qualquer período de tempo, desde que a guarda se tenha iniciado antes de o menor completar sete anos, e comprovada a conveniência da medida.

Art. 32 — Somente poderão requerer adoção plena casais cujo matrimônio tenha mais de cinco anos e dos quais pelo menos um dos cônjuges tenha mais de trinta anos.

Parágrafo único — Provadas a esterilidade de um dos cônjuges e a estabilidade conjugal, será dispensado o prazo.

Art. 33 — Autorizar-se-á a adoção plena ao viúvo ou viúva, provado que o menor está integrado em seu lar, onde tenha iniciado estágio de convivência de três anos ainda em vida do outro cônjuge.

Art. 34 — Aos cônjuges separados judicialmente, havendo começado o estágio de convivência de três anos na constância da sociedade conjugal, é lícito requererem adoção plena, se acordarem sobre a guarda do menor após a separação judicial.

Art. 35 — A sentença concessiva da adoção plena terá efeito constitutivo e será inscrita no Registro Civil mediante mandado, do qual não se fornecerá certidão.

§ 1.º — A inscrição consignará o nome dos pais adotivos como pais, bem como o nome de seus ascendentes.

§ 2.º — Os vínculos de filiação e parentesco anteriores cessam com a inscrição.

§ 3.º — O registro original do menor será cancelado por mandado, o qual será arquivado.

§ 4.º — Nas certidões do registro nenhuma observação poderá constar sobre a origem do ato.

§ 5.º — A critério da autoridade judiciária, poderá ser fornecida certidão para a salvaguarda de direitos.

Art. 36 — A sentença conferirá ao menor o nome do adotante e, a pedido deste, poderá determinar a modificação do prenome.

Art. 37 — A adoção plena é irrevogável, ainda que aos adotantes venham a nascer filhos, aos quais estão equiparados os adotados, com os mesmos direitos e deveres.

Seção II

Da Liberdade Assistida

Art. 38 — Aplicar-se-á o regime de liberdade assistida nas hipóteses previstas nos incisos V e VI do art. 2.º desta Lei, para o fim de vigiar, auxiliar, tratar e orientar o menor.

Parágrafo único — A autoridade judiciária fixará as regras de conduta do menor e designará pessoa capacitada ou serviço especializado para acompanhar o caso.

Seção III

Da Colocação em Casa de Semiliberdade

Art. 39 — A colocação em casa de semiliberdade será determinada como forma de transição para o meio aberto, devendo, sempre que possível, utilizar os recursos da comunidade, visando à escolarização e profissionalização do menor.

Seção IV

Da Internação

Art. 40 — O menor com desvio de conduta ou autor de infração penal poderá ser internado em estabelecimento adequado, até que a autoridade judiciária, em despacho fundamentado, determine o desligamento, podendo, conforme a natureza do caso, requisitar parecer técnico do serviço competente e ouvir o Ministério Público.

§ 1.º — O menor sujeito à medida referida neste artigo será reexaminado periodicamente, com o intervalo máximo de dois anos, para verificação da necessidade de manutenção da medida.

§ 2.º — Na falta de estabelecimento adequado, a internação do menor poderá ser feita, excepcionalmente, em seção de estabelecimento destinado a maiores, desde que isolada destes e com instalações apropriadas, de modo a garantir absoluta incomunicabilidade.

§ 3.º — Se o menor completar vinte e um anos sem que tenha sido declarada a cessação da medida, passará à jurisdição do Juízo incumbido das Execuções Penais.

§ 4.º — Na hipótese do parágrafo anterior, o menor será removido para estabelecimento adequado, até que o Juízo incumbido das Execuções Penais julgue extinto o motivo em que se fundamentara a medida, na forma estabelecida na legislação penal.

DAS MEDIDAS APLICÁVEIS AOS PAIS OU RESPONSÁVEL

Art. 42 — São medidas aplicáveis aos pais ou responsável:

- I — advertência;
- II — obrigação de submeter o menor a tratamento em clínica, centro de orientação infanto-juvenil, ou outro estabelecimento especializado determinado pela autoridade judiciária, quando verificada a necessidade e houver recusa injustificável;
- III — perda ou suspensão do pátrio poder;
- IV — destituição da tutela;
- V — perda da guarda.

Seção I

Da Obrigação de Submeter o Menor a Tratamento

Art. 43 — Os pais ou responsável firmarão termo de compromisso, no qual a autoridade judiciária fixará o tratamento a ser ministrado ao menor.

Parágrafo único — A autoridade verificará, periodicamente, o cumprimento das obrigações previstas no termo.

Seção II

Da Perda ou Suspensão do Pátrio Poder e da Destituição da Tutela

Art. 44 — A perda ou suspensão do pátrio poder e a destituição da tutela regem-se pelo Código Civil e pelo disposto nesta Lei.

Art. 45 — A autoridade judiciária poderá decretar a perda ou a suspensão do pátrio poder e a destituição da tutela dos pais ou tutor que:

- I — derem causa a situação irregular do menor;
- II — descumprirem, sem justa causa, as obrigações previstas no art. 43 desta Lei.

Parágrafo único — A perda ou a suspensão do pátrio poder não exonera os pais do dever de sustentar os filhos.

Seção III

Da Perda da Guarda

Art. 46 — A autoridade judiciária decretará a perda da guarda nos casos em que aplicaria a perda ou a suspensão do pátrio poder ou a destituição da tutela.

DA APREENSÃO DE OBJETO OU COISA

Art. 47 — A autoridade judiciária poderá, em despacho fundamentado, determinar a apreensão, por prazo determinado, do objeto ou da coisa cuja detenção pelo menor possa ensejar reincidência no fato.

§ 1.º — O objeto ou coisa apreendido permanecerá em poder de depositário judicial ou pessoa idônea, a critério da autoridade judiciária.

§ 2.º — A apreensão e seu levantamento serão determinados através de mandado, ciente o Ministério Público.

CAPÍTULO IV

DAS MEDIDAS DE VIGILANCIA

Seção I

Disposições Gerais

Art. 48 — Os estabelecimentos referidos neste Capítulo poderão ser inspecionados, a qualquer tempo, pela autoridade judiciária competente e pelo Ministério Público.

Art. 49 — A autoridade judiciária poderá, de ofício ou por provocação da autoridade administrativa, ouvido o Ministério Público, ordenar o fechamento provisório ou definitivo do estabelecimento particular que infringir norma de assistência e proteção ao menor.

§ 1.º — O procedimento de verificação de infração será instaurado por portaria, devendo a autoridade judiciária inspecionar o estabelecimento.

§ 2.º — A autoridade judiciária poderá determinar, liminarmente, o afastamento provisório do dirigente do estabelecimento, designando-lhe substituto.

§ 3.º — Se a decisão final reconhecer a inidoneidade da entidade particular, ou de seus dirigentes, será o estabelecimento fechado, sem prejuízo das demais sanções legais cabíveis, dentre as quais o cancelamento da respectiva inscrição no registro civil, através de mandado.

§ 4.º — Se o fechamento for recomendável por falta de condições técnicas ou materiais, a autoridade poderá conceder prazo a entidade para supri-las. Se as condições não forem preenchidas no prazo concedido, o estabelecimento será fechado até que atenda às exigências estabelecidas.

Seção II

Das Casas de Espetáculos, das Diversões em Geral, dos Hotéis e Congêneres

Subseção I

Dos Espetáculos Teatrais, Cinematográficos, Circenses, Radiofônicos e de Televisão

Art. 50 — É proibida a menor de dez anos, quando desacompanhado dos pais ou responsável, a entrada em salas de espetáculos teatrais, cinematográficos, circenses, de rádio, televisão e congêneres.

§ 1.º — Nenhum menor de dez anos poderá permanecer em local referido neste artigo depois das vinte e duas horas.

§ 2.º — Tratando-se de espetáculo instrutivo ou recreativo, a autoridade judiciária poderá alterar os limites e as condições fixadas neste artigo.

Art. 51 — Nenhum menor de dezoito anos, sem prévia autorização da autoridade judiciária, poderá participar de espetáculo público e seus ensaios, bem como entrar ou permanecer em qualquer dependência de estúdios cinematográficos, de teatro, rádio ou televisão.

Art. 52 — A autoridade judiciária poderá ampliar, dadas as circunstâncias, o limite de idade fixado pelo Serviço Federal de Censura.

Art. 53 — Será vedada a apresentação, em rádio e televisão, de espetáculos proibidos para menores de:

- I — dez anos, até as vinte horas;
- II — quatorze anos, até as vinte e duas horas;
- III — Dezoito anos, em qualquer horário.

Art. 54 — Nenhum espetáculo será apresentado ou anunciado sem aviso de sua classificação, antes e durante sua transmissão, apresentação ou exibição.

Subseção II

Das Casas de Jogo, dos Bailes Públicos e Hotéis

Art. 55 — É proibida a entrada de menor de dezoito anos em casa de jogo.

Parágrafo único — Considera-se casa de jogo a que explore apostas, ainda que eventualmente.

Art. 56 — É proibida a hospedagem de menor de dezoito anos, desacompanhado dos pais ou responsável, em hotel, motel, pensão ou estabelecimento congênere.

Parágrafo único — A autoridade judiciária poderá autorizar a hospedagem em circunstância especial. A falta de autoridade judiciária, a autorização será suprida por autoridade administrativa, que oficiará ao Juiz, de imediato.

Subseção III

De Outros Locais de Jogos e Recreação

Art. 57 — É proibida aos menores de dezoito anos a entrada em estabelecimento que explore comercialmente bilhar, sinuca ou congênere.

Art. 58 — Tendo em vista as peculiaridades locais e os princípios desta Lei, a autoridade judiciária poderá disciplinar:

I — a entrada e a permanência de menor em estádio, ginásio e campo desportivo, em clube e associação recreativa ou desportiva;

II — a entrada e a permanência de menor em boate, salão de bilhar, sinuca, boliche, bocha ou congêneres;

III — a participação e o comparecimento de menor em competição desportiva;

IV — a participação de menor em festividade pública.

§ 1.º — Em qualquer hipótese, é proibida:

- a) a permanência de menor de dezoito anos, quando desacompanhado dos pais ou responsável, em lugar referido neste artigo, depois das vinte e quatro horas;
- b) a admissão de menor de dezoito anos em sala de jogo;
- c) a entrada de menor de dezoito anos em local destinado a espetáculo e serviço de bar para espectadores em veículos, depois das vinte horas.

§ 2.º — Para os fins do disposto neste artigo, a autoridade judiciária levará em conta, dentre outros fatores:

- a) a existência de instalações adequadas;
- b) o tipo de frequência habitual ao local;
- c) a localização em lugar apropriado;
- d) a adequação do ambiente à eventual frequência de menores.

DA EXECUÇÃO DAS MEDIDAS JUDICIAIS PELAS ENTIDADES DE ASSISTÊNCIA E PROTEÇÃO DO MENOR

Art. 59 — As medidas de assistência e proteção determinadas pela autoridade judiciária, no âmbito desta Lei, serão executadas pelas entidades criadas pelo Poder Público com a finalidade de atender aos menores a que se refere o art. 1.º desta Lei.

Parágrafo único — As entidades privadas dedicadas à assistência e proteção ao menor comporão o sistema complementar de execução dessas medidas.

Art. 60 — As entidades criadas pelo Poder Público e as de natureza privada planejarão e executarão suas atividades de assistência e proteção ao menor atendendo às diretrizes da Política Nacional do Bem-Estar do Menor.

§ 1.º — O trabalho de toda entidade dedicada à assistência e à proteção ao menor em situação irregular visará, prioritariamente, ao ajustamento ou integração sócio-familiar deste.

§ 2.º — As entidades comunicarão à autoridade judiciária cada caso de menor em situação irregular que acolherem.

Art. 61 — As entidades fornecerão à autoridade judiciária, no prazo por esta assinado, relatório de seus órgãos técnicos, nas fases de estudo, diagnóstico e tratamento do caso, podendo a autoridade determinar a realização de estudos complementares.

CAPÍTULO VI

DA AUTORIZAÇÃO PARA VIAJAR

Art. 62 — O menor de dezoito anos dependerá de autorização da autoridade judiciária para viajar, desacompanhado dos pais ou responsável, para fora da Comarca onde reside.

§ 1.º — A autorização é dispensável:

I — quando se tratar de Comarca contígua a de sua residência, se na mesma Unidade da Federação, ou incluída na mesma Região Metropolitana;

II — quando se tratar de viagem ao exterior, se:

a) o menor estiver acompanhado de ambos os genitores ou responsável;

b) o pedido de passaporte for subscrito por ambos os genitores, responsável ou representante legal.

§ 2.º — A autoridade judiciária poderá, a pedido dos pais, conceder autorização permanente de viagem, pelo prazo máximo de dois anos, mediante verificação da conduta do menor e do exercício do pátrio poder.

TÍTULO VI

DAS INFRAÇÕES COMETIDAS CONTRA A ASSISTÊNCIA, PROTEÇÃO E VIGILÂNCIA A MENORES

CAPÍTULO I

DAS INFRAÇÕES

Art. 63 — Divulgar, total ou parcialmente, sem autorização devida, por qualquer meio de comunicação, nome, atos ou documentos de procedimento judicial relativo a menor.

Pena — multa de até cinquenta valores de referência.

§ 1.º — Incorre na mesma pena quem exhibe fotografia de menor em situação irregular ou vítima de crime, ou qualquer ilustração que lhe diga respeito ou se refira a atos que lhe sejam imputados, de forma a permitir sua identificação, direta ou indiretamente.

§ 2.º — Se o fato for praticado por órgão de imprensa ou emissora de rádio ou televisão, além da pena prevista neste artigo, a autoridade judiciária poderá determinar a apreensão da publicação ou a suspensão da programação da emissora até por dois dias, bem como da publicação do periódico até por dois números.

Art. 64 — Anunciar, por qualquer meio de comunicação, peças teatrais, filmes cinematográficos ou quaisquer representações ou espetáculos, sem indicar os limites de idade para o ingresso de menor.

Pena — multa de até um valor de referência, dobrada na reincidência, aplicável, separadamente, ao estabelecimento de diversão e aos órgãos de divulgação ou publicidade.

Art. 65 — Transmitir, através de rádio ou televisão, espetáculo em faixa de horário diversa da autorizada ou sem aviso de sua classificação.

Pena — multa de dez a cinquenta valores de referência, aplicando-se o dobro na reincidência.

Art. 66 — Exibir, no todo ou em parte, filme, cena, peça, amostra ou congêneres, bem como propaganda comercial de qualquer natureza, cujo limite de proibição esteja acima do fixado para os menores admitidos ao espetáculo.

Pena — multa de meio a dois valores de referência.

Parágrafo único — A pena poderá ser cumulada com a suspensão da exibição ou do espetáculo, no caso de inobservância da classificação fixada pelo Serviço Federal de Censura.

Art. 67 — Deixar o responsável pelo estabelecimento, o empresário do espetáculo ou o acompanhante maior de observar o que dispõe esta Lei sobre o acesso de menor a espetáculos e diversões, ou sobre sua permanência e participação nestes.

Pena — multa de até cinquenta valores de referência; na reincidência, além da multa, a autoridade judiciária poderá determinar a suspensão do espetáculo ou o fechamento do estabelecimento por até seis meses.

Art. 68 — Promover a participação de menor de dezoito anos em certa-me de beleza ou similar.

Pena — multa de um a vinte valores de referência, aplicando-se o dobro na reincidência.

Art. 69 — Hospedar menor de dezoito anos, desacompanhado dos pais ou responsável, em hotel, pensão, motel ou congênere, sem autorização da autoridade competente.

Pena — multa de meio a dois valores de referência, em cada caso.

Art. 70 — Transportar menor de dezoito anos, desacompanhado dos pais ou responsável e sem autorização escrita da autoridade judiciária, para fora da Comarca onde resida, nos termos do art. 62 desta Lei.

Pena — multa de um a três valores de referência, se por via terrestre; de três a seis valores de referência, se por via marítima ou aérea; aplica-se o dobro na reincidência, em qualquer caso.

Art. 71 — Deixar de apresentar ao Juiz de sua residência, no prazo de cinco dias, com o fim de regularizar a guarda, menor trazido de outra Comarca para prestação de serviço doméstico, mesmo que autorizado pelos pais ou responsável.

Pena — multa de meio a três valores de referência, independentemente do pagamento das despesas de retorno do menor, se for o caso.

Art. 72 — Descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao pátrio poder ou decorrentes de tutela ou de guarda, bem assim determinação judicial sobre medida de assistência, proteção ou vigilância a menor.

Pena — multa de até três valores de referência, aplicando-se o dobro na reincidência.

Art. 73 — Descumprir qualquer disposição dos arts. 10, 11 e 12 desta Lei.
Pena — multa de um a três valores de referência.

Art. 74 — Descumprir as normas de proteção ao menor no trabalho.

Pena — multa de um até dez valores de referência, aplicando-se o dobro, na reincidência.

Parágrafo único — Não incidirá, porém, a sanção, se pelo mesmo fato outra de igual natureza tiver sido aplicada pela autoridade administrativa competente.

CAPÍTULO II

DA APLICAÇÃO DAS PENALIDADES

Art. 75 — As normas do Capítulo anterior serão aplicadas em observância ao disposto na Parte Geral ao Código Penal.

Art. 76 — As penalidades previstas neste Título são de caráter administrativo, não induzindo efeitos de natureza penal.

Art. 77 — Quando não expressamente especificada, a pena mínima de multa será de um quarto do valor de referência.

Art. 78 — Sendo primário o infrator, poderá ser aplicada a pena de advertência.

Art. 79 — Considera-se reincidente, para efeito desta Lei, aquele que pratica o fato depois de condenado por decisão passada em julgado, por qualquer infração prevista no Capítulo anterior.

Parágrafo único — A reincidência prescreve em dois anos, contados do pagamento da multa ou do recebimento da advertência.

TÍTULO VII

DO REGISTRO CIVIL DO MENOR

Art. 80 — As medidas de assistência e proteção de que trata este livro serão necessariamente precedidas da regularização do registro civil do menor.

Art. 81 — O registro de nascimento de menor em situação irregular poderá ser feito de ofício ou a pedido, à vista dos elementos de que dispuser a autoridade judiciária, comprovada a inexistência de registro anterior.

Parágrafo único — O registro será feito mediante mandado, expedido ao ofício competente.

Art. 82 — A autoridade judiciária poderá determinar qualquer retificação no registro do menor em situação irregular.

Parágrafo único — Para fins de adoção ou legitimação adotiva, a retificação poderá incluir mudança ou alteração no prenome.

TÍTULO VIII

DO TRABALHO DO MENOR

Art. 83 — A proteção ao trabalho do menor é regulada por legislação especial.

LIVRO II
PARTE ESPECIAL

TÍTULO I
DO PROCESSO

CAPÍTULO I
DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 84 — A jurisdição de menores será exercida, em cada Comarca, por Juiz a quem se atribuem as garantias constitucionais da magistratura, especializado ou não, e, em segundo grau, pelo Conselho da Magistratura ou Órgão Judiciário equivalente, conforme dispuser a Lei de Organização Judiciária.

Art. 85 — A jurisdição de menores será exercida através do processo de conhecimento, cautelar e de execução imprópria, cabendo a execução própria às entidades a que se refere o art. 9.º desta Lei.

Art. 86 — As medidas previstas neste Código serão aplicadas mediante procedimentos administrativo ou contraditório, de iniciativa oficial ou provocados pelo Ministério Público ou por quem tenha legítimo interesse.

Parágrafo único — Aplicar-se-á na jurisdição de menores, subsidiariamente, a legislação processual pertinente.

CAPÍTULO II
DA COMPETÊNCIA

Art. 88 — A competência será determinada:

I — pelo domicílio dos pais ou responsáveis;

II — pelo lugar onde se encontra o menor, à falta de pais ou responsável e quando aplicáveis as medidas dos incisos II, III, V e VI do art. 14 desta Lei.

§ 1.º — Nos casos de desvio de conduta ou de infração penal, será competente a autoridade do lugar da ação ou omissão, observadas as regras de conexão, continência e prevenção.

§ 2.º — A execução das medidas de internação ou de liberdade assistida poderá ser delegada ao Juiz da residência dos pais ou responsável, ou do local onde sediar-se a entidade que abrigar o menor.

Art. 89 — Quando se tratar de menor em situação irregular, é competente o Juiz de Menores para o fim de:

I — suprir a capacidade ou o consentimento para o casamento;

II — conceder a emancipação, nos termos da Lei Civil, quando faltarem os pais;

III — designar curador especial em casos de adoção, de apresentação de queixa ou de representação, e de outros procedimentos judiciais ou extrajudiciais em que haja interesse do menor;

IV — conhecer de ação de alimentos;

V — determinar o registro de nascimento e de óbito, bem assim a averbação de sua retificação ou cancelamento, nos casos previstos nesta Lei;

VI — decretar a perda ou a suspensão do pátrio poder e a destituição da tutela.

CAPÍTULO III

DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Art. 90 — As funções do Ministério Público serão exercidas pelo Curador de Menores, ou quem suas vezes fizer, nos termos da legislação local.

Art. 91 — O representante do Ministério Público será intimado, pessoalmente, para qualquer despacho ou decisão proferida pela autoridade judiciária nos procedimentos e processos regulados por esta Lei.

Art. 92 — O representante do Ministério Público, no exercício de suas funções, terá livre acesso a todo local onde se encontre menor.

CAPÍTULO IV

DO PROCURADOR

Art. 93 — Os pais ou responsável poderão intervir nos procedimentos de que trata esta Lei, através de advogado com poderes especiais, o qual será intimado para todos os atos, pessoalmente ou por publicação oficial, respeitado o segredo de Justiça.

Parágrafo único — Será obrigatória a constituição de advogado para a interposição de recurso.

TÍTULO II
DOS PROCEDIMENTOS ESPECIAIS

CAPÍTULO I

DA VERIFICAÇÃO DA SITUAÇÃO DO MENOR

Art. 94 — Qualquer pessoa poderá e as autoridades administrativas deverão encaminhar à autoridade judiciária competente o menor que se encontre em situação irregular, nos termos dos incisos I, II, III e IV do art. 2.º desta Lei.

§ 1.º — Registrada e relatada a ocorrência pelos órgãos auxiliares do Juízo, com ou sem a apresentação do menor, a autoridade judiciária, mediante portaria, termo ou despacho, adotará de plano as medidas adequadas.

§ 2.º — Se as medidas a que se refere o parágrafo anterior tiverem caráter meramente cautelar, prosseguir-se-á no procedimento verificatório, no qual, após o estudo social do caso ou seu aprofundamento e realizadas as diligências que se fizerem necessárias, a autoridade judiciária, ouvido o Ministério Público, decidirá, em cinco dias, definindo a situação do menor e aplicando a medida adequada.

Art. 95 — Instaurar-se-á procedimento contraditório:

I — discordando os pais ou responsável das medidas aplicadas em procedimento verificatório simples previsto nos §§ 1.º e 2.º do art. 94 desta Lei;

II — nas hipóteses das alíneas *a* e *b* do inciso I do art. 2.º desta Lei, quando a perda do pátrio poder constituir pressuposto lógico da medida principal;

III — para a perda da guarda ou quando sobre esta houver controvérsia;

IV — para o decreto de suspensão do pátrio poder.

Art. 96 — Será observado o procedimento verificatório simples, previsto no § 2.º do art. 94 desta Lei, quando:

I — na hipótese da alínea *b* do inciso I do art. 2.º desta Lei, os pais concordarem, mediante declaração escrita ou termo nos autos, em que o menor seja posto sob tutela ou adotado;

II — recolhido à entidade pública, provisoriamente, há mais de quatro anos, ou amparado por entidade particular, por igual lapso de tempo, o menor, na situação irregular prevista nas alíneas *a* e *b*, inciso I do art. 2.º desta Lei, não tiver sido reclamado pelos pais ou parentes próximos;

III — já integrado em família substituta, ainda que mediante guarda de fato, há mais de três anos, não tiver sido reclamado pelos pais ou parentes próximos;

IV — já integrado em família substituta, ainda que mediante guarda de fato, há mais de um ano, não tiver sido o menor, em orfandade total ou o menor não reconhecido pelos pais, reclamado pelos parentes próximos ou, na segunda hipótese, pelos genitores.

Art. 97 — O procedimento contraditório terá início por provocação do interessado ou do Ministério Público, cabendo-lhes formular petição devidamente instruída com os documentos necessários e com a indicação da providência pretendida.

§ 1.º — Serão citados os pais, o responsável ou qualquer outro interessado para, no prazo de dez dias, oferecer resposta, instruída com os documentos necessários, requerendo, desde logo, a produção de outras provas que houver.

§ 2.º — Apresentada, ou não, a resposta, a autoridade judiciária mandará proceder o estudo social do caso ou à perícia por equipe interprofissional, se possível.

§ 3.º — Requerida prova testemunhal ou se for conveniente e possível ouvir o menor, juntado aos autos o relatório do estudo social, a autoridade judiciária designará audiência.

§ 4.º — Cumpridas as diligências, presente o relatório do estudo do caso e ouvido o Ministério Público, os autos serão conclusos à autoridade judiciária, que, em dez dias, decidirá, definindo a situação do menor, e aplicará a medida cabível ou requerida.

§ 5.º — Este procedimento poderá ser, também, iniciado de ofício mediante portaria ou despacho nos autos de procedimento em curso.

Art. 98 — Como medida cautelar, em qualquer dos procedimentos, demonstrada a gravidade do fato, poderá ser, liminar ou incidentalmente, decretada a suspensão provisória do pátrio poder, da função de tutor ou da de guardador, ficando o menor confiado à autoridade administrativa competente ou a pessoa idônea, mediante termo de responsabilidade, até a decisão final.

CAPÍTULO II

DA APURAÇÃO DE INFRAÇÃO PENAL

Art. 99 — O menor de dezoito anos, a que se atribua autoria de infração penal, será, desde logo, encaminhado à autoridade judiciária.

§ 1.º — Para os efeitos desta Lei, deve ser considerada a idade do menor à data do fato.

§ 2.º — Sendo impossível a apresentação imediata, a autoridade policial responsável encaminhará o menor a repartição policial especializada ou a estabelecimento de assistência, que apresentará o menor à autoridade judiciária no prazo de vinte e quatro horas.

§ 3.º — Na falta de repartição policial especializada, o menor aguardará a apresentação em dependência separada da destinada a maiores de dezoito anos.

§ 4.º — Havendo necessidade de dilatar o prazo para apurar infração penal de natureza grave ou em co-autoria com maior, a autoridade policial poderá solicitar à judiciária prazo nunca superior a cinco dias para a realização de diligências e apresentação do menor. Caso defira o prazo, a autoridade judiciária determinará prestação de assistência permanente ao menor.

§ 5.º — Ao apresentar o menor, autoridade policial encaminhará relatório sobre a investigação da ocorrência, bem como o produto e os instrumentos da infração.

Art. 100 — O procedimento da apuração de infração cometida por menor de dezoito e maior de quatorze anos compreenderá os seguintes atos:

I — recebidas e autuadas as investigações, a autoridade judiciária determinará a realização da audiência de apresentação do menor;

II — na audiência de apresentação, presentes o Ministério Público e o procurador, serão ouvidos o menor, seus pais ou responsável, a vítima e testemunhas, podendo a autoridade judiciária determinar a retirada do menor do recinto;

III — após a audiência, a autoridade judiciária poderá determinar a realização de diligências, ouvindo técnicos;

IV — a autoridade judiciária poderá, considerando a personalidade do menor, seus antecedentes e as condições em que se encontre, bem como os motivos e as circunstâncias da ação, proferir decisão de plano, entregando-o aos pais ou responsável, ouvido o Ministério Público;

V — se ficar evidente que o fato é grave, a autoridade judiciária fixará prazo, nunca superior a trinta dias, para diligências e para que a equipe interprofissional apresente relatório do estudo do caso;

VI — durante o prazo a que se refere o inciso V, o menor ficará em observação, permanecendo ou não internado;

VII — salvo o pronunciamento em audiência, o Ministério Público e o procurador terão o prazo de cinco dias para se manifestarem sobre o relatório e as diligências realizadas;

VIII — a autoridade judiciária terá o prazo de cinco dias para proferir decisão fundamentada, após as manifestações do Ministério Público e do procurador.

Art. 101 — O menor com mais de dez e menos de quatorze anos será encaminhado, desde logo, por ofício, à autoridade judiciária, com relato circunstanciado de sua conduta, aplicando-se-lhe, no que couber, o disposto nos §§ 2.º e 3.º do art. 99 desta Lei.

Parágrafo único — A autoridade judiciária poderá, considerando a personalidade do menor, seus antecedentes e as condições em que se encontre, bem como os motivos e as circunstâncias da ação, proferir, motivadamente, decisão de plano, definindo a situação irregular do menor, ouvido o Ministério Público.

Art. 102 — Apresentado o menor de até dez anos, a autoridade judiciária poderá dispensá-lo da audiência de apresentação, ou determinar que venha à sua presença para entrevista, ou que seja ouvido e orientado por técnico.

Art. 103 — Sempre que possível, e se for o caso, a autoridade judiciária tentará, em audiência, com a presença do menor, a composição do dano por este causado.

Parágrafo único — Acordada a composição, esta será reduzida a termo e homologada pela autoridade judiciária, constituindo título executivo, nos termos da lei processual civil.

CAPÍTULO III

DA PERDA E DA SUSPENSÃO DO PÁTRIO PODER E DA DESTITUIÇÃO DA TUTELA

Art. 104 — A perda do pátrio poder, nas hipóteses dos incisos II, III, IV, V e VI do art. 2.º desta Lei, terá o procedimento ordinário previsto na lei processual civil, e poderá ser proposta pelo Ministério Público, por ascendente, colateral ou afim do menor até o quarto grau.

Art. 105 — Na destituição da tutela, observar-se-á o procedimento para remoção de tutor previsto na lei processual civil e no disposto neste Capítulo.

Art. 106 — A autoridade judiciária poderá, em qualquer dos procedimentos deste Capítulo, determinar o sobrestamento do processo por até seis meses, se o pai, a mãe ou o responsável comprometer-se a adotar as medidas adequadas à proteção do menor.

Parágrafo único — A ação prosseguirá em caso de inobservância das medidas impostas.

CAPÍTULO IV

DA ADOÇÃO

Art. 107 — Na petição inicial, os requerentes atenderão aos requisitos gerais para colocação do menor em lar substituto e aos específicos para a adoção pretendida, juntando os documentos probatórios, inclusive certidões do registro civil.

§ 1.º — Não existindo decisão anterior, poderá ser cumulado o pedido de verificação da situação do menor, caso em que será também observado o disposto nos arts. 95, 96 e 97 desta Lei.

§ 2.º — A petição poderá ser assinada pelos próprios requerentes.

Art. 108 — Estando devidamente instruída a petição será determinada a realização sobre os resultados do estágio de convivência e a conveniência da adoção.

Parágrafo único — Cumprindo-se o estágio de convivência no exterior, a sindicância poderá ser substituída por informação prestada por agência especializada, de idoneidade reconhecida por organismo internacional.

Art. 109 — Apresentado o relatório de sindicância e efetuadas outras diligências reputadas indispensáveis, após ouvir o Ministério Público, a autoridade judiciária decidirá em cinco dias.

§ 1.º — Autorizada a adoção simples, com a designação de curador especial, será expedido alvará contendo a indicação dos apelidos de família que passará o menor a usar.

§ 2.º — Decretada a adoção plena, será expedido mandado para o registro de sentença e o cancelamento do registro original do adotado, nele consignando-se todos os dados necessários, conforme o disposto nos arts. 35 e 36 desta Lei.

CAPÍTULO V

DAS PENALIDADES ADMINISTRATIVAS

Art. 110 — As penalidades estabelecidas nesta Lei serão impostas pela autoridade judiciária em processo próprio ou nos autos de procedimentos em curso.

Parágrafo único — A multa será imposta através de decisão fundamentada, intimando-se o infrator.

Art. 111 — O processo será iniciado por portaria da autoridade judiciária, representação do Ministério Público ou auto de infração lavrado por servidor efetivo ou voluntário credenciado, e assinado por duas testemunhas, se possível.

§ 1.º — No processo iniciado com o auto de infração, poderão ser usadas fórmulas impressas, especificando-se a natureza e as circunstâncias da infração.

§ 2.º — Sempre que possível, à verificação da infração seguir-se-á a lavratura do auto, certificando-se, em caso contrário, os motivos do retardamento.

Art. 112 — O infrator terá prazo de dez dias para apresentação de defesa, contado da data da intimação, que será feita:

I — pelo autuante, no próprio auto, quando este for lavrado na presença do infrator;

II — por oficial de justiça ou funcionário legalmente habilitado, que entregará cópia do auto ao infrator ou a seu representante legal, lavrando certidão;

III — por via postal, com aviso de recebimento, se não for encontrado o infrator ou seu representante legal;

IV — por edital, com prazo de trinta dias, se incerto ou não sabido o paradeiro do infrator ou de seu representante legal.

Art. 113 — Em caso de infração cometida através de transmissão simultânea de rádio ou televisão, que atinja mais de uma Comarca, será competente, para a aplicação de penalidade, a autoridade judiciária do local de emissão.

Art. 114 — As multas não recolhidas até trinta dias após o trânsito em julgado da decisão, serão exigidas através de execução pela União.

TÍTULO III

DOS RECURSOS

Art. 115 — Poderá ser interposto, no prazo de dez dias, pelos interessados ou pelo Ministério Público, recurso administrativo:

I — sem efeito suspensivo, contra atos expedidos com base no art. 8.º desta Lei e decisões relativas a medidas de vigilância;

II — com efeito suspensivo, contra penalidades relativas às infrações previstas no Título VI do Livro I desta Lei.

Art. 116 — Das decisões proferidas nos procedimentos de verificação da situação irregular de menor, as partes interessadas e o Ministério Público poderão recorrer, para o órgão judiciário de grau de jurisdição superior, mediante instrumento, no prazo de dez dias, contado da intimação, oferecendo, desde logo, suas razões.

§ 1.º — O recurso não terá efeito suspensivo.

§ 2.º — Formado o instrumento e ouvida a parte recorrida, no prazo de cinco dias, a autoridade judiciária manterá ou reformará a decisão recorrida, em despacho fundamentado. Se a reformar, remeterá o instrumento à jurisdição superior em vinte e quatro horas, a requerimento do Ministério Público, ou em cinco dias, a requerimento da parte interessada.

Art. 117 — Os recursos contra decisões do Juiz de Menores terão preferência de julgamento, e dispensarão revisor.

DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 118 — Em nenhum caso haverá incomunicabilidade de menor, o qual terá sempre direito à visita de seus pais ou responsável e de procurador com poderes especiais, de comum acordo com a direção do estabelecimento onde se encontrar internado, ou devidamente autorizado pela autoridade judiciária.

Parágrafo único — A autoridade judiciária poderá suspender, por tempo determinado, a visita dos pais ou responsável, sempre que a visita venha a prejudicar a aplicação de medida prevista nesta Lei.

Art. 119 — O menor em situação irregular terá direito à assistência religiosa.

Art. 120 — As multas impostas com base nesta Lei reverterão ao órgão estadual executor da Polícia Nacional do Bem-Estar do Menor.

Art. 121 — As autoridades e ao pessoal técnico e administrativo a que couber a aplicação desta Lei deverão ser proporcionadas oportunidades de aperfeiçoamento e especialização.

Parágrafo único — A autoridade judiciária, na medida das possibilidades locais, promoverá e incentivará atividades destinadas ao aperfeiçoamento e à especialização previstas neste artigo, bem como à conscientização da comunidade.

Art. 122 — Esta Lei entrará em vigor cento e vinte dias após sua publicação.

Art. 123 — Revogam-se o Decreto n.º 5.083, de 1.º de dezembro de 1926; o Decreto n.º 17.943-A, de 12 de outubro de 1927; a Lei n.º 4.655, de 2 de junho de 1965; a Lei n.º 5.258, de 10 de abril de 1967; e a Lei n.º 5.439, de 22 de maio de 1968.

Brasília, em 10 de outubro de 1979; 158.º da Independência e 91.º da República.

JOÃO FIGUEIREDO

Petrônio Portella

(Publicada no D.O. de 11 de outubro de 1979.)

Regulamenta a Lei n.º 6.683, de 28 de agosto de 1979, que concede anistia, e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da atribuição que lhe confere o artigo 81, item III, da Constituição e tendo em vista o disposto no artigo 13 da Lei n.º 6.683, de 28 de agosto de 1979.

DECRETA:

I — DA ANISTIA E DOS ANISTIADOS

Art. 1.º — É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de Fundação vinculada ao Poder Público, aos servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.

§ 1.º — Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

§ 2.º — Excetuam-se dos benefícios da anistia os que foram condenados pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal.

Art. 2.º — É concedida anistia aos empregados das empresas privadas que, por motivo de participação em greve ou em quaisquer movimentos reivindicatórios ou de reclamação de direitos regidos pela legislação social, hajam sido despedidos do trabalho, ou destituídos de cargos administrativos ou de representação sindical.

Art. 3.º — São anistiados, em relação às infrações e penalidades decorrentes do não cumprimento das obrigações do serviço militar, os que, à época do recrutamento, se encontravam, por motivos políticos, exilados ou impossibilitados de se apresentarem.

Art. 4.º — Terão os benefícios da anistia os dirigentes e representantes sindicais punidos pelos Atos a que se refere o artigo 1.º, ou que tenham sofrido punições disciplinares ou incorrido em faltas ao serviço naquele período, desde que não excedentes de 30 (trinta) dias, bem como os estudantes.

II — DOS DEPENDENTES DOS ANISTIADOS

Art. 5.º — Os dependentes do anistiado são, também, beneficiados pela anistia, em relação às infrações de que trata o artigo 3.º.

Art. 6.º — Poderão pleitear os benefícios correspondentes, previstos na legislação específica, os dependentes de servidor falecido, ou presumidamente morto, na forma do § 4.º do artigo 6.º da Lei n.º 6.683, de 28 de agosto de 1979,

que, se vivo fosse, teria direito à reversão ou retorno ao serviço ativo, aposentadoria, transferência para a reserva ou reforma de acordo com este regulamento.

Art. 7.º — A esposa do militar, demitido por Ato Institucional, que pediu exoneração do cargo que ocupava para poder habilitar-se ao recebimento de pensão, poderá requerer seu retorno ao serviço público, com obediência às prescrições pertinentes ao artigo 8.º, sujeitando-se ao disposto nos artigos 15 e 17 deste regulamento.

§ 1.º — Com o retorno, cessará, automaticamente, o pagamento da pensão.

§ 2.º — O disposto neste artigo aplica-se à esposa do servidor civil alcançada pelas disposições da Lei n.º 4.656, de 2 de junho de 1965, e do Decreto-Lei n.º 940, de 13 de outubro de 1969.

III — DO PEDIDO DE RETORNO OU REVERSÃO

Art. 8.º — O requerimento de retorno ou reversão ao serviço ativo, contendo o nome do requerente, o cargo que exercia à data da punição, bem como a data do ato punitivo, será dirigido:

I — pelo servidor militar e civil da Administração Direta e Indireta, bem como de Fundação vinculada ao Poder Público, ao respectivo Ministro de Estado;

II — pelo servidor da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Assembléia Legislativa ou de Câmara Municipal, ao respectivo Presidente;

III — pelo servidor do Poder Judiciário, ao Presidente do respectivo Tribunal;

IV — pelo servidor de Estado, Distrito Federal, Território ou Município, ao respectivo Governador ou Prefeito;

V — pelo dirigente ou representante sindical, ao Ministro de Estado do Trabalho.

§ 1.º — O requerimento deverá dar entrada na repartição competente para recebê-lo até o dia 26 de dezembro de 1979, sob pena de não ser considerado, salvo reconhecido motivo de força maior.

§ 2.º — O requerimento poderá ser entregue à Organização Militar ou Órgão da Administração civil, vinculado ao Ministério competente, mais próximo do domicílio do requerente ou a que esteja ele vinculado para efeito de percepção de proventos, devendo o Comandante ou dirigente respectivo encaminhá-lo à Comissão Especial, no prazo de 5 (cinco) dias, sob pena de responsabilidade.

§ 3.º — Os requerimentos de servidores civis de órgãos ou entidades extintos ou transformados deverão ser dirigidos à autoridade competente, referida neste artigo, à qual estava subordinado o servidor na época do seu afastamento.

§ 4.º — Se o órgão ou entidade, em virtude de transferência, estiver subordinado ou vinculado a outra autoridade, a esta o requerimento deverá ser dirigido.

§ 5.º — O servidor que se encontrar no exterior poderá apresentar o requerimento em repartição consular ou representação diplomática do Brasil.

Art. 9.º — Quando a decisão sobre o provimento do cargo ou emprego não for de sua competência, a autoridade prevista no artigo anterior, à qual tenha sido dirigido o requerimento, promoverá sua instrução com o parecer da comissão respectiva e o encaminhará à autoridade competente para a decisão.

Parágrafo único — Em se tratando de servidor de entidade da Administração Indireta ou de Fundação vinculada ao Poder Público, o deferimento do pedido deverá ser precedido de manifestação do respectivo Ministro de Estado, Governador ou Prefeito.

Art. 10 — Considera-se requerimento, para todos os efeitos deste Decreto, a manifestação de vontade do interessado, feita por escrito, perante a autoridade administrativa competente para baixar o ato de retorno ou reversão.

Art. 11 — Os requerimentos serão processados e instruídos por comissões compostas de, pelo menos, três membros especialmente designados:

I — pelo Ministro de Estado respectivo, quando se tratar de pedido de militar, de servidor civil da Administração Federal Direta ou Indireta, ou de Fundação vinculada ao Poder Público;

II — pelos respectivos Presidentes, se se tratar de pedido de servidor da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Assembléia Legislativa ou de Câmara Municipal;

III — pelo Presidente do respectivo Tribunal, se se tratar de servidor cuja nomeação seja da competência do Poder Judiciário;

IV — pelo Governador de Estado, se se tratar de servidores da respectiva Administração Direta ou Indireta ou de Fundação vinculada à Administração estadual;

V — pelo Governador do Distrito Federal ou de Território, ou por Prefeito, se se tratar dos respectivos servidores.

§ 1.º — O funcionamento de cada comissão poderá regular-se por normas especiais de trabalho estabelecidas no ato de sua constituição, tendo em conta as peculiaridades do setor administrativo correspondente.

§ 2.º — A Comissão encarregada de processar e instruir requerimentos de ex-integrantes das Polícias Militares ou dos Corpos de Bombeiros será presidida pelo Comandante da Corporação.

§ 3.º — A comissão incumbida de processar e instruir os requerimentos de militares será composta de, pelo menos, 3 (três) membros, podendo tomar depoimentos bem como requisitar das Unidades ou órgãos respectivos as informações necessárias.

§ 4.º — As comissões encaminharão à autoridade competente o requerimento devidamente instruído e processado, com todos os esclarecimentos relativos ao requerente, à existência de vaga e ao interesse da administração.

Art. 12 — A autoridade que designar as comissões poderá instituir sub-comissões nos Estados, Territórios e no Distrito Federal, bem como junto às entidades da Administração Indireta e Fundações, com a finalidade exclusiva de receber os requerimentos, instruí-los e encaminhá-los à comissão respectiva.

Art. 13 — Os pedidos de informações das comissões para instruir os processos, em razão dos prazos legais a serem cumpridos, devem receber tratamento prioritário.

IV — DA DECISÃO

Art. 14 — A decisão será proferida por autoridade indicada no artigo 8.º, ou pelo Presidente da República quando lhe competir o provimento do cargo, com base no processo devidamente instruído pela comissão, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias seguintes ao recebimento do pedido.

Art. 15 — O retorno ou a reversão ao serviço ativo somente será deferido para o mesmo cargo ou emprego, posto ou graduação que o servidor, civil ou militar, ocupava à data do seu afastamento.

Parágrafo único — Para fim de aplicação do disposto neste artigo, entende-se como mesmo cargo ou emprego o de igual nível de vencimento ou salário, semelhança de denominação e de conjunto de atribuições, pertencentes ao mesmo sistema de classificação.

Art. 16 — Para permitir uma apreciação global, nenhum despacho decisório deverá ser dado antes de 60 (sessenta) dias após a data a que se refere o § 1.º do artigo 8.º.

Art. 17 — O retorno ou a reversão, em qualquer caso, fica condicionado à existência de vaga e ao interesse da Administração.

§ 1.º — No caso de militar, observar-se-á o seguinte:

I — no interesse da Administração, exigir-se-á que o requerente atenda aos requisitos essenciais de aptidão física, conceito profissional e moral, levando-se em conta os registros anteriores à saída da Força e não tenha atingido as idades-limite ou tempo de permanência no serviço ativo, previstas no artigo 102, itens I, II, III, IV e V, da Lei n.º 5.774, de 23 de dezembro de 1971;

II — a reversão ao serviço ativo e a colocação no Quadro obedecerão ao disposto no § 4.º do artigo 18 da Lei n.º 5.774, de 23 de dezembro de 1971;

III — a situação do militar, após a reversão, obedecerá ao disposto na legislação em vigor.

§ 2.º — No caso de servidores civis, observar-se-á o seguinte:

I — o servidor, após o seu retorno, será incluído em quadro suplementar, o qual se constituirá sem prejuízo do número de vagas do quadro permanente;

II — o regime jurídico do servidor, em princípio, será o mesmo referido à data de seu afastamento, assegurando-se-lhe o direito de opção pelo regime da legislação trabalhista, se for o caso;

III — quando se tratar de servidor que integrava quadro ou tabela de órgão ou entidade extintos ou transformados, o retorno ou aposentadoria ocorrerá no mesmo cargo, em quadro suplementar, do órgão ou entidade que absorveu suas atividades;

IV — a situação do servidor que tiver seu requerimento deferido, além do previsto neste artigo, obedecerá ao disposto na legislação em vigor;

V — na hipótese de concessão de aposentadoria aos que se encontravam afastados em virtude de demissão ou dispensa, cessará o pagamento da pensão

concedida aos beneficiários do servidor, devendo ser calculados os proventos, com obediência às normas deste Decreto.

§ 3.º — o retorno ou reversão de servidor civil fica sujeito à prova de capacidade do requerente, mediante inspeção médica, à observância do limite de idade estabelecido em lei e, se necessário, à comprovação de nível de escolaridade exigido para o desempenho do cargo ou emprego.

§ 4.º — Em se tratando de servidor civil que ocupava cargo técnico ou científico em setor ou repartição onde a nomeação ou contratação não seja subordinada à existência de vaga, será considerado, para o retorno ou reversão ao serviço ativo, exclusivamente o interesse da Administração.

Art. 18 — Não será permitido o retorno ou a reversão ao serviço ativo se o afastamento tiver sido motivado por improbidade do servidor.

Art. 19 — Baixará o ato de retorno ou reversão a autoridade competente para prover o cargo.

Art. 20 — Os dirigentes dos estabelecimentos de ensino de qualquer grau promoverão, independentemente de requerimento dos interessados, o cancelamento de quaisquer anotações referentes a punições disciplinares impostas a estudantes no período a que alude o artigo 1.º deste Decreto.

V — DA APOSENTADORIA

Transferência para a Reserva ou Reforma

Art. 21 — O servidor que não tiver requerido o retorno ou a reversão à atividade no prazo estabelecido no artigo 8.º, § 1.º, ou cujo requerimento tiver sido indeferido, será considerado aposentado, transferido para a reserva ou reformado, computando-se o tempo de seu afastamento do serviço ativo para efeito de cálculo dos proventos da inatividade ou da pensão.

§ 1.º — O tempo de afastamento do serviço ativo a que se refere o presente artigo será considerado:

I — para os que não requererem, o período compreendido entre a data do ato que motivou o afastamento do serviço ativo e o dia 26 de dezembro de 1979;

II — para os que tiverem o pedido indeferido, o período compreendido entre a data do ato de afastamento e a do despacho decisório.

§ 2.º — Se os proventos forem inferiores à importância percebida, a título de pensão, pela família do servidor, ser-lhe-á garantido o pagamento da diferença como vantagem individual.

§ 3.º — Não se aplica a contagem de tempo de afastamento aos anistiados que já se encontravam na inatividade na ocasião em que foram punidos com qualquer das sanções arroladas no artigo 1.º. Tais anistiados retornam à situação de inativos em que se encontravam antes da punição.

§ 4.º — Não se aplica a restrição do parágrafo 3.º aos militares pertencentes ao Magistério Militar.

Art. 22 — Ao servidor civil ou militar que retornar ou reverter à atividade, será contado o tempo de afastamento do serviço para efeito de aposentadoria, transferência para a reserva ou reforma.

VI — DAS DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 23 — A Lei n.º 6.683, de 28 de agosto de 1979, além dos direitos nela expressos, não gera quaisquer outros, inclusive aqueles relativos a vencimentos, soldos, salários, proventos, restituições, atrasados, indenizações, promoções ou ressarcimentos.

Art. 24 — Aos anistiados será fornecido, pela repartição competente, documento que comprove, para todos os efeitos, a regularização de suas obrigações relativas ao serviço militar.

Art. 25 — A requerimento dos interessados, a cassação de medalhas e condecorações ou do direito de usá-las será objeto de reexame pelos órgãos ou autoridades competentes.

Art. 26 — O Quadro Suplementar a que se refere o § 2.º do artigo 17 será extinto, em cada classe, à medida que os servidores forem aposentados ou exonerados de suas funções.

Art. 27 — Este Decreto entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Brasília, em 31 de outubro de 1979; 158.º da Independência e 91.º da República.

(Publicado no D.O. de 1/11/79.)

DECRETO N.º 84.223, DE 20 DE NOVEMBRO DE 1979

Concede indulto, reduz penas e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA, no uso da faculdade que lhe confere o artigo 81, inciso XXII, da Constituição, e considerando que é da tradição brasileira a concessão de indulto, por ocasião do Natal, aos condenados que tenham condições para reintegrar-se no convívio social.

DECRETA:

Art. 1.º — É concedido indulto aos condenados a penas privativas da liberdade não superiores a quatro anos, que, até 25 de dezembro de 1979, tenham efetivamente cumprido, no mínimo, um terço da pena aplicada, se primários, ou metade se reincidentes.

Art. 2.º — São reduzidas as penas privativas da liberdade impostas a condenados que, até a data mencionada no artigo anterior, tenham efetivamente cumprido, no mínimo, um terço da pena, se primários, ou metade, se reincidentes, observadas as seguintes proporções:

I — pena de mais de quatro até seis anos — redução de um terço, se primários, ou de um quarto, se reincidentes;

II — pena de mais de seis até dez anos — redução de um quarto, se primários, ou de um quinto, se reincidentes;

III — pena de mais de dez anos — redução de um quinto, se primários, ou de um sexto, se reincidentes.

Art. 3.º — O disposto nos artigos anteriores aplica-se, também, caso a sentença esteja em grau de recurso interposto somente pela defesa, e sem prejuízo para o respectivo julgamento pela instância superior.

Art. 4.º — O indulto previsto no artigo 1.º deste decreto não abrange as penas acessórias, abrangendo, porém, as pecuniárias aplicadas cumulativamente.

Parágrafo único — As penas pecuniárias são indultadas, quando a redução prevista no artigo 2.º ensejar imediata soltura ou livramento condicional.

Art. 5.º — Constituem, também, requisitos para que o condenado obtenha o indulto ou a redução das penas:

I — não ter sido beneficiado por graça, indulto, redução ou comutação de pena, nos cinco anos anteriores à data da publicação deste decreto;

II — ser isento de periculosidade, devendo verificar-se a sua cessação caso tenha sido imposta medida de segurança;

III — ter boa conduta prisional, reveladora de condições pessoais para a reintegração no convívio social, se presentes os demais requisitos para o indulto;

IV — ter, na forma do inciso anterior, boa conduta também na comunidade, quando beneficiado por quaisquer concessões previstas no artigo 30, § 6.º, incisos II, IV, V, VI e VII, do Código Penal;

V — ter boa conduta, reveladora de condições pessoais para a permanência no convívio social, se, beneficiado com a suspensão condicional, já cumpriu, pelo menos, metade do respectivo prazo, com perfeita observância das condições impostas e da pena acessória, se for o caso, sem ter sofrido modificação exacerbadora das condições ou prorrogação do prazo, nem suspensão ou revogação do benefício;

VI — ter boa conduta, reveladora de condições pessoais para a reintegração no convívio social, se, beneficiado com o livramento condicional, cumpre perfeitamente as condições impostas e a pena acessória, se for o caso, sem advertência ou exacerbção das condições.

Art. 6.º — Este decreto não beneficia os condenados por crime relativo a entorpecente ou substância que cause dependência física ou psíquica, quando reconhecida na sentença a condição de traficante.

Art. 7.º — Caberá aos Conselhos Penitenciários, de ofício ou por provocação de qualquer interessado, verificar quais os condenados portadores dos requisitos estabelecidos por este decreto, emitindo, desde logo, parecer, nos termos do artigo 736 do Código de Processo Penal, que será remetido ao Juiz da Execução, para os fins do artigo 738 do mesmo Código.

§ 1.º — Os dirigentes dos estabelecimentos prisionais encaminharão aos Conselhos Penitenciários relação dos condenados que, neles recolhidos, tenham aqueles requisitos, prestando, desde logo, informações circunstanciadas sobre a vida prisional e a conduta de cada um.

§ 2.º — A relação e as informações referidas no parágrafo anterior, concernentes aos sentenciados em gozo de suspensão condicional ou de livramento condicional, deverão ser enviadas pela entidade encarregada da fiscalização do cumprimento das condições do benefício, ou de sua observação cautelar e proteção do liberado; na falta da mencionada entidade, tais informações poderão ser supridas por qualquer outro documento hábil, para a formação de opinião do Conselho Penitenciário.

Art. 8.º — Quando se tratar de condenados pela Justiça Militar, que não estejam cumprindo pena em estabelecimento civil, o parecer do Conselho Penitenciário será substituído pela informação da autoridade sob cuja custódia estiver o preso.

Art. 9.º — Este decreto entrará em vigor na data de sua publicação.

Art. 10 — Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, 20 de novembro de 1979; 158.º da Independência e 91.º da República.

(Publicado no D.O. de 21/11/79.)

LEI N.º 6.731, DE 04 DE DEZEMBRO DE 1979

Modifica disposições da Lei n.º 5.108, de 21 de setembro de 1966 (Código Nacional de Trânsito).

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA,

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1.º — Os artigos 65, 66, 67, 70, 71, 72, 74, 77 e 79 da Lei n.º 5.108, de 21 de setembro de 1966, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 65 — As categorias e classes de condutores de veículos, bem como as normas relativas à aprendizagem e à autorização para dirigir, serão determinadas pelo Conselho Nacional de Trânsito.

§ 1.º — O Conselho Nacional de Trânsito e os Conselhos Estaduais de Trânsito, na esfera de sua competência, regulamentarão a autorização para conduzir veículos de propulsão humana ou de tração animal.

§ 2.º — A autorização de que trata o parágrafo anterior terá unicamente validade local”.

“Art. 66 — Ao candidato aprovado em exame de habilitação para conduzir veículo automotor conferir-se-á a Carteira Nacional de Habilitação, que lhe dará direito a dirigir veículos de sua categoria, em todo território nacional, independentemente de prestação de novo exame, enquanto satisfizer as exigências legais e regulamentares.

Parágrafo único — Quando o condutor transferir seu domicílio, deverá registrar sua Carteira Nacional de Habilitação na repartição de trânsito do local do novo domicílio ou na mais próxima dele.”

“Art. 67 — A Carteira Nacional de Habilitação será expedida, em caráter permanente e em modelo único, na forma estabelecida pelo Conselho Nacional de Trânsito”.

“Art. 70 — A habilitação para conduzir veículo automotor apurar-se-á através da realização dos exames prescritos pelo Conselho Nacional de Trânsito, requerida pelo candidato que tenha completado dezoito anos de idade à autoridade de trânsito de qualquer unidade da Federação, mediante a apresentação da prova de identidade expressamente reconhecida pela legislação federal.

Parágrafo único — O reconhecimento da habilitação para conduzir, originária de outro país, estará subordinado às condições estabelecidas em acordos internacionais ratificados pelo Brasil, e, na inexistência destes, na forma estipulada pelo Conselho Nacional de Trânsito”.

“Art. 71 — Não poderá ser habilitado para a condução de veículos automotores quem não estiver judicialmente reabilitado, havendo sido condenado:

I — por crime de trânsito;

II — por crime tipificado na lei antitóxicos ou por qualquer crime cometido em estado de embriaguez voluntária ou culposa, produzida pelo álcool ou substância de efeitos análogos.

§ 1.º — Os beneficiados com suspensão condicional ou com livramento condicional, que não figurem nos casos dos incisos I e II deste artigo, poderão ser habilitados mediante autorização do Juiz das Execuções Penais.

§ 2.º — É vedada a habilitação na categoria profissional ao liberado condicional que tenha sido condenado por prática de crime contra os costumes ou o patrimônio”.

“Art. 72 — O Conselho Nacional de Trânsito estabelecerá os tipos, métodos, processos e modalidades a serem empregados nos exames necessários à habilitação”.

“Art. 74 — Para habilitar-se a dirigir veículos de transportes coletivos e de cargas perigosas, o condutor deverá possuir vinte e um anos de idade.

Parágrafo único — Para efeito deste artigo, o Conselho Nacional de Trânsito definirá a classificação de periculosidade das cargas”.

“Art. 77 — O condutor condenado por acidente de trânsito que tenha ocasionado deverá ser submetido a novos exames para que possa voltar a dirigir, de acordo com as normas estabelecidas pelo Conselho Nacional de Trânsito.

§ 1.º — Em caso de acidente grave, o condutor nele envolvido poderá ser submetido aos exames exigidos neste artigo, a juízo da autoridade de trânsito.

§ 2.º — No caso do parágrafo anterior, a autoridade de trânsito poderá apreender a Carteira Nacional de Habilitação do condutor até a realização dos exames”.

“Art. 79 — O condutor que inobservar os prazos de exames prescritos pelo Conselho Nacional de Trânsito terá sua Carteira de Habilitação apreendida “ex-officio”, pela autoridade de trânsito, até que satisfaça as exigências legais”.

Art. 2.º — A validade da Carteira Nacional de Habilitação expedida com base na legislação ora revogada é a referente ao exame de sanidade física e mental nela estabelecida.

Art. 3.º — Revogam-se os artigos, 73, 75, 76, o § 2.º do artigo 80 e a alínea “e”, § 1.º, do artigo 96 da Lei n.º 5.108, de 21 de setembro de 1966, e demais disposições em contrário.

Art. 4.º — Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação.

Brasília, em 04 de dezembro de 1979; 158.º da Independência e 91.º da República.

(Publicada no D.O. de 05/12/79.)

LEI N.º 6.734, DE 04 DE DEZEMBRO DE 1979

Altera o art. 20 do Decreto-lei n.º 3.688, de 3 de outubro de 1941 (Lei das Contravenções Penais).

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA,

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte lei:

Art. 1.º — O art. 20 do Decreto-lei n.º 3.688, de 3 de outubro de 1941, (Lei das Contravenções Penais), passa a ter a seguinte redação:

“Art. 20 — Anunciar processo, substância ou objeto destinado a provocar aborto;

Pena — multa de hum mil cruzeiros a dez mil cruzeiros”.

Art. 2.º — Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação.

Art. 3.º — Revogam-se as disposições em contrário.

Brasília, em 04 de dezembro de 1979; 158.º da Independência e 91.º da República.

(Publicada no D.O. de 05/12/79.)

LEI N.º 6.766, DE 19 DE DEZEMBRO DE 1979

Dispõe sobre o parcelamento do solo urbano e dá outras providências.

O PRESIDENTE DA REPÚBLICA,

Faço saber que o Congresso Nacional decreta e eu sanciono a seguinte Lei:

Art. 1.º — O parcelamento do solo para fins urbanos será regido por esta Lei.

Omissis

DISPOSIÇÕES PENAIS

Art. 50 — Constitui crime contra a Administração Pública:

I — dar início, de qualquer modo, ou efetuar loteamento ou desmembramento do solo para fins urbanos, sem autorização do órgão público competente, ou em desacordo com as disposições desta Lei ou das normas pertinentes do Distrito Federal, Estados e Municípios;

II — dar início, de qualquer modo, ou efetuar loteamento ou desmembramento do solo para fins urbanos sem observância das determinações constantes do ato administrativo de licença;

III — fazer, ou veicular em proposta, contrato, prospecto ou comunicação ao público ou a interessados, afirmação falsa sobre a legalidade de loteamento ou desmembramento do solo para fins urbanos, ou ocultar fraudulentamente fato a ele relativo.

Pena: Reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa de 5 (cinco) a 50 (cinquenta) vezes o maior salário mínimo vigente no País.

Parágrafo único — O crime definido neste artigo é qualificado, se cometido:

I — por meio de venda, promessa de venda, reserva de lote ou quaisquer outros instrumentos que manifestem a intenção de vender lote em loteamento ou desmembramento não registrado no Registro de Imóveis competente;

II — com inexistência de título legítimo de propriedade do imóvel loteado ou desmembrado, ou com omissão fraudulenta de fato a ele relativo, se o fato não constituir crime mais grave.

Pena: Reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa de 10 (dez) a 100 (cem) vezes o maior salário mínimo vigente no País.

Art. 51 — Quem, de qualquer modo, concorra para a prática dos crimes previstos no artigo anterior desta Lei, incide nas penas a estes cominadas, considerados em especial os atos praticados na qualidade de mandatário de loteador, diretor ou gerente de sociedade.

Art. 52 — Registrar loteamento ou desmembramento não aprovado pelos órgãos competentes, registrar o compromisso de compra e venda, a cessão ou promessa de cessão de direitos, ou efetuar registro de contrato de venda de loteamento ou desmembramento não registrado.

Pena: Detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos, e multa de 5 (cinco) a 50 (cinquenta) vezes o maior salário mínimo vigente no País, sem prejuízo das sanções administrativas cabíveis.

Omissis

Brasília, em 19 de dezembro de 1979; 158.º da Independência e 91.º da República.

(Publicada no D.O. de 20/12/79.)

Este livro foi composto e impresso na
COMPANHIA FORENSE DE ARTES GRÁFICAS
Avenida Guilherme Maxwell, 234 - Rio de Janeiro - Brasil
Em outubro de 1980